

NOVOS DIREITOS

DIREITO E JUSTIÇA

ORGANIZADORES

José Wamberto Zanquim Junior
Rachel Lopes Queiroz Chacur

Coleção NOVOS DIREITOS
Celso Maran de Oliveira (organizador)

José Wamberto Zanquim Junior
Rachel Lopes Queiroz Chacur

Organizadores

NOVOS DIREITOS
Direito e Justiça

São Carlos

2018

© 2018 by Celso Maran de Oliveira (organizador da Coleção Novos Direitos)

ISBN da Coleção Completa: 978-85-65621-03-8

Direitos dessa edição reservados à Comissão Permanente de Publicações
Oficiais e Institucionais – CPOI

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa da Editora.

Capa e Projeto Gráfico: Matheus Manzini

Editoração eletrônica: Thaís de Brito Barroso e Samanta do Prado

Normalização: Maria Helena Sachi do Amaral

Dados internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Novos Direitos : Direito e Justiça / José Wamberto Zanquim
Junior; Rachel Lopes Queiroz Chacur (organizadores). -
São Carlos : CPOI/UFSCar, 2018.
190 p. – (Coleção Novos Direitos, 2)

ISBN 978-85-65621-05-2

1. Direito. 2. Justiça. I. Zanquim Junior, José Wamberto,
org. II. Chacur, Rachel Lopes Queiroz, org. III Coleção.



Reitor

Wanda Aparecida Machado Hoffmann

Comissão Editorial

Luzia Sigoli Fernandes Costa
Zaira Regina Zafalon

Vice-Reitor

Walter Libardi



Universidade Federal de São Carlos
Comissão Permanente de Publicações Oficiais e Institucionais
Via Washington Luís, km 235 . CEP: 13565-905 .
São Carlos, SP . Brasil
Telefone: (16) 3351-9472 (16) 3306-6900
<http://www.cpoi.ufscar.br> . E-mail: cpoi@ufscar.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	9
Capítulo 1	12
A EVENTUAL CONCOMITÂNCIA ENTRE AÇÕES INDIVIDUAIS E AÇÕES COLETIVAS	
Carla Abrantkoski Rister	
José Eduardo Melhen	
Capítulo 2	28
A CRISE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E A NOVA ERA DOS DIREITOS	
Rachel Lopes Queiroz Chacur	
Capítulo 3	39
CONSENSUALIDADE E ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
Renata Danella Polli	
Capítulo 4	53
A MEDIAÇÃO DE DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO ELABORADO PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA ESTADUAL NO ÂMBITO DOS MUNICÍPIOS PAULISTAS	
Edivaldo Ravenna Picazo	
Capítulo 5	67
A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES E O NÚCLEO ESPECIAL CRIMINAL (NECRIM) DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO NA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NOS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO	
Adolfo Domingos da Silva Junior	
Capítulo 6	85
OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL NO TOCANTE À OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DOS DANOS NO BRASIL E EM PORTUGAL	
José Wamberto Zanquim Junior	
Edson Thomas Ferroni	
Capítulo 7	99
OS CONTORNOS DA JUSTIÇA ARISTOTÉLICA À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
Wagner Vinicius de Oliveira	

Capítulo 8	114
O PROCESSO PENAL E A PROVA TESTEMUNHAL: a importância de saber o que outras áreas dizem sobre a memória	
<i>Giovanna de Castro Resende Franco</i>	
<i>Pâmela de Rezende Cortes</i>	
<i>Renato César Cardoso</i>	
Capítulo 9	126
O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: uma análise de decisões dos tribunais superiores	
<i>Lais Kondo Claus</i>	
<i>Luciana Romano Morilas</i>	
Capítulo 10	146
CRACOLÂNDIA E O SENTIDO DE JUSTIÇA: quando o justo é ser intolerante	
<i>Olinda Caetano Garcia</i>	
<i>Pedro Nuno Batista Magina</i>	
Capítulo 11	158
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE QUANTO AO PEDIDO DE MEDICAMENTOS: (des)acesso à justiça?	
<i>Fernanda Cristina Barros Marcondes</i>	
Capítulo 12	174
NOVAS TECNOLOGIAS E A SOLUÇÃO ONLINE DE CONFLITOS EM UMA SOCIEDADE DE MASSA	
<i>Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini</i>	
<i>Vanderlei de Freitas Nascimento Junior</i>	

APRESENTAÇÃO

As pesquisas acadêmicas e o conhecimento científico não podem ficar aprisionados nos bancos acadêmicos, pois, se tem de grande valia no desenvolvimento da sociedade. Nesta senda, transcender com as pesquisas e os estudos para além dos bancos universitários, se tem por imperativo e equivale a disponibilizar e aprimorar a conscientização dos cidadãos às recentes descobertas e inovações, com intuito de aperfeiçoamento das relações sociais.

No campo do Direito, ciência que tem por escopo a regulação da vida em sociedade e a solução dos conflitos ora existentes, o conhecimento científico se mostra essencial na evolução e adequação das normas e institutos de grande relevância para o alcance dos fins almejados. Nesse sentido, o “II Congresso Novos Direitos: A Interdisciplinaridade do Direito na Sociedade Contemporânea”, disponibilizou um ambiente propício e adequado para a exposição e só debates voltados as temáticas da inter-relação entre o Direito e a Justiça.

Por meio do Grupo de Trabalho nominado “Direito e Justiça” diversos autores, nos dois dias de trabalho, puderam expor suas pesquisas e conclusões sobre variadas questões de pesquisa. A complexidade e aprofundamento dos estudos, assim como, a intensa qualidade dos debates, foram cruciais na exposição das pesquisas e nas análises multifacetadas das questões, diante da diversidade de formação dos participantes.

Em decorrência da diversidade de formação dos participantes e diferentes visões nas análises das questões apresentadas, se tem por imperativo, a interdisciplinaridade das temáticas jurídicas e a necessidade de uma abordagem integrada às diversas áreas do saber, voltados para a formação de uma abordagem mais ampla, completa e eficaz, capaz de oferecer respostas às demandas sociais e ambientais.

Portanto, nesse livro, formado por 12 capítulos, os leitores encontrarão variadas abordagens sobre as temáticas entorno do Direito e da Justiça, numa perspectiva de interdisciplinaridade, em especial, no tocante às formas de solução dos conflitos, da judicialização e das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

O primeiro capítulo, aos autores Carla Abrantkoski Rister e José Eduardo Melhen fornecem uma abordagem sobre a eventual concomitância das ações individuais e das ações coletivas, iniciando os debates sobre os conflitos judiciais e suas derivações.

No segundo capítulo, a autora Rachel Lopes Queiroz Chacur discute a crise da sentença condenatória e a nova era dos direitos.

No terceiro capítulo, a autora Renata Danella Poli alude à consensualidade e arbitragem no âmbito da Administração Pública.

O quarto capítulo, trazido pelo autor Edivaldo Ravena Picazo, faz uma análise da mediação dos delitos de menor potencial ofensivo em sede da polícia judiciária no âmbito dos municípios paulistas.

No quinto capítulo, sob autoria de Adolfo domingos da Silva Junior, trata da mediação e conciliação nos crimes de menor potencial ofensivo, diante da política nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses e o núcleo especial criminal (Necrim) pertencente à polícia civil do estado de São Paulo.

No sexto capítulo, os autores José Wamberto Zanquim Junior e Edson Thomas Ferroni abordam os limites da responsabilidade administrativa ambiental no tocante à reparação dos danos ambientais, numa perspectiva comparada entre Brasil e Portugal.

No sétimo capítulo, apresentado por Wagner Vinícius de Oliveira, faz referência aos contornos da justiça aristotélica à luz do Estado Democrático de Direito.

No oitavo capítulo, os autores Giovana de Castro Rezende Franco, Pâmela de Rezende Cortês e Renato César Cardoso expõe a importância de saber o que outras áreas dizem sobre a memória no tocante ao processo penal e a prova testemunhal.

O nono capítulo, de autoria de Laís Kondo Claus e Luciana R. Morilas, analisa o direito a busca da felicidade na jurisprudência brasileira, por meio, das decisões dos tribunais superiores.

O décimo capítulo, escrito por Olinda Caetano Garcia e Pedro Nuno Batista Magina, apresenta uma análise sobre a cracolândia e o sentido de justiça, numa perspectiva, sobre quando o justo é ser intolerante.

No décimo primeiro capítulo, a autora Fernanda Cristina Barros Marcondes, apresenta o estudo sobre o (des)acesso à justiça no tocante à judicialização da saúde quanto ao pedido de medicamentos.

O décimo segundo capítulo, elaborado por Flávia de Almeida Montigelli Zanferdini e Nascimento Junior, aborda as novas tecnologias e a solução online de conflitos em uma sociedade de massa, encerrando os trabalhos.

Recomendamos, para maior reflexão e compreensão dos temas abordados, assim como, da constatação da qualidade dos trabalhos, que seja realizada uma leitura integral de todos os capítulo.

Organizadores

Capítulo 1

A EVENTUAL CONCOMITÂNCIA ENTRE AÇÕES INDIVIDUAIS E AÇÕES COLETIVAS

ANY CONCOMITANCE BETWEEN INDIVIDUAL ACTIONS AND COLLECTIVE ACTIONS

*Carla Abrantkoski Rister*¹

*José Eduardo Melhen*²

RESUMO

A existência simultânea de demandas individuais e coletivas que guardem entre si um mesmo objeto é assunto que gera controvérsias no sistema de tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos presente no ordenamento jurídico brasileiro. Os problemas oriundos da eventual concomitância das ações individuais e coletivas não pode descuidar do tratamento conferido à coisa julgada pelas normas do CDC, na medida em que, quando referida norma trata das ações coletivas, faz menção expressa quanto aos efeitos das sentenças das demandas coletivas sobre os pleitos individuais. O estudo dos antecedentes históricos, a análise das leis de regência da matéria, bem como o confronto entre as relações existentes entre as diversas demandas, permitem a busca de soluções justas e adequadas, de modo a concluir pela incoerência de litispendência entre tais ações, independente da natureza do direito por elas tutelado, atingindo-se, assim, o acesso ao Judiciário e a efetividade processual.

Palavras-chave: Processo coletivo. Litispendência. Ações concomitantes.

ABSTRACT

The coexistence of collective and individual demands pertaining to the same object is a contentious subject matter within the system of protection of diffuse, collective and homogenous individual rights, as presented in the Brazilian judicial system. The

¹ Universidade de Araraquara/Departamento de Ciências Jurídicas. Araraquara, São Paulo, Brasil – carister@trf3.jus.br.

² MELHEN, J. E. Universidade de Araraquara/Departamento de Ciências Jurídicas. Araraquara, São Paulo, Brasil – jemelhen@gmail.com.

study of historical precedents, the analysis of laws, as well as a comparison between different demands, allow for an inquiry in search for solutions both fair and adequate, leading to an impediment of issue preclusion in these actions, regardless of the right they refer to. We can therefore ensure both access to the Judiciary and procedural effectiveness. The coexistence of collective and individual demands pertaining to the same object is a contentious subject matter within the system of protection of diffuse, collective and homogenous individual rights, as presented in the Brazilian judicial system. The problems arising from the eventual concomitance of individual and collective actions can not neglect the treatment accorded to the thing judged by the CDC rules, since, when said norm deals with collective actions, it expressly mentions the effects of the sentences of the collective claims on the individual lawsuits. The study of historical precedents, the analysis of laws, as well as a comparison between different demands, allow for an inquiry in search for solutions both fair and adequate, leading to an impediment of issue preclusion in these actions, regardless of the right they refer to. We can therefore ensure both access to the Judiciary and procedural effectiveness.

Keywords: Collective process. Lis pendens. Concomitant actions.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo tratar dos problemas e implicações decorrentes da eventual concomitância entre ações individuais e coletivas. Para tanto, será necessário abordar a questão do surgimento das ações coletivas e a formulação referente aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, que se ligam diretamente ao assunto escolhido. Nesse contexto, a coisa julgada nas ações coletivas desponta com um dos principais problemas.

2 MATERIAIS E MÉTODOS DA PESQUISA

O desenvolvimento da pesquisa teve como principal procedimento metodológico a revisão bibliográfica. O método utilizado foi o método descritivo, desenvolvido o levantamento de dados e a análise bibliográfica de obras relativas ao Direito Processual Civil e aos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, legislações pertinentes e dados secundários constantes de publicações em periódicos.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 O sistema brasileiro de ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos

O sistema jurídico brasileiro buscou inspiração no direito norte-americano das *class actions* para a defesa dos interesses coletivos de natureza indivisível, entendidos de maneira ampla, a compreender os difusos e os coletivos *strictu sensu*. Aponta-se a Lei da Ação Civil Pública (LACP) (Lei nº 7.347/85) (BRASIL, 1985) como a primeira lei voltada à tutela de tais interesses em nosso ordenamento.

Anteriormente à modificação perpetrada na LACP pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei nº 8.078/90) (BRASIL, 1990), somente era possível a defesa dos bens coletivos, indivisivelmente considerados, não se permitindo que a reparação dos danos individuais fosse feita por intermédio daquele diploma, cabendo aos indivíduos prejudicados valer-se de ações pessoais indenizatórias, dentro dos esquemas do processo comum. Pela sistemática então adotada, a indenização pelo dano causado era destinada a um Fundo de Defesa de Direitos Difusos (nos termos do art.13 da LACP), que deveria utilizar tais recursos para a reconstituição dos bens lesados; não há naquele diploma previsão de rateio do produto indenizatório entre indivíduos. Em 1989, foi promulgada lei federal de proteção dos interesses coletivos de natureza divisível. Trata-se da Lei nº 7.913/89 (BRASIL, 1989), destinada à reparação dos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. É previsto que, ao final, se for julgada procedente a demanda, o produto da indenização será revertido em favor dos investidores lesados, na proporção de seus prejuízos.

No entanto, o panorama inicial traçado pela LACP foi alterado profundamente com a promulgação do CDC, que, por meio de seu art.81, III, criou categoria jurídica mais abrangente, voltada à defesa dos interesses ou direitos individuais de forma coletiva, em razão de sua origem comum, que foram denominados interesses ou direitos individuais homogêneos. Assim, assevera Pinto (1994) que estava consagrada em nosso sistema de base romanística uma modalidade de ação bastante assemelhada às *class actions* do direito norte-americano. Assemelhada, porém não idêntica, pois, conforme noticia Grinover (1990), o sistema brasileiro não escolheu o caminho da representatividade adequada, satisfazendo-se com o critério da existência legal da pré-constituição das associações legitimadas às ações

coletivas. Foi esse o caminho traçado na LACP, que seria depois incorporado pela Constituição no tocante ao mandado de segurança coletivo (art.5º, inciso LXX, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988) (BRASIL, 1988) e agora adotado pelo CDC (art.82, IV). Pelo sistema norte-americano, a existência da representatividade adequada (*adequacy of representation*) é analisada caso a caso pelo juiz, para aferição da *fair notice* do processo e do desenvolvimento da defesa da categoria com os necessários cuidados. Além disto, o sistema norte-americano possibilita a exclusão do processo de quem não deseja submeter-se à coisa julgada. Nesse ponto é mister que mencionemos a questão da extensão subjetiva da coisa julgada, que será aprofundada posteriormente, ao menos no que tange à comparação com o sistema norte-americano. Assim, a ilustre jurista a que nos referimos acima afirma que a extensão da coisa julgada a quem não foi pessoalmente parte no processo, mas nele foi, na fórmula norte-americana, adequadamente representado pelo portador em juízo dos interesses metaindividuais ou dos direitos subjetivos coletivamente tratados, não seria, em última análise, uma verdadeira ampliação *ultra partes*, porquanto os adequadamente representados não são propriamente terceiros (GRINOVER, 1990).

A cláusula norte-americana tem por fim conciliar as garantias do devido processo legal como técnicas peculiares às ações coletivas. Assim, apesar de repugnar às garantias constitucionais a sujeição ao julgado de terceiros que permaneçam estranhos ao contraditório, coaduna-se com elas a ideia de representação adequada dos interesses da categoria por parte de pessoas e, sobretudo, de entes exponenciais. Afirma Grinover (1990) que outras circunstâncias desaconselhavam a transposição pura e simples, à realidade brasileira, do esquema norte-americano da coisa julgada nas *class actions*: a deficiência de informação completa e correta, a ausência de conscientização de enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância existente entre o povo e o Poder Judiciário, tudo a constituir gravíssimos entraves para a intervenção de terceiros, individualmente interessados, nos processos coletivos, e mais ainda para seu comparecimento a juízo visando à exclusão da futura coisa julgada. Por outro lado, já se teria integrado à tradição jurídica brasileira, desde a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) (BRASIL, 1965), passando pela LACP, um regime da coisa julgada que até certo ponto pode ser qualificado como atuando *secundum eventum*

litis, pelo menos nos casos de insuficiência de provas. Tal regime será mais detalhado adiante.

Prosseguindo-se a explanação quanto ao sistema brasileiro para a tutela dos interesses individuais homogêneos, impende notar que o CDC prevê, em seu art.91, que os legitimados para propor, em nome próprio ou de outrem, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos são aqueles do art.82, a saber: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que tenham entre as suas finalidades institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, dispensando-se a autorização assemblear e o requisito da pré-constituição, a critério do juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, nos termos do §1º, do art.82 do CDC. Ressalve-se que a defesa dos interesses individuais homogêneos sempre pode ser feita a título individual, conforme dispõe o art.81, *caput*, do CDC, sendo a tutela coletiva de tais interesses opcional. E, no caso de propositura de ação individual concomitantemente com a ação coletiva, surgirá a necessidade de composição do aparente conflito de efeitos dos julgados.

No caso de procedência do pedido indenizatório homogêneo, a sentença será genérica e fixará a responsabilidade do réu pelos danos causados (art.95 do CDC). Caberá posteriormente aos indivíduos, mediante habilitação, proceder à liquidação da sentença (pessoalmente ou através dos entes legitimados), desde que comprovem a existência e a extensão do dano sofrido, assim como a relação de causalidade entre esta e o dano coletivo reconhecido pela sentença condenatória genérica (arts. 97 e 98 do CDC, respectivamente), podendo a execução do julgado ser definitiva ou provisória (§1º, do art.98 do CDC).

3.2 O conceito dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no CDC

Impende tratar da diferenciação entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em busca de rigor terminológico, necessário para o bom

entendimento do tema e dos efeitos práticos que advêm no pleito judicial de um ou outro interesse. Para Mancuso (1997) existem três acepções do termo interesses coletivos. A primeira delas consiste numa acepção restritiva de interesse coletivo como sendo interesse pessoal do grupo, ou seja, o próprio interesse da pessoa moral, isto é, não se tratariam de interesses que, amalgamados, levaram à formação do grupo, mas dos interesses do grupo em si mesmo considerado, como entidade autônoma, distinta dos seus membros. Numa segunda acepção consiste em considerar o interesse coletivo como uma soma de interesses individuais, o que corresponde a um interesse coletivo só na forma, mas não em sua essência. Assim, para o autor, um feixe de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo, pelo só fato do exercício ser coletivo, pois a essência permanece individual.

A terceira acepção refere-se à “síntese” de interesses individuais. Há nesta acepção uma nítida alteração do quadro, pois não se trata da defesa do interesse pessoal do grupo, nem tampouco de mera soma ou justaposição de interesse dos integrantes do grupo; trata-se de interesses que transbordam esses dois limites, ficando afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum se amalgamam no grupo. É preciso que haja um “ideal” coletivo, uma alma coletiva; é isso que conduz à característica específica.

As notas fundamentais que caracterizam como “coletivo” um interesse seriam: a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhe situação jurídica diferenciada. O CDC conceitua os interesses coletivos como “[...] transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;” (BRASIL, 1990). Os interesses coletivos tendem a aglutinar-se, compondo-se, assim, os vários grupos, segmentos ou corpos intermediários na sociedade civil: sindicatos, associações, família, partidos políticos etc.

Já os interesses difusos seriam aqueles que extravasam a órbita dos grupos institucionalizados, pelo fato de que sua indeterminação não permite sua “captação”

em termos de exclusividade. Aliás, seriam justamente esses “interesses em busca de autor” (MANCUSO, 1997, p.78).

As notas básicas dos interesses difusos são: indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contingencial. Em todos esses casos, a marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato.

Quanto ao caráter por vezes efêmero e mutável dos interesses difusos, Mancuso (1997) dá como exemplo o fato de uma comunidade tomar conhecimento, através de boatos, que logo se confirmam, de que a municipalidade está na iminência de aprovar licença para construção de fábrica notoriamente poluidora. Em tal caso, verifica-se a efêmera duração do interesse difuso daí decorrente, devendo ele ser tutelado prontamente, antes que se altere a situação de fato que o originou.

O CDC conceitua como interesses ou direitos individuais homogêneos aqueles decorrentes de “origem comum” (art.81, III). Assim, é de se concluir que os interesses individuais de cada um dos indivíduos (não só consumidores) lesados devem guardar estreita ligação, de modo a homogeneizá-los, e esta homogeneidade advém de uma origem comum. Para Grinover (1990 *apud* PINTO, 1994, p.326), origem comum “não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal” exemplificando que

[...] as vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os casos tornam ‘origem comum’ de todos eles.

3.3 Da legitimidade processual nas ações coletivas

Para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos previstos no Parágrafo único do art.81 do CDC, são legitimados concorrentemente: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC e as associações legalmente constituídas há pelo

menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, dispensada a autorização assemblear (art.82 do CDC).

Acerca da legitimação de que ora se trata, Pasqualotto (1995) afirma que o CDC conferiu legitimidade concorrente e disjuntiva a órgãos públicos e privados para atuarem na proteção e defesa dos interesses dos consumidores, coletivamente considerados, podendo cada um dos legitimados exercer o direito de ação de forma autônoma, facultado o litisconsórcio entre eles. Para o autor, a concorrência da legitimidade praticamente assegurou aos consumidores a vantagem de todos os sistemas conhecidos, que variam do monopólio dos órgãos públicos à iniciativa exclusivamente privada, afastando virtualmente os defeitos de cada um. Teriam sido evitados, de um lado, a burocracia e o compromisso político que acompanham muitos órgãos públicos; de outro, a dependência de organismos privados a financiamentos públicos ou particulares, com a relação de dependência que pode sobrevir.

3.4 Da Coisa Julgada nas Ações Coletivas

A solução de eventuais problemas advindos da concomitância das ações individuais e coletivas não pode desconsiderar o tratamento conferido à coisa julgada pelo CDC, uma vez que, ao tratar das ações coletivas, fez menção aos efeitos das sentenças das demandas coletivas sobre os pleitos individuais. Como no Brasil não foi adotado o sistema da representatividade adequada previsto nas *class actions* do direito norte-americano, o legislador brasileiro optou pelo regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, pelo menos no caso de insuficiência de provas. Conforme dispõe o art.103, incisos I e II, do CDC, no caso de procedência do pedido, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme se trate de interesses difusos ou coletivos, respectivamente. Ademais, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, em ambos os casos mencionados, não se dará tal efeito extensivo, permitindo-se que qualquer legitimado venha a intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

No que tange aos interesses individuais homogêneos, que dizem mais diretamente, porém não exclusivamente, com a problemática da concomitância entre ações coletivas e individuais, temos que o legislador optou pela extensão da coisa

julgada *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, conforme dispõe o art.103, III, do CDC. Trata-se do efeito dito *in utilibus*, ou seja, apenas para beneficiar as pessoas individualmente consideradas, mas não para prejudicá-las, uma vez que não há o controle caso a caso da representatividade adequada, conforme ocorre no sistema americano.

Com muita propriedade, menciona Grinover (1990, p. 8):

Que, quando o Código determina a extensão subjetiva do julgado para beneficiar terceiros, transportando às ações individuais a sentença coletiva favorável, outra inovação ocorre: a ampliação, pela lei, do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre a causa de pedir, à semelhança do que ocorre com os efeitos civis da sentença penal condenatória, a teor do art. 91, inc. I, do Código Penal, que dispõe que a condenação penal torna certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime, passando-se desde logo à liquidação da execução da sentença no juízo cível.

Assim, é exatamente o mesmo fenômeno que ocorre com a sentença penal condenatória que irá ocorrer no sistema do CDC, quanto ao julgado da ação coletiva transportado, *in utilibus*, às ações individuais: a ampliação do objeto do processo coletivo, para que o julgado inclua o pronunciamento sobre o seu fundamento, em decorrência da lei.

Um outro ponto digno de menção corresponde ao *caput* do art.103 do CDC, que dispõe referir-se “às ações coletivas de que trata este Código”, visto que a abrangência do artigo é maior, à vista do art.117 do CDC, que acrescentou o novo art.21 da LACP, determinando a aplicação do Título III do CDC (arts. 81 a 104) à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível. Somando-se a isso o fato de o art.110 do CDC ter acrescentado ao art.1º, inciso IV da LACP, estendendo a proteção desta lei a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, tem-se que os dispositivos processuais do CDC se aplicam, no que couber, a todas as ações em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, coletivamente tratados. Isto significa, no entender de Grinover (1990), que a disciplina da coisa julgada contida no art.103 rege as sentenças proferidas em qualquer ação coletiva, pelo menos até a edição de disciplinas específicas que venham a disciplinar diversamente a matéria, até mesmo o mandado de segurança coletivo, cuja ordenação constitucional e legislativa não colide com os dispositivos do CDC sobre a coisa julgada, que, ao contrário, complementam-se mutuamente.

Cumpra mencionar que o §3º do art.103 do CDC, inspirado no princípio da economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, bem como na ampliação *ope legis* do objeto do processo, expressamente autoriza o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada resultante de sentença proferida na Ação Civil Pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos. Assim, se, por exemplo, a Ação Civil Pública que tenda à obrigação de retirar do mercado um produto nocivo à saúde pública for julgada procedente, reconhecendo a sentença os danos, reais ou potenciais, pelo fato do produto, as vítimas poderão, sem necessidade de novo processo de conhecimento, alcançar a reparação dos prejuízos pessoalmente sofridos, mediante liquidação e execução da sentença coletiva.

3.5 Da litispendência, da continência e da conexão

Cumpra mencionar que o CDC traz norma sobre a litispendência, descartando sua incidência no cotejo entre ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos e aquelas propostas a título individual, em seu art.104. A regra é decorrência dos princípios do art.337 do Código de Processo Civil (CPC) (Lei nº 13.105/15) (BRASIL, 2015), que exige, para caracterização do fenômeno, a identidade de partes, causa de pedir e pedido, ou seja, dos elementos da ação. Assim, as ações coletivas referentes aos interesses difusos ou coletivos não induzem litispendência em relação às ações individuais propostas, tanto pela ausência de identidade de partes como pela ausência de identidade de pedidos.

Mencione-se ainda que a expressa aplicação da regra do art.104 do CDC se faz acompanhar de uma inovação, qual seja, a faculdade conferida ao autor individual, que pode requerer a suspensão do processo intentado a título individual, para usufruir dos benefícios da eventual sentença coletiva favorável.

Tendo em vista a ausência de previsão expressa no art.104 do CDC para os interesses individuais homogêneos, às ações coletivas em defesa de tais interesses em confronto com as ações individuais aplicar-se-iam as normas do CPC sobre continência e suspensão do processo, conforme entende Grinover (1990), bem como as regras da extensão, *in utilibus*, da coisa julgada estabelecidas pela nova lei. Ainda quanto ao art.104 do CDC, é de se mencionar o erro de remissão aos incisos

II e III do art.103, mas que, por uma questão de lógica e coerência, está a referir-se aos incisos I e II do artigo anterior.

Menciona Grinover (1990, p.13),

Em relação à exclusão da litispendência, que o objeto dos processos é inquestionavelmente diverso, consistindo nas ações coletivas, na reparação ao dano indivisivelmente considerado, ou na obrigação de fazer ou não fazer, enquanto as ações individuais tendem ao ressarcimento pessoal.

Existem, portanto, duas opções ao demandante a título individual: prosseguir o autor em sua ação individual, ficando excluído da extensão subjetiva do julgado prevista para a sentença que vier a ser proferida na ação coletiva ou requerer a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva, podendo vir a ser beneficiado pela coisa julgada favorável que se formar na ação coletiva ou, em caso de improcedência da ação coletiva, o processo individual retomará seu curso, podendo ainda o autor ver acolhida sua ação individual.

A ilustre processualista Grinover (1990) afirma que a regra do art.104, que não inclui a menção ao inciso III do Parágrafo único do art.81, somando-se o fato de que a sentença coletiva do inciso III do art.103 não prejudicar os interessados a título individual, levam à conclusão de que a questão da relação entre a ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos e as ações reparatórias individuais se resolve pelo regime da suspensão prejudicial, em virtude da continência, visto que o pedido da ação coletiva conteria os pedidos individuais, formulados nas distintas ações reparatórias. A hipótese seria regida pelo art.56 do CPC, sendo que, com relação às partes, haveria coincidência perfeita dos sujeitos passivos e, quanto aos sujeitos ativos, a identidade resulta da circunstância de que o legitimado à ação coletiva é o representante adequado de todos os membros da classe, sendo portador, em juízo, dos interesses de cada um e de todos, cabendo falar em uma nova hipótese de continência, a aplicar-se também quanto aos sujeitos ativos, uma vez que a parte ideológica, portadora em juízo, dos interesses individuais homogêneos, abrange a todos os seus titulares. Ademais, seria evidente a identidade da causa de pedir.

A continência levaria a uma relação de prejudicialidade, resolvida pelo CPC em termos de suspensão do processo (art.313, V, a, do CPC), que é o que ocorrerá

com as ações individuais reparatórias quando do ajuizamento de uma ação coletiva com o mesmo objeto. Nesse caso, o CPC expressamente dispõe que a suspensão do processo não poderá, em hipótese alguma, exceder um ano (art.313, §4º). Decorrido tal prazo, portanto, as ações individuais reparatórias deverão retomar seu curso, numa fiel aplicação dos dispositivos do diploma processual civil.

Quanto à coisa julgada, aplicar-se-ão à espécie as normas do art.103 do CDC, mencionando Grinover (1990), no estudo referido, que a mesma pessoa que perdeu a demanda individual pode vir a ser beneficiada pela coisa julgada favorável proferida na ação coletiva.

Quanto à questão da continência, Mancuso (1997) afirma que, à vista de o *caput* do art.104 do CDC ter excluído, de indústria, menção ao nº III do Parágrafo único do art.81, e considerando-se, ainda, que a validade *erga omnes* da sentença que rejeita a ação para tutela dos interesses individuais homogêneos não abrange os lesados individualmente que não tenham participado da lide (art.103, III e §2º, do CDC), resulta válida a exegese de que quando a imbricação ocorra entre esses dois tipos de ação, dar-se-á uma forma de continência, já que, desenganadamente, o objeto da coletiva, mais amplo, abrangerá, por assim dizer, o dos pedidos individuais.

Detalhando o entendimento quanto à tormentosa questão da continência, o doutrinador aduz que, na dicção do art. 56 do CPC, ocorre “[...] entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.” (MANCUSO, 1992, p.151). No sistema do CPC suspende-se o processo quando a sentença de mérito “[...] depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente” (art. 313, V, a). Já o CDC, harmonizando-se com esse sistema, também dispõe que os autores das ações individuais deverão requerer a suspensão destas, dentro em trinta dias da ciência do ajuizamento da ação coletiva com o mesmo objeto, caso queiram beneficiar-se dos efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* que daquela última se irradiará (art. 104). Observa ainda o doutrinador que, em sendo a continência uma forma exacerbada e mais evidente de conexão (esta, mais branda, já se configura com a comunhão de objetos ou das causas de pedir – CPC, art.55 – ao passo que aquela, além da identidade entre as partes e a causa de pedir,

reclama ainda que um dos objetos, por mais amplo, empolgue o outro), parecendo-lhe lícito concluir que o antes afirmado sobre a continência aplicar-se-ia à conexão, *mutatis mutandis* (MANCUSO, 1992).

Zaclis (1978), ao abordar a questão da continência entre eventual ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos e ação individual propriamente dita, entende que a continência não ocorre, contrariamente ao entendimento de Grinover (1990), pois, na realidade, a aparente maior amplitude do objeto do processo significaria a existência de um litisconsórcio, em que os litisconsortes seriam “adequadamente representados” por uma única pessoa. Em havendo o litisconsórcio, seria o caso de cumulação subjetiva de ações, ocorrendo um somatório de pedidos, e não propriamente um objeto mais amplo, expressão que estaria reservada para a hipótese de indivisibilidade processual subjetiva.

4 CONCLUSÃO

Procurou-se abordar o tema da concomitância entre ações coletivas e individuais dentro de um contexto mais amplo das ações coletivas no ordenamento jurídico nacional, pondo em relevo os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme a sistemática adotada pelo CDC. No que concerne à coisa julgada nas ações coletivas, cumpre ressaltar, de início, que se afigura coerente o sistema adotado pelo legislador, qual seja, de extensão dos efeitos da ação coletiva às pessoas que individualmente não participaram do processo apenas nos casos de procedência do pedido, ou seja, *in utilibus*, pelo fato de o nosso sistema não ter optado pelo sistema de controle da representatividade adequada no caso concreto, como no sistema americano das *class actions*. Assim, se não é feito tal controle de representatividade, não há sentido de uma ação coletiva fazer coisa julgada desfavorável ao lesado individualmente considerado, visto que, nesse caso, haveria ofensa à garantia constitucional do contraditório, por prejudicar alguém que não participou do processo, impedindo-lhe de ajuizar ação individual. Portanto, caminhou bem o legislador ao adotar a sistemática consubstanciada no art.103, incisos I, II e III e seus parágrafos, do CDC.

Ressalte-se que existe distinção quanto aos efeitos da coisa julgada para os interesses difusos ou coletivos em relação aos interesses individuais homogêneos. Para os primeiros, a extensão da coisa julgada se dará erga omnes ou ultra partes,

respectivamente, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, nos termos dos incisos I e II do art.103 do CDC.

No que se refere aos efeitos da coisa julgada para os interesses individuais homogêneos, nos termos do art.103, III, do CDC, a extensão se dará erga omnes, mas apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Verifica-se aqui o referido efeito *in utilibus*, ou seja, para beneficiar as vítimas e seus sucessores, individualmente considerados, mas não para prejudicá-los. A opção do legislador no que tange à coisa julgada nas ações coletivas revelou-se criteriosa e de acordo com as garantias do contraditório e da ampla defesa, na medida em que entre as partes não se verifica qualquer desequilíbrio, na medida em que o demandado na ação coletiva foi, de qualquer modo, sujeito do contraditório, sendo de se supor que pela magnitude da lide tenha concentrado todos os seus esforços no exercício da defesa, enquanto não se pode dizer o mesmo em relação aos que em juízo porventura tenham sido inadequadamente representados (se a coisa julgada atingisse os titulares dos direitos individuais, no caso de improcedência do pedido).

Apresenta-se acertado o entendimento de que na extensão subjetiva do julgado coletivo para beneficiar terceiros ocorre a ampliação, pela lei, do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre a causa de pedir, na medida em que, na liquidação da sentença, as vítimas individuais ou seus sucessores poderão, sem necessidade de novo processo de conhecimento, alcançar a reparação dos prejuízos individualmente sofridos, desde que, em habilitação individual, procedam à prova da existência e da extensão do dano sofrido, bem como a relação de causalidade entre o dano individual e o dano coletivo devidamente reconhecido pela sentença condenatória genérica. O fato de as vítimas ou sucessores, na habilitação, terem de provar a existência e a extensão do dano sofrido não significa que haja necessidade de nova prova do fato principal, objeto da ação coletiva, mas tão somente de prova da situação particular da vítima em relação ao fato principal, ou seja, da existência de um dano pessoal e do seu quantum, bem como que o dano individual tenha decorrido do mesmo evento que gerou o dano coletivo. O art.104 do CDC excluiu expressamente a ocorrência de litispendência

entre as ações individuais e as ações coletivas para defesa dos interesses difusos e coletivos, o que se revela coerente, uma vez que tanto as partes quanto o pedido se revelam diversos, se for feito o cotejo com o art.337 do CPC, que trata da identidade de ações a produzir os efeitos da litispendência e da coisa julgada para as ações individuais no sistema do CPC.

Tais questões aqui levantadas nem de longe são pacíficas, até mesmo na seara do Direito Processual Civil, especialmente em virtude da experiência relativamente recente das ações coletivas no direito brasileiro, de modo que não temos a pretensão de aqui esgotar o tema, mas sim de nele lançar novas luzes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. . **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 dez.1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7913.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.

GRINOVER, A. P. Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 33, p. 5-15, dez. 1990.

MANCUSO, R. de C. **Interesses difusos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Defesa do consumidor: reflexões acerca da eventual concomitância de ações coletivas e individuais. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 2, p. 148-156, 1992.

PASQUALOTTO, A. A defesa coletiva dos consumidores no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 16, p. 37-44, 1995.

PINTO, R. F. As ações coletivas para a tutela dos direitos individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da PGE**, São Paulo, p. 291-340, dez. 1994.

ZACLIS, L. **Da continência no processo civil**. 1978, 187f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978.

Capítulo 2

A CRISE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E A NOVA ERA DOS DIREITOS THE CRISIS OF THE CONVICTION AND THE NEW ERA OF RIGHTS

*Rachel Lopes Queiroz Chacur*¹

RESUMO

O artigo científico aborda a ineficácia das decisões judiciais, nas situações de repetição ou continuação de conduta ilícita nas ações civis, de natureza jurídica de obrigação de fazer ou não fazer, tipificada nas legislações processuais civis. O pedido da tutela inibitória compreende a imposição de um fazer ou um não fazer à conduta do agente, seja ela omissiva ou comissiva, com a imposição de sanção-multa ou outros atos e atividades permissivas para o cumprimento positivo ou negativo da obrigação pleiteada na ação. A legislação processual civil demonstra a necessidade da força executiva, por meio de ordens com sanções e multas, com o objetivo de cumprimento da decisão judicial. O advento da tutela inibitória no código processual civil adveio da linha ideológica do início da reforma do códex, para reforçar a necessidade de efetividade do processo, efetividade da tutela jurisdicional e efetividade do direito. A metodologia utilizada abarca revisão de literatura nacional e internacional pautada na correlação jurisprudencial, como fundamento do argumento necessário de eficácia da lei refletida nas decisões judiciais, recaindo na efetividade da tutela jurisdicional, para a obtenção da entrega da tutela de direito, principalmente, abrangendo os novos direitos advindos da movimentação das relações sociais. Há relevância do instituto da tutela inibitória no âmbito das Ciências ambientais, pois reitera as injustificadas mazelas fáticas e descumprimento das ordens das decisões judiciais, ao se tratar de direitos de bem jurídico maior, como é o caso do Direito ambiental.

Palavras-chave: Tutela inibitória. Processo. Direito ambiental.

¹ Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais – PPGCam/ UFSCar – mrchacur@uol.com.br

ABSTRACT

The scientific article addresses the ineffectiveness of judicial decisions, in situations of repetition or continuation of unlawful conduct in civil actions, of a legal nature of obligation to do or not to do, typified in civil procedural laws. The application for injunctive relief includes the imposition of a do or not to conduct the agent, either omissive or commissive, with the imposition of penalty-fine or other acts and permissive activities for the positive or negative fulfillment of the obligation demanded in the action . The civil procedural legislation demonstrates the need for executive force, through orders with sanctions and fines, with the objective of compliance with the judicial decision. The advent of injunction in the civil procedural code came from the ideological line of the beginning of the reform of the codex, in order to reinforce the need for the effectiveness of the process, effectiveness of judicial protection and effectiveness of the law. The methodology used includes a review of the national and international literature based on the jurisprudential correlation, as the basis of the necessary argument for the effectiveness of the law reflected in judicial decisions, falling on the effectiveness of judicial protection, to obtain the delivery of the legal guardianship, mainly, new rights arising from the movement of social relations. There is relevance of the institute of the inhibitory tutelage in the ambit of the Environmental Sciences, since it reiterates the unjustified factual ills and noncompliance of the orders of the judicial decisions, when dealing with rights of greater juridical good, as it is the case of the Environmental law.

Keywords: Inhibitory protection. Process. Environmental law.

1 INTRODUÇÃO

A crise da sentença provém de um retrógrado sistema de tutela dos direitos fundado, exclusivamente, na restauração dos direitos violados, através do valor monetário. No entanto, com a revisitação dos Institutos Processuais Cíveis, constata-se que apenas o fulcro pecuniário da indenização, não satisfaz o direito invocado e impede a plena e eficaz realização do processo. Como nas hipóteses de direitos não patrimoniais, em que tal modelo é inadequado para tutelar esses direitos.

Diante dessas modificações e diversidades de tutelas no Processo Civil, surgiu a preocupação em se buscar um tipo de tutela jurisdicional apta a operar a prevenção do ilícito, ou seja, antes ou durante o ilícito.

Os debates levantaram a necessidade de uma nova classificação das sentenças condenatórias, enfocando a questão do ilícito – da conduta – da prevenção e da própria tutela.

É questão de política legislativa determinar até onde se pode chegar com a tutela preventiva; é certo, porém, que de frente a certas lesões, deixar que elas se concretizem, nada se podendo fazer para impedi-las, pode refletir um ordenamento jurídico, social e eticamente pouco evoluído. (BARASSI, 1964, p. 197).

O enfoque para a revisitação da tutela preventiva seria a mais preocupante, por limita excessivamente a autonomia individual.

2 O ILÍCITO

A questão do ilícito é tratada em categorias de ilícito de lesão e ilícito de perigo. No início dos estudos, parte da doutrina italiana, referiu-se à tal classificação, para as hipóteses de ações que objetivava impedir a continuação de um estado atual de coisas que poderia conduzir à violação do direito, sem a necessária culpa atual do réu. Essas situações de ameaças constituiriam – o “ilícito de perigo” (CADIAN, 1946).

Entretanto, surgiram correntes contrárias a tese inicial formulada, com críticas veementes à tese do ilícito de perigo, pois consideravam um equívoco a adesão à equação ilícito civil-dano (SCONAMIGLIO, 1979).

Uma das maiores especialistas em tutela preventiva na Itália, Rapisarda (1993, p. 480), concluiu que “a tutela preventiva prescinde, por sua própria natureza, dos efeitos do ato ou da atividade ilícita, sejam esses danosos ou não. A ela não convence o conceito de “ilícito de perigo”, pois este depende da noção de dano; a tutela contra o “ilícito de perigo” seria uma tutela contra a eventualidade do dano, ao passo que a tutela preventiva nada tem a ver com o dano, mas apenas com o ilícito”. O que estabelece a necessidade de distinção conceitual, da noção de ato ilícito do de fato danoso e a exclusão definitiva da univocidade do conceito de antijuridicidade à realização de eventos danosos.

[...] problema un poco più delicato è la possibilità di invocare l'inibitoria quando l'attività illecita non sia ancora stata compiuta; quando cioè la condotta non si è perfezionata, ma sono stati messi in atto soltanto dei preparativi per la commissione nel futuro. A nostro avviso, la peculiarità di questa ipotesi, in rapporto a quella precedentemente esaminata, consiste nel fatto che qui la prova del

pericolo della commissione di un illecito è più difficile, in quanto è estremamente arduo dare una valutazione ex ante dell'idoneità dei mezzi messi in atto nei preparativi ai fini della perpetrazione dell'illecito. Tuttavia, una volta che sia accertata tale idoneità ed univocità, non c'è dubbio che il giudice possa emanare un ordine inibitório (FRIGNANI, 1976, p. 207).

De tal sorte, concluíram a importância da distinção entre ato ilícito de fato danoso à medida que a unificação da categoria da ilicitude civil com a responsabilidade por dano, tão somente é o resultado de um processo de evolução histórica e científica que conduziram a tutela privada do bem à reintegração do valor econômico do patrimônio prejudicado, não considerando a importância dos Bens Jurídicos Maior, estes considerados vitais para o desenvolvimento adequado da Pessoa Humana, os quais não necessariamente são reintegrados ou compensados, somente de forma pecuniária.

3 A TUTELA INIBITÓRIA

É sinônimo de tutela de prevenção de ilícito, visa permitir a cessação de uma conduta ilícita. Tem como finalidade impedir a continuação ou a repetição de uma atividade ilícita, como também alguns os autores admitem a possibilidade de utilização da tutela inibitória antes da prática do ilícito, para coibir a violação do direito. Essa última hipótese está fundamentada na Lei Civil Italiana, como ponto discutido controverso nas doutrinas.

Pode ser classificada a tutela inibitória:

- em um fazer ou um não fazer, conforme a conduta seja de caráter omissivo ou comissivo;
- preventiva e específica, esta nos casos de garantir a integralidade de um determinado direito;
- a técnica da tutela inibitória, como se vê, é voltada para o futuro e não para o passado.

Quanto aos seus pressupostos:

- somente demonstrar a mera existência de uma situação objetiva em contraste com os direitos de alguém e não necessariamente o dano ressarcível, devido a elasticidade da noção de direitos;

- a tutela inibitória não exige o elemento culpa. Afirma-se que em razão de ser a inibitória voltada para o futuro, resta excluída a possibilidade objetiva de se avaliar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro, sobre o qual incide o provimento inibitório;
- conforme acima mencionado, a tutela inibitória supõe que um comportamento ilícito poderá prosseguir ou se repetir; nesse caso a tutela terá por fim inibir a continuação ou a repetição de uma atividade ilícita. A tutela não perde a sua natureza preventiva por supor um ilícito já ocorrido, pois a sua finalidade é a de prevenir uma atividade ilícita futura. Como também, admite-se o emprego da tutela inibitória antes da prática do ilícito.

Ora, a importância da tutela inibitória está na abertura e inovação instrumental adequados a tutela dos direitos, independentemente de rígidas classificações. É a possibilidade de invocar a tutela jurisdicional, nas hipóteses mais variadas. Segundo a corrente majoritária a tutela inibitória demonstra o superamento do princípio de derivação romana, pelo qual o ressarcimento do dano é a verdadeira forma de tutela contra o ilícito, independentemente da natureza específica do próprio ilícito e da situação jurídica violada (MARINONI, 1994).

A tutela inibitória deve ser categorizada em tutela preventiva e específica, para a proteção dos direitos, com a finalidade de prevenir o dano atuando de modo a garantir a finalidade precípua da tutela pretendida, acrescido ao embasamento principiológico do equivalente monetário.

4 O PRINCÍPIO FUNDAMENTO DA TUTELA INIBITÓRIA

A insuficiência da técnica ressarcitória para a efetividade da tutela dos direitos não patrimoniais, como anteriormente discutido, a “crise da sentença condenatória”.

Com o advento das relações da sociedade de massa e da garantia dos direitos fundamentais constitucionais, surgiram novas relações jurídicas.

O sistema fundado no binômio da sentença de condenação-processo de execução forçada redundou em uma técnica ressarcitória insuficiente e incompatível com o novo modelo de direitos adotado. Os direitos protegidos pela tutela inibitória, podem ser: o direito à saúde, o direito ao meio ambiente saudável, os direitos do

consumidor e as hipóteses de natureza não patrimonial dos “novos direitos”. Essa é a nova visão da proteção à tutela dos direitos:

O fato de os direitos não patrimoniais estarem na dependência de obrigações continuativas de não fazer, ou de obrigações de fazer infungíveis, também revela a inefetividade da sentença condenatória que, por definição, é correlacionada com a “execução forçada”. Ora, a tutela inibitória, para ser eficaz, necessita de meios de coerção que possam convencer o obrigado a adimplir, ao passo que a sentença de condenação apenas abre oportunidade para a execução forçada, não constituindo uma ordem que possa ser comparada à injunção do direito anglo-americano, através da qual o juiz pode ordenar um não fazer ou um fazer de caráter infungível, visando, até mesmo, a prevenção de um ilícito. O comportamento ilícito, quando em jogo os “novos direitos”, se caracteriza normalmente como atividade de natureza continuativa ou como pluralidade de atos suscetíveis de repetição; basta se pensar nos fenômenos de poluição ambiental, de venda de produtos danosos, ou mesmo de difusão de notícias lesivas à personalidade. A tutela destes direitos, portanto, depende de um tipo de provimento que permita a imposição de meios coercitivos capazes de convencer o obrigado a não fazer ou a cumprir uma obrigação fazer infungível (MARINONI, 2000, p. 457).

Alguns direitos, como por exemplo, os direitos da personalidade são marcados por serem direitos com conteúdo e função não patrimonial. Ainda, possuem características conflitivas com outros direitos fundamentais, também protegidos sob os mesmos fundamentos. Nesses casos, além da aplicação do princípio da proporcionalidade no momento da conflituosidade, pelo juiz. Faz-se necessário um novo modelo de tutelas para garantir a resolução do conflito entre dois direitos e mais promover uma execução através de formas adequadas a essa nova perspectiva de efetividade da tutela jurisdicional². Pois, nos casos de obrigações continuativas de não fazer ou de obrigações de fazer infungíveis ou dificilmente passíveis de execução através das formas tradicionais, como a hipótese de “execução forçada”, não garantiria adequadamente a tutela se atuasse somente após a lesão ao direito. Assim, se perderia o objetivo primordial do processo – a sua eficiência do instrumento e a sua efetividade (MARINONI, 1998).

² Professor José Carlos Barbosa Moreira, “o repertório legal das medidas preventivas, no Brasil e alhures, é sabidamente insatisfatório; e, por paradoxal que possa afigurar-se, a sua pobreza agrava-se justamente no domínio onde mais aguda se faz a necessidade prática da tutela: para proteger a posse e a propriedade ainda se dispõe de remédios prestadios, mas a farmacopéia jurídica chega em geral às raias da penúria no que concerne às relações não patrimoniais - precisamente numa área de problemas cuja solução, sem tais remédios, oscila entre os níveis da precariedade e da mistificação” (Processo civil e direito à preservação da intimidade).

São inúmeros os exemplos de comportamentos ilícitos, quando em jogo os “novos direitos”, se caracteriza normalmente como atividade de natureza continuativa ou como pluralidade de atos suscetíveis de repetição. Como os casos de poluição ambiental, de venda de produtos danosos ou mesmo de difusão de notícias lesivas à personalidade.

5 A ATIPICIDADE DA TUTELA INIBITÓRIA

A natureza atípica da tutela inibitória dá-se em virtude da necessidade de uma adequada tutela dos direitos não patrimoniais.

Na doutrina italiana sustentam um princípio geral de tutela preventiva, citando o fundamento legal do artigo 700 do Código de Processo Civil italiano, o qual prevê uma tutela inibitória provisória ou final atípica. Logo, mesmo não confundindo a tutela cautelar com a tutela inibitória atípica, a problemática desse raciocínio está na constituição de uma tutela cautelar, em um tipo de tutela genuinamente preventiva. É similar ao preceito do artigo 300 do Código de Processo Civil brasileiro, para este a estrutura do sistema fundado no binômio processo de condenação -processo de execução, “exige que o autor demonstre – ainda que com base em probabilidade – que o direito violado, com o passar do tempo do processo de conhecimento, poderá não ser efetivamente tutelado.” Logo, sabe-se que a questão problemática da inibitória provisória ou final, não pode ser resolvida com base no fundamento da tutela cautelar. Essa nova análise está sob o fundamento para a tutela de prevenção do ilícito, um outro enfoque.

Assim, basta fundar a tutela inibitória no artigo 24 da Constituição italiana, que dispõe “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”, estabelece o direito à adequada e efetiva tutela jurisdicional. Sob o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, consagrado na Constituição Federal brasileira, que estabelece a garantia da tutela jurisdicional adequada a cada situação de direito substancial. Está fundamentada, através da norma constitucional, a tutela inibitória para os casos em que a técnica ressarcitória não tutela o direito invocado.

6 OS PARÂMETROS DISTINTIVOS DA RESSIGNIFICAÇÃO DE CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA, TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA.

Conforme o preceito legal, a finalidade da tutela cautelar é assegurar a viabilidade da realização de um direito, não tendo como preocupação precípua a prevenção do ilícito e o resultado útil do outro processo. Já para a tutela inibitória, o objetivo principal não é viabilizar a realização do direito, mas já preveni-lo de um eventual ou decorrente ilícito.

A ação inibitória é autônoma, enquanto a ação cautelar tem caráter de acessoriedade. Também a ação inibitória é uma ação de cognição exauriente, ao contrário da ação cautelar, que é fundada, necessariamente, em cognição sumária.

Outro fator predominante para essa inovação é que as ações de conhecimento requerem um maior tempo para que preste-se a tutela final da prevenção do ilícito, assim depois de alguns estudos, doutrinadores constataram a necessidade de uma ação inibitória de natureza provisória. Com o advento das reformas do Código de Processo Civil Brasileiro, o fundamento do artigo 497, parágrafo único, prevê a possibilidade da inibitória, em caráter antecedente ou como pedido inicial e incidental, sendo irrelevante a demonstração da ocorrência do dano ou existência do dolo ou culpa para a antecipação da tutela.

Com o surgimento do instituto da tutela antecipatória é possível a antecipação de qualquer tipo de tutela satisfativa, assim como também a antecipação da tutela inibitória. Outra distinção fundamental faz-se entre tutela antecipatória com tutela inibitória. A tutela antecipatória, fundada no artigo 300 e seguintes do Código de Processo Civil, poderá ser somente em caráter preventivo, seja na forma preparatória ou incidental, no desenvolvimento regular do processo. Dentre os exemplos do elenco, temos a tutela antecipatória ressarcitória, nos casos da tutela antecipatória na ação de indenização fundada em ato ilícito.

No direito brasileiro, o fundamento normativo para a tutela inibitória, não prevista no Código, pode ser requerida com base no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República. Uma vez que a Constituição garante o direito à tutela jurisdicional adequada. Mais uma vez, coloca-se em questionamento o tema da monetização dos direitos, a sentença condenatória ressarcitória, o direito apenas a indenização.

(...) o artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, garante o direito

à tutela inibitória, pois o direito de acesso à justiça tem como corolário o direito à adequada tutela jurisdicional, e esse, por sua vez, o direito à tutela preventiva, direito ineliminável em um ordenamento jurídico que pretenda tutelar de forma efetiva os direitos” (MARINONI, 2000, p. 203-204).

Ora, mais vale a prevenção do que um dano, porque excluir essa possibilidade do cidadão.

7 A QUESTÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Dentre os doutrinadores italianos, como Calamandrei, Mandrioli e Pisani³. Este último, melhor descreve a situação subjetiva não patrimonial e a inidoneidade da adequada tutela, em face a correlação necessária do binômio sentença condenatória e execução forçada. Logo, a Itália serve como modelo inicial desse novo instituto, para esse tema não possui norma correspondente à norma do artigo 497 do Código de Processo Civil brasileiro, que impõe multa para obrigar o adimplemento. Contrário a tese de Pisani apontou críticas Chiarloni, dentre as mais veementes destacou a “penalização” do processo civil, pois toda e qualquer sentença, em caso de descumprimento, seria passível de sanção penal.

A evolução científica italiana traz inúmeras propostas e exemplos na tentativa de se buscar uma efetiva proteção dos direitos não patrimoniais.

Entretantes, pode ocorrer a figura duma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade. É o que sucede, em primeiro lugar, quando a condenação é confirmada ou proferida em grau de apelação, e isso porque a sentença de apelação, se bem que não definitiva, por sujeita a cassação, é todavia executória, uma vez que a cassação não suspende a execução da sentença (art. 520 do

³ Andrea ProtoPisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994, p. 171. A tutela de condenação passou a ser reconstruída, na Itália, a partir da necessidade de se garantir a efetividade da tutela de reintegração do trabalhador no emprego. V., sobre o tema, entre outros, Massimo D’Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro* (art. 18 dello Statuto dei Lavoratori), Padova, Cedam, 1979; Michele Taruffo, “Problemi in tema di esecutorietà della condanna allareintegrazione dellavoratore”, *Rivista trimestrale di diritto e proceduracivile*, 1976, p. 789 e ss; Adolfo diMajo, “Reintegrazione nel posto di lavoro e controllo del potere nell’impresa (a proposito di una pubblicazione)”, *Rivista giuridica del lavoro*, 1979, p. 187 e ss. Andrea ProtoPisani, “Appunti sulla tutela di condanna”, *Rivista trimestrale di diritto e proceduracivile*, 1978, p. 1107 e ss. Sergio Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., p. 143 – 148, entre outros. E. T. Liebman, *Processo de execução*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, p. 15. Luigi Montesano, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., pp. 109/10.

Código de Processo Civil)⁴, e o mesmo se dirá do pedido de revogação. Conquanto seja essa uma figura anormal, porque nos apresenta uma ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica (...) (CHIOVENDA, 1969, p. 235).

Logo, o mesmo texto, sucintamente e com praticidade, esclarece a superação da definitividade versus executoriedade, primordial ponto controvertido no tocante a questão da sentença condenatória.

8 CONCLUSÃO

Diante da assertiva da nova era das tutelas dos direitos e a correlação do direito substancial com o direito processual é preciso a revisitação do conteúdo dogmático e uma nova conduta dos agentes jurídicos, nas ações que detém como objeto a prevenção do dano.

A definição clássica de sentença condenatória não atende aos propósitos da nova era de tutelas do direito, fundada no princípio da efetividade da tutela dos direitos.

Na perspectiva do direito material, o que importa saber é se a tutela jurisdicional cumpre com o prometido pela norma de direito substancial.

Como também, a simples classificação das sentenças, em natureza real ou pessoal do direito a ser tutelado, não é a resposta para as novas exigências de tutela.

O que melhor convém na concepção dogmática substancial e processual comporta o aludido "que é fundamental para a classificação das tutelas (...) a percepção de que a tutela jurisdicional deve alterar na medida em que muda a necessidade do titular do direito material." Sob a nova análise das tutelas de direitos, estas devem ser classificadas à partir do seu resultado prático e não somente através do seu conteúdo normativo. Sempre levando-se em conta o modo de

⁴Art. 1.012 CPC. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: I – homologa divisão ou demarcação de terras; II – condena a pagar alimentos; III – extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV – julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V – confirma, concede ou revoga tutela provisória; VI – decreta a interdição. § 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

atuação para atingir o resultado final do processo – a efetividade da tutela dos direitos.

Dentre os inúmeros desdobramentos do instituto da tutela inibitória, enfocando a questão da efetividade da tutela inibitória, temas como a crise do Duplo Grau de Jurisdição e a necessidade do alargamento do âmbito de incidência da execução provisória da sentença e a tortuosa questão de equalizar as balizas de sanções-multas para as mais variadas formas de lesão.

Cabe a sua aplicabilidade, para aqueles casos que exigem um maior grau de executoriedade, consagrando a força da decisão, inclusive na execução provisória ou definitiva, com findar alcance da efetividade da tutela de direito.

REFERÊNCIAS

BARASSI, L. **La teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Giufrè, 1964.

CHIOVENDA, G. **Notas às instituições de direito processual civil**. [S.l.]: Saraiva, 1969.

FRIGNANI, A. **L'injunction nella "common law" e l'inibitoria nel diritto italiano**. Milano: Giufrè, 1976.

MARINONI, L. G. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Tutela inibitória: a tutela de prevenção de ilícito**. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2000.

RAPISARDA, C. **Inibitoria, digesto delle discipline privatistiche**. Milan: Giufrè, 1993.

Capítulo 3

CONSENSUALIDADE E ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

REALLY SOUGHT AND ARBITRATION IN THE FRAMEWORK OF PUBLIC ADMINISTRATION

*Renata Danella Polli*¹

RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma análise crítica sobre o tema métodos alternativos de soluções judiciais, especialmente o consensualismo na Administração Pública por se tratar de medida que certamente se prestará a agilizar os julgamentos e garantir maior eficácia às decisões. Isso porque atualmente o Poder Judiciário não se mostra suficiente na proteção e reparação dos direitos dos cidadãos, o que inclui as decisões proferidas contra o Poder Público. Destaca-se como uma de suas ferramentas o instituto da arbitragem, previsto na Lei 9.307/1996 e existente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1824. Trata-se de ferramenta que se prestará a agilizar as relações em que figura a Administração Pública, de modo que estudos são bem vindos para esclarecer o sistema legal bem como tecer considerações sobre o arcabouço teórico que proporcionou mudanças no paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal bem como no próprio Código de Processo Civil com o advento da Lei 13.105/2015.

Palavras-chave: Métodos alternativos judiciais. Reforma do Estado. Decisão arbitral.

ABSTRACT

This present work seeks to make a critical analysis about the subject alternative judicial methods, particular about the consensualism in the Government as it is a tool aimed at providing agility and efficacy to the Brazilian legal system. Currently, the Judiciary lacks efficiency in protecting and repairing the rights of the citizens,

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual “Julio de Mesquita Filho” – UNESP/Franca.

including Government decisions. One of these is the Arbitration Institute detailed in the law 9.307/1996 and present in the Brazilian legal system since the Constitution of 1824. Since it is a tool aimed at providing agility in the government relationship, studies to clarify the legal system are welcome, providing observations about the theoretical framework that has led to changes in the legal precedents paradigm of the Supremo Tribunal Federal and in the Process Civil Procedure Code with the advent of the law 13.105/2015.

Keywords: Alternative Judicial Methods. Public Administration Reform. Arbitration Awards.

1 INTRODUÇÃO

O Constituinte Originário inaugurou a Constituição Federal de 1988 definindo o Brasil como Estado Democrático de Direito, consoante previsão expressa em seu artigo 1º, assegurando o exercício do poder pelo povo através de seus representantes ou de forma direta.

Do mesmo dispositivo extrai-se que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Constitui-se, ainda, como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades nacionais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse contexto, cabe a todos os ramos do direito atuar à luz das balizas constitucionais visando dar efetividade aos princípios fixados.

A constitucionalização do direito administrativo impõe sua identificação com a efetivação universal do sistema de direitos e com toda a carta de princípios que a Constituição apresenta.

Logo, no presente trabalho busca-se, através de uma análise história, jurídica e jurisprudencial, propor uma atuação da Administração Pública pensada e reinventada, partindo de premissas de uma ordem constitucional democrática, atuando de encontro com a dignidade humana e com os direitos fundamentais, além de plural, participativa e cidadã na essência.

A Carta Política atual impõe a multiplicação de canais de comunicação pública e uma visão procedimentalista na formação do direito. Nesse passo, faz-se necessária a alteração do papel da sociedade civil frente à Administração Pública, deixando para trás seu papel clientelista da prestação administrativa, para assumir o papel de titular de um direito legítimo, emergente da opinião e da formação de vontades discursivas de cidadãos, igualmente titulares de um Estado.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

A ideia de uma Administração Pública consensual está baseada na propositura de um realinhamento administrativo que apresentem ideias atuais e aptas a dar concretude a seu papel fundamental, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, essenciais à atuação estatal com todo arcabouço de princípios e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, com vistas a inserir o ser humano como figura principal da ordem jurídica.

Na medida em que o papel do Estado se modifica, alterando sua postura imperialista para a de um garantidor, nasce a necessidade de se concretizar a efetivação de uma gama de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, no que se inclui o *direito fundamental a uma boa administração*².

No Brasil, a Reforma do Aparelho do Estado fez emergir a necessidade de aplicação do consensualismo no âmbito da Administração Pública, que decorreu de um natural viés descentralizador, fazendo surgir múltiplos institutos jurídicos consensuais. Isso porque a década de 90 foi marcada por uma fase descentralizadora, reduzindo o número de atividades exercidas diretamente pelo

² Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 41. “Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm o direito a que seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida, antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, nos respeitos dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”

Estado. Nesse cenário, a porta do consensualismo abriu-se com o advento da terceirização e, ainda, através dos contratos de concessão regidos pela Lei n. 8.987 de 1985. Cresce, ainda, o número de entidades que integram o chamado terceiro setor, que caracteriza-se pela realização de atividades estatais pela iniciativa privada, sem fins lucrativos, a exemplo do sistema “S” SESC, SESI, SENAI, SENAC, SEBRAE etc.

Outras pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos em regime de parceria com a Administração Pública são os integrantes do chamado terceiro setor, Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. A Lei n. 9.790 de 1999 define estas entidades como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com requisitos e finalidades previstos na lei.

Destaca-se também as Parcerias Público Privadas – PPPs, regidas pela Lei. 11.079 de 2004. Instituto criado para atender a carência de alguns seguimentos não atendidos devidamente pelo Estado, em especial os setores de obras e serviços.

Nesse contexto, como princípio norteador, o consensualismo se apresenta direcionando a tomada e decisões administrativas, na execução administrativa e, ainda, na prevenção e composição de conflitos.

Salienta Aragão³ que “através da concertação, a Administração não deixa de atuar unilateralmente, por completo, mas procura, antes de emitir o seu ato unilateral, obter o assentimento do maior número possível de sujeitos envolvidos”.

Segundo Moreira Neto⁴, ao analisar a participação administrativa, apresenta três dos seus institutos: coleta de opinião, debate público e audiência pública. Para o autor, a diferença entre a coleta de opinião e o debate público, é que na coleta de opinião o administrado tem o direito de manifestar sua opção, enquanto, no debate público, tem o direito de confrontar suas opiniões com as de outros administrados e com as do Poder Público.

Este cenário desemboca na necessidade de se homenagear o recurso à proporcionalidade, entendida por Alexy⁵ como lei de coalizão, para a ponderação de interesses públicos envolvidos. A isso se soma o princípio da juridicidade, substituto

³ ARAGÃO, 2009, p. 111.

⁴ MOREIRA NETO, 2005.

⁵ Cf. ALEXY, 2008.

da legalidade estrita o que, necessariamente desemboca em uma figura de Administração Pública menos amarrada à estruturas e regras pré-definidas a respeito do interesse a ser preservado a priori, pautando suas atuações nos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de seus atos e contratos.

Por meio do chamado *governo contratual*, fundado, como afirma Marins⁶, no conceito de boa governança pública (good public governance), sinaliza-se, na esteira da lição de Oliveira⁷, “um novo caminho no qual a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes prestigiar) uma forma de gestão, cujas referencias são o acordo, a conciliação e a transação”.

Desse modo, essa perspectiva do direito administrativo visa destacar o papel do cidadão nas relações jurídico administrativas. Consubstancia-se em uma decorrência do princípio da participação, o qual há de se colocar em papel de destaque no arcabouço de paradigmas que se inclinam à modernização e racionalização do direito administrativo. É a chamada administração dialógica.

Medauar⁸ explica a importância do consensualismo na atuação da Administração Pública, pelos seguintes termos:

A atividade de consenso-negociação entre o Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflito de interesses entre várias partes ou entre ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Para Moreira Neto⁹

[...] pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a

⁶ MARINS, 2010.

⁷ OLIVEIRA, 2007, p.277.

⁸ MADAUAR, 2003, p. 78.

⁹ MOREIRA NETO, 2003, p. 156.

estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública vão muito além da sua aplicabilidade na relação administração x administrado, podendo também ser aplicado nas relações internas da própria Administração, tais como os consórcios entre pessoas jurídicas de direito público diversas e os “contratos de gestão” entre órgãos da mesma pessoa administrativa, referidos no artigo 37, parágrafo 8º da Constituição Federal. Logo, verifica-se a existência da possibilidade de consensualidade no âmbito da “litigância intragovernamental”.

A efetivação dessa alternativa de resolução de conflitos pode dar-se através da mediação ou conciliação aplicados nas “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos”, no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, nos termos do artigo 32, I, da Lei 13.140/2015¹⁰, que autoriza que os entes federativos poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I- dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública”;

E ainda, o artigo 174, I, do Código de Processo Civil de 2015, no mesmo sentido.

Na opinião de Godoy¹¹, essa consensualidade tem “natureza arbitral”, já que não prevalecem as “vontades setorializadas” de cada órgão estatal, mas sim a “vontade de Governo”, que dirime “pontos de litigância” que resultam em perda de eficiência administrativa.

A consensualidade, no entanto, não pode ser vista de forma apartada aos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público ou da supremacia do interesse público aos quais a Administração Pública está jungida. Pelo contrário, merece ser utilizado na estrita observância de tais princípios, todavia, de forma mais eficiente, adequando a conduta do administrador aos parâmetros sociais atuais. De

¹⁰ BRASIL, 2015

¹¹ O autor descreve diversos casos em que ocorreu essa “arbitragem” entre órgãos ou entes estatais, como, por exemplo, a divergência entre o Ministério da Defesa e o Ministério do Planejamento, que entendia necessária sua intervenção nos contratos de alienação e arrendamento firmados por aquele (GODOY, 2016, p. 87-90).

acordo com Megna, “propõe-se, apenas, que se abra o diálogo para que se avalie com mais acuidade a realidade do conflito e as opções de solucioná-lo”¹².

Há doutrina que questione a viabilidade da utilização da consensualidade pelo Poder Público tendo em vista a previsão constitucional que junte a Administração Pública ao princípio da legalidade.

De fato, a Administração Pública deve pautar seus atos fundamentada em previsões legais. Ocorre que, uma, os contratos e demais atos bilaterais entre o Poder Público e a coletividade, assim como qualquer ato administrativo *strictu sensu*, extraem seu fundamento de validade da lei. Ademais, a utilização da consensualidade não pode dar-se de forma indiscriminada, havendo casos, com previsão legal, em que a Administração Pública deverá atuar de forma imperativa e cogente, não sendo admitida a consensualidade. Deve-se adotar, aqui, a ideia de juridicidade, vale dizer, a atuação da Administração Pública não deve pautar-se tão somente nas leis, mas também em princípios e práticas que compõe o ordenamento jurídico em geral. Desse modo, a ausência de lei forma a expressamente permitir a formação de contratos entre o Estado e a sociedade não pode ser vista como um óbice ao consensualismo, considerando-se a existência de outros princípios, como os da eficiência, do devido processo legal e da proporcionalidade.

Vale destacar que algumas leis infraconstitucionais já trazem a previsão expressa da utilização do consensualismo, a exemplo do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei Federal 7.347 de 1985, lei da Ação Civil Pública, que prevê o compromisso de ajustamento de conduta, como alternativa à propositura de uma ação judicial.

O consensualismo enquadra-se, então, na discricionariedade administrativa, desde que não vedado expressamente pela lei, observada a devida fundamentação.

No julgamento do RE 253.885-0/MG, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se quanto a necessária pacificação entre os requisitos legalidade e consensualidade partindo das seguintes balizas: a necessidade de previsão legal expressa autorizativa para a celebração de acordos administrativos e se a celebração desses acordos estaria impedida pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Entendeu-se pela validade do acordo realizado entre um Município e seus servidores e a fundamentação foi no sentido de que a conduta estatal teria atendido

¹² MEGNA, 2015, p. 25.

de forma mais rápida e efetiva ao interesse público, afastando, portanto, qualquer ofensa ao princípios elencados do artigo 37 da Constituição Federal. A Corte Suprema entendeu que a previsão legal expressa somente será exigida nos casos em que a transação importar em renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias pela Administração. No que se refere à indisponibilidade do interesse público, restou decidido que “há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse¹³.”

Nesse contexto específico de consensualidade, merece destaque, no presente trabalho, a negociação de convenção arbitral (compromisso ou cláusula compromissória) como mecanismo consensual de resolução de controvérsias envolvendo entes públicos e privados.

3 A ARBITRAGEM NA ATUAÇÃO CONSENSUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Partindo análise da evolução da forma de atuação da Administração Pública resta manifesto, no atual modelo de gestão pública consensual, a superação de um modelo de Administração Pública verticalizada com o manejo da autoridade por parte do Poder Público por um campo maior de coordenação entre os agentes públicos e privados, objetivando a concretização de condutas de “contratualização” da função pública.

Vale dizer, por meio da ideia da arbitragem, a par da questão da elaboração de acordos administrativos, consensuais atinentes ao mérito, propriamente dito, dos interesses públicos, a Administração Pública passa, junto ao setor privado, a negociar os modos pelos quais possíveis futuras controvérsias surgidas no âmbito dos acordos a serem celebrados serão dirimidas. É o que se designou chamar de de consensualidade de segundo grau.

A arbitragem pode ser definida como forma de atividade jurisdicional privada.

¹³ BRASIL, 2002.

Muito recente no Brasil, a previsão da arbitragem já constava do Código Civil quando da publicação do Código de Processo Civil de 1973. Porém, a exigência de que a sentença arbitral fosse homologada em juízo desestimulava sua utilização.

Em 1996, a Lei 9.307 refundou a arbitragem no Brasil. A arbitragem no Brasil passou a ser jurisdição, detendo, o árbitro, todos os poderes de juiz.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015 nasceu com um sistema de arbitragem já consolidado, mais do que isso, prestigia a arbitragem complementando esse microssistema que tem suas balizas constituídas pela Lei n. 9.307/96.

No que se refere a sua aplicação no âmbito da Administração Pública, o principal entrave imposto era a necessidade de autorização legal, entendendo, boa parte dos operadores do direito, pela necessidade de existência de lei específica para autorizar o administrador público a celebrar uma cláusula compromissória em um contrato administrativo, não sendo suficiente a previsão legal da Lei de Arbitragem. jurisprudência do TCU era no mesmo sentido.

Nesse compasso, o legislador então previu o cabimento da arbitragem no setor de petróleo, na lei da ANEEL, ANTT entre outros setores importantes da economia brasileira. Acresça-se que a lei de concessões foi alterada para passar a prever expressamente a arbitragem no artigo 23, inciso XV, da Lei 8.987/1995, Lei das Concessões, como uma autorização para que a Administração se valesse “de modo amigável de solução de divergências contratuais”. A previsão, contudo, ainda era tímida e não amparava a utilização do instrumento consensual de resolução de conflitos de forma ampla.

Em 2004, com o advento da Lei de Parcerias Público Privadas – PPP, Lei n.11.079/2004, restou autorizada a utilização da arbitragem desde que observados dois critérios, conforme disposto no artigo 11, inciso III, nos seguintes termos “o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307 de 26 de setembro de 1996 para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados a contrato”. Logo, foram impostas duas exigências, sendo elas, que seja realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Favoreceu, ainda, a utilização do instrumento da arbitragem a superação do entendimento do TCU expressada no caso “DNER”, 1999, no qual passou a

entender que à luz do movimento das privatizações e da “mudança de rumos e de orientação na política e na doutrina institucionais do Estado”, que o dispositivo que autorizava a arbitragem na Lei de Concessões deveria ser interpretado “no sentido de considerar a arbitragem no âmbito da expressão ‘modo amigável de solução das divergências contratuais’, desde que observe o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público”¹⁴.

No mesmo sentido, foram proferidas decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal AI 82181 e STJ Resp 904813 PR.

No âmbito Federal foi criada pelo ato Regimental n. 5, de 27 de setembro de 2007, posteriormente alterado pelo Ato Regimental n. 2, de 9 de abril de 2009, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).

De fato, o novo cenário em que se insere a Administração Pública exige uma postura consensual, com um canal de diálogo aberto junto administradores e que prestigie a solução pacífica de conflitos sobretudo em situações nas quais as externalidades negativas sobrelevem os benefícios do provimento judicial favorável.

Conforme leciona Moreira Neto, a desverticalização das relações do Estado e a recolocação do princípio da supremacia do interesse público não poderiam funcionar com os antigos instrumentos impositivos de autoridade da Administração, de sorte que a demanda por métodos permeáveis ao diálogo e exercidos por meio de uma “**processualidade adequada**” é sentida em todos os âmbitos administrativos¹⁵.

Valendo-se de concepção de Moreira Neto¹⁶, as “inúmeras modalidades de **administração concertada**” têm sempre em vista o “interesse público” para (i) *promovê-lo na função decisória* administrativa, e.g., por meio de consultas públicas; (ii) *realizá-lo na função executiva*, e.g., por meio de desapropriação amigável; (iii) *recuperá-lo na função judicativa*, e.g., valendo-se de meios consensuais como técnica de superação de conflitos.

O processo arbitral submete-se a uma processualidade mínima, vale dizer, está submetido a determinadas regras que devem ser observadas tais como ao contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e independência do árbitro, tudo

¹⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 1995.

¹⁵ MOREIRA NETO, 2008, p.10.

¹⁶ MOREIRA NETO, 2008, p.12. Os exemplos foram acrescentados.

conforme o disposto no artigo 21, parágrafo 2º da Lei n. 9.307/1996. E ainda, foram fixados os critérios de impedimento do árbitro no artigo 14, a forma escrita e os elementos mínimos da sentença arbitral nos artigos 24 e 26, hipóteses de anulação da sentença arbitral no artigo 32, e, especificamente, para o caso de figurar como uma das partes a Administração Pública, a necessária observância ao princípio da publicidade, conforme disposto no artigo 2º, parágrafo 3º, todos da supracitada lei.

Cabe destacar que, ainda que estejam previstas as balizas processuais às quais deverão ser observadas, a arbitragem tem como característica peculiar e diferenciadora do processo judicial o fato de respeitar a autonomia da vontade. Este, portanto, compõe o processo arbitral legalmente previsto, acrescidas às normas às quais se vinculam as partes por força contratual. Configurada está uma autonomia limitada.

No caso da Administração Pública, em que pese essa existência da autonomia da vontade, sua participação no processo de arbitragem impõe que sejam observados os limites aos quais ela está jungida, a exemplo dos princípios da supremacia do interesse público, legalidade e indisponibilidade do interesse público.

No plano prático, segue-se a **Reforma do Estado**, atenta a esse novo cenário em que se faz “necessário passar *de um Estado decretador a um Estado negociador, de um Estado controlador a um Estado interventor (...)*. Num mundo de empresas-rede e de Estado-rede, a administração também deve ir assumindo uma estrutura reticular e uma geometria variável em sua atuação”¹⁷. Surge a “**Administração consensual**”, que não supera a “*Administração imperativa*”, mas reduz seu campo de incidência¹⁸. Vê-se aí a “desverticalização” da relação Estado-particular¹⁹.

¹⁷ CASTELLS, 2001, p. 166, grifo nosso. A pertinência da arbitragem no contexto da reforma do Estado é estudada por: SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos cit.*, 2011, p. 73-76.

¹⁸ OLIVEIRA, 2007, p.582.

¹⁹ Destacando a importância da associação do Estado aos novos fenômenos econômicos e sociais: BOSCHI, Renato Raul; GAETÁN, Flávio. A recuperação do papel do estado no capitalismo globalizado. In: _____.; GOMIDE, Alexandre Ávila (edição). **Capacidades estatais em países emergentes: o Brasil em perspectiva comparada**, p. 509-529. Brasília: IPEA, 2016. Neste artigo, os autores usam o termo “desverticalização” em outro sentido, próprio da ciência da administração, que se refere ao fenômeno da “descentralização dos mecanismos de decisão da cadeia de produção”, que ocorre, por exemplo, por meio da terceirização de etapas produtivas, revelando que o meio empresarial passa também por

Há que se considerar que, na atualidade está superada a ideia de supremacia do interesse público a qualquer preço. Interesse público e interesse privado não são necessariamente divergentes, podendo, em inúmeras situações convergirem. Desse modo, o princípio mantém-se, ainda que deva ser visto sobre ótica diversa, adaptado face a existência de novas formas de relações público-privadas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo analisou-se a evolução da forma de atuação da Administração Pública, que abandona uma postura impositiva e cogente, fundamentada no princípio da supremacia do Poder Público a qualquer custo, e passa a adotar uma conduta consensual, aberta ao diálogo com seus parceiros da iniciativa privada ou, ainda, da sociedade civil como um todo.

A celeuma acerca da possibilidade de uma atuação consensual por parte do Estado envolve o fato de a sua atuação estar jungida, constitucionalmente, ao princípio da legalidade. Objeção que se mostrou superada pela doutrina, uma vez que os próprios atos bilaterais extraem seu fundamento de validade da lei, quando já não estão legalmente previstos pelo legislador, pela jurisprudência da Suprema Corte, que já entendeu pela validade da aplicabilidade do consensualismo na solução de conflitos pelo Poder Público.

Conforme demonstrado, uma das ferramentas de solução de questões por meio do consensualismo é a arbitragem. Nascida timidamente no ordenamento jurídico, ganhou vigor com o advento da Lei n. 9.307 de 1996 e mais força com o advento do Código de Processo Civil de 2015, criando-se, a partir de então um micro sistema que ampara a solução menos onerosa de conflitos entre Administração e Administrados, ou até mesmo dentro da própria Administração Pública.

Demonstrou-se que, superados certos estigmas de superioridade da atuação Estatal, entendeu-se que a abertura desse canal de diálogo favorece as relações sociais, minimiza gastos e previne ou soluciona conflitos de modo muito mais célere desafogando o judiciário. Salientou-se ainda, que essa ferramenta merece ser valorizada, utilizada sem, contudo serem deixados de lados os princípios

esgotamento da estrutura hierarquizada. Os autores apontam o paradoxal exemplo da China, em que “a estrutura decisória baseada na deliberação por consenso, associada a um padrão de autoritarismo fragmentado, ao mesmo tempo que impulsionou a economia, teria elevado os custos de coordenação para o governo” (BOSCHI; GAETÁN, 2016, p. 520).

constitucionais aos quais a Administração Pública segue jungida, dentre eles os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público devendo estes serem respeitados diante da existência de vedação legal expressa, ou ainda, em situações nas quais os interesses da Administração Pública restem comprometidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOSCHI, Renato Raul; GAETÁN, Flávio. A recuperação do papel do estado no capitalismo globalizado. In BOSCHI, Renato Raul; GOMIDE, Alexandre Ávila (Ed.). **Capacidades estatais em países emergentes: o Brasil em perspectiva comparada**. Brasília: IPEA, 2016. P. 509-529.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 253.885-0/MG. Primeira Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 4 jun. 2002.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP, 2001.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. In: CAHALI, José Francisco; RODOVALHO, Rodrigo; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129 de 26-5-2016**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 85-104.

MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 82, p. 1-30, jul./dez. 2015.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003.

_____. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p. 275-279, jan./mar. 1996.

_____. Ovas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 28 maio 2017.

_____. Mutações do direito administrativo: novas avaliações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 2, jun./jul./ago. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 maio 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 567-601.

Capítulo 4

A MEDIAÇÃO DE DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO ELABORADO PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA ESTADUAL NO ÂMBITO DOS MUNICÍPIOS PAULISTAS

THE MEDIATION OF OFFENSIVE POTENTIAL OFFENSIVE CRIMES PREPARED BY THE STATE JUDICIAL POLICE IN THE FRAMEWORK OF PAULIST MUNICIPALITIES

*Edivaldo Ravenna Picazo*¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a experiência iniciada e desenvolvida pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, cujo órgão é responsável pelo exercício do poder de polícia judiciária, conforme artigo 144 inciso IV e § 4º. da Constituição Federal. O poder em comento é uma subdivisão dos poderes do Estado que no seu princípio se triparte em legislativo, executivo e judiciário, mas quando ingressa no âmbito das Administrações Públicas, especialmente dentro do Poder Executivo, vai se subdividindo para que encontre a sua melhor aplicação. Nesse contexto, o poder de polícia judiciária, que se materializa em vários documentos como autos de prisão em flagrante delito, inquéritos policiais e termos circunstanciados, encontra nestes últimos a oportunidade de oferecer ao público a justiça consensual com efeitos imediatos e muito mais eficazes do que o meio processual tradicional. Vale salientar, entretanto, que não se trata de substituição de procedimentos criminais tradicionais, mas de uma alternativa na solução de conflitos penais em que o Estado precisa de autorização da vítima para poder iniciar o *persecutio criminis*. Sendo essa autorização objeto de mediação, os resultados têm levado as pessoas em conflito a optar pela solução imediata com muito mais satisfação.

Palavras-chave: Mediação.Conflitos.Polícia.

¹ Professor de Direito no Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior – erpicazo@ig.com.br.

ABSTRACT

This paper aims to present the experience initiated and developed by the Civil Police of the State of São Paulo, whose body is responsible for the exercise of judicial police power, according to article 144 subsection IV and § 4. of the Federal Constitution. The power in question is a subdivision of the powers of the State that in principle is tripartite in legislative, executive and judicial, but when it enters the scope of Public Administrations, especially within the Executive Branch, it is subdivided so that it finds its best application. In this context, judicial police power, which is embodied in several documents such as indictments in flagrante delicto, police investigations and detailed terms, finds in the latter the opportunity to offer consensual justice to the public with immediate and much more effective effects than the traditional procedural means. It is worth noting, however, that it is not a question of replacing traditional criminal procedures, but rather of alternating the resolution of criminal conflicts in which the State needs authorization from the victim in order to initiate *persecutio criminis*. With this authorization being mediated, the results have led people in conflict to opt for the immediate solution with much more satisfaction.

Keywords: Mediation. Conflicts. Police.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade é dinâmica e busca satisfazer suas carências de forma incansável. Não importam os obstáculos, sejam eles de ordem administrativa, governamental ou orçamentária, a busca pelos mais diversos direitos que lhe são devidos é algo que a sociedade nunca deixará de lado. Tradicionalmente, de forma direta e funcionando 24 horas, o Estado disponibiliza dois serviços essenciais para atender as necessidades imediatas da sociedade, ou seja, saúde e segurança pública. Dessa forma, para a população de maneira geral quando não se está com problemas de saúde, mas existe um conflito em horários não comerciais, a solução é procurar a polícia. É nessa última que se busca de forma irrestrita resguardar sua segurança seja pessoal, patrimonial ou preservação de direitos. E não lhe importa se a polícia trata-se de um órgão de segurança pública com competência apenas para prevenir e investigar crimes, ela é procurada para os mais diversos fins, destacando-se a lavratura de boletins de ocorrência cuja relevância ganhou destaque e credibilidade mesmo tratando-se de um ato unilateral. Para a população, de forma

geral, o boletim de ocorrência é uma garantia de que sua pretensão a um direito está congelada no tempo e no espaço e não irá se perder por falta de materialização. Para a polícia que registra o fato, em regra, trata-se de um trabalho sem sentido que a onera, e irá requerer uma série de outros registros e despachos sem qualquer ligação com sua atividade fim. Não obstante, a necessidade social da lavratura desse documento é um fenômeno que dificilmente será superado e desagregado da atividade policial.

Em meio aos boletins de ocorrência, fatos e delitos se confundem havendo a necessidade de o delegado de polícia, na condição de autoridade policial, separar uns dos outros, tipificando aqueles que possuem evidência da prática de infração penal, daqueles que tem caráter apenas social. Esse exercício de aplicação do direito a frente do caso concreto é o estágio inicial de especialização da justiça criminal, pois os fatos não criminais registrados não chegarão a receber a luz da apreciação jurisdicional uma vez que desnecessária. Sem essa primeira fase de apreciação por uma autoridade de polícia judiciária, o número de fatos não criminais que chegariam à inócua avaliação judicial seria multiplicado de forma exponencial, com sérios prejuízos aos casos que objetivamente necessitam dessa atuação.

Ainda no âmbito da delegacia de polícia, em meio à diversidade de boletins de ocorrência, são identificados dois modelos de formatação pré processual, ou seja, o inquérito policial que é destinado, em regra, aos crimes mais complexos e com penas privativas de liberdade acima de 02 (dois) anos e os termos circunstanciados destinados aos crimes de menor potencial ofensivo cuja pena máxima, de acordo com a Lei 9099/95 são aqueles com até 02 (dois) anos de privação de liberdade. Dentre esses crimes de menor potencial ofensivo existem aqueles que dependem de representação ou autorização da vítima para que o Estado possa iniciar seus procedimentos para eventualmente penalizar o autor do fato criminal que lhe é atribuído. Se a vítima não desejar o início do *persecutio criminis*, o Estado estará obrigado a respeitar essa decisão de caráter particular. Vale esclarecer que esta submissão do Estado, em matéria criminal, a simples vontade, motivada ou não da vítima, se dá para evitar causar dano maior com a apuração do crime em comparação com os seus efeitos já concretizados. É possível compreender que em determinadas circunstâncias, hipoteticamente, uma vítima de crime de lesões corporais culposas decorrentes de acidente de trânsito ao ser

indenizada, perca o interesse em autorizar o Estado a processar o seu ofensor, embora o Estado ainda mantenha tal ímpeto em razão de seu dever de proteção social. Para a vítima o processo criminal será um desgaste sem sentido, uma vez que já indenizada. Por isso, em hipóteses restritas como a exemplificada, o Estado se curva à vontade da vítima nos termos da lei.

E assim, chega-se ao ponto de mediação de conflitos na esfera criminal, ou seja, nos mencionados crimes de menor potencial ofensivo em que a vítima representa, ou seja, autoriza o Estado a adotar providências contra o autor da conduta típica, ainda é possível no âmbito policial mediar ou compor as partes formando uma mesa de justiça restaurativa, onde as moedas de negociação serão, de um lado, a renúncia irrevogável da representação da vítima e, do outro, a possibilidade de aceitação das condições impostas ao autor da ofensa. Essas condições podem ser o ressarcimento de prejuízos ou outras conforme as partes convencionarem.

No Estado de São Paulo a Polícia Civil iniciou esse trabalho, conforme informação oficial de seu órgão de Assistência Policial de Comunicação Social nas cidades de Lins, Ourinhos, Tupã, Bauru, Assis, Jaú, Marília, Barretos, Franca, Sertãozinho, Bragança Paulista, Adamantina, Dracena, Bebedouro, Ribeirão Preto, Araraquara, Avaré, Votuporanga, Jales, Fernandópolis, Novo Horizonte, Catanduva, Limeira, Rio Claro, Araçatuba, Campinas, Pirajuí, São José do Rio Preto, Americana, Casa Branca, São João da Boa Vista, Presidente Venceslau, Presidente Prudente, Mogi Guaçu, Bilac, Santos, Guaratingueta, Andradina, Sorocaba, São Paulo, Francisco Morato, Itapeva e Botucatu, com média de solução de conflitos entre 64% até 100%, conforme a região do Estado. (SÃO PAULO, 2016)

2 FERRAMENTAS DE USO GERAL NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A doutrina vem buscando desenvolver ferramentas adequadas para a solução de conflitos em todas as áreas humanas onde se possa instalar essa ideia, seja no âmbito familiar, social, empresarial, escolar, religioso, criminal, etc..., não havendo limites para o emprego das diversas técnicas. Ao contrário, busca-se difundi-las e aperfeiçoá-las na medida em que vão sendo empregadas. Para as Instituições ISA-ADRS e MEDIARE cujo material didático foi utilizado pela pedagoga Bernadete Cordeiro ao organizar o curso de Mediação de Conflitos para o SENASP, os

“conflitos não são problemas”, pois “representam a dificuldade de lidar com as diferenças nas relações e diálogos, associada a um sentimento de impossibilidade de coexistência de interesses, necessidades e pontos de vista” (CORDEIRO, 2012, p. 4). Logo, é possível desconstruir a maioria dos conflitos a partir de uma abordagem técnica adequada.

2.1 A diferença entre arbitragem, conciliação e mediação de conflito.

Existe um fator teórico importante quando se trata da busca alternativa para solução pacífica de conflitos. Na lei 9307 de 23.09.96, o conceito de arbitragem e sua implantação consistem em valer-se de uma pessoa física escolhida livremente e de confiança das partes, capacitada tecnicamente para decidir o conflito existente entre elas. Vale dizer que o árbitro é quem decide a causa e impõe sua decisão àqueles que o escolheram, independente da concordância delas. Na conciliação, diferentemente, o que se espera é que o conciliador consiga formular a solução do conflito de maneira que ambas as partes possam aceitá-la e se sintam satisfeitas com a solução. Assim, a pacificação se dará de forma rápida e segura. Por sua vez, a mediação é outra abordagem em que ao mediador cabe instigar as partes em conflito a buscarem, elas mesmas, as soluções de seus litígios. Dessa forma, no caso da mediação não há qualquer sugestão de solução feita pelo mediador, mas espera-se que o fim do conflito ocorra por iniciativa das próprias partes. Nesses casos, portanto, os próprios envolvidos restauram suas relações rompidas, dando-se muito maior solidez a solução encontrada.

2.2 Os Crimes de Menor Potencial Ofensivo que Permitem a Mediação de Conflitos no Âmbito Criminal.

Nas palavras de Nucci (2014, p. 101) o “conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais...”. Assim, crime é uma conduta que a sociedade repudia com maior rigor punitivo podendo chegar a restrição da liberdade de locomoção. Contudo, na atual conjuntura da mediação de conflitos no âmbito criminal, interessam os crimes de menor potencial ofensivo, que dependam de representação, pois são aqueles que podem ser habilitados ao acordo satisfatório para os interessados. O professor Fernando Capez, em sua obra denominada Curso

de Processo Penal anotou os crimes que possuem essa condição *sine quo non* quais sejam:

- Crime de lesão corporal leve (artigo 129 do Código Penal), exceto aqueles praticados contra a mulher e, portanto, incluídos na Lei Maria da Pena;
- Crime de lesão corporalculposa (artigo 129, § 6º. do Código Penal);
- Crime de lesão corporal culposa no trânsito (artigo 291 § 1º do CTB);
- Crime de perigo de contágio venéreo (artigo 130 § 2º. do Código Penal);
- Crime contra honra de funcionário público em razão de suas funções (artigo 141, II, c/c o artigo 145, § único do Código Penal);
- Crime de ameaça (artigo 147, § único);
- Crime de violação de correspondência privada (artigo 151, § 4º. do Código Penal);
- Crime de violação de correspondência comercial (artigo 152, § único, do Código Penal);
- Crime de furto de coisa comum (artigo 156, § 1º. do Código Penal);
- Crime de tomar refeição em restaurante, alugar-se em hotel ou utilizar-se de transporte sem ter recursos para o pagamento (artigo 176, § único do Código Penal);
- Crimes contra a honra do funcionário público cometido *propterofficium* (artigo 145, § único do Código Penal) (CAPEZ, 2014, p. 603).

Nos crimes acima, portanto, havendo a necessidade de representação, caso ela venha a ocorrer, haverá a possibilidade de a Polícia Judiciária apurar os fatos, formar sua convicção, mediante as provas existentes, especialmente delimitando quem foi a vítima e o autor do conflito, para em seguida, buscar disponibilizar a mediação a fim de que as partes possam obter o entendimento capaz de pacificá-las. Vale ressaltar que no curso de mediação de conflitos organizado por Bernadete Cordeira, consultora pedagógica da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), a mediação não tem a culpa como premissa para a solução do conflito. Vale dizer que o mediador deve se concentrar na solução do litígio e não reforçar a culpa que o ocasionou. Na esfera criminal, entretanto, a consciência do verdadeiro autor da conduta criminal e sua culpa deve estar sob o claro domínio do mediador, pois isso é fundamental para que não se incorra em injustiça contra a vítima compelindo-a, por engano, a indenizar os prejuízos pela conduta criminosa que não praticou. Observa-se que nem sempre a autoria de crime de menor ofensivo é tão

evidente a ponto de não necessitarem de uma prévia apuração.

Para se ter uma ideia da dimensão dos crimes de menor potencial ofensivo, que dependem de representação, e que podem ser solucionados significativamente pelo modelo de mediação de conflitos somente na Capital do Estado de São Paulo foram registrados nos meses de janeiro a maio de 2017, ou seja, nos 05 (cinco) primeiros meses do ano, a quantia de 6.364 crimes de lesões corporais decorrentes de acidentes de trânsito e 438 lesões corporais culposas não decorrentes de acidentes de trânsito. Assim, somadas esses dois tipos penais, são 6.802 casos que, se houver representação, podem chegar ao Poder Judiciário para análise. Com a proposta estudada, considerando a média rasa de 80% na solução de conflitos, 5.441 casos seriam solucionados com antecedência, antes da atuação judicial (SÃO PAULO, 2017).

De qualquer forma, é importante registrar que a intenção da mediação de conflitos não é a diminuição de processos criminais, sendo essa apenas uma consequência e não propriamente a causa. O que se propõe é a construção de uma sociedade menos conflituosa com a presença do Estado cumprindo o seu papel de garantidor da paz pública.

2.3 Os princípios norteadores da mediação de conflitos

A mediação de conflitos é aplicável amplamente não só no âmbito penal, mas também em questões familiares, trabalhistas, comerciais, industriais, comunitárias etc. Vale dizer que não há limites para sua aplicação. O que se espera, contudo, é que o mediador tenha profundo conhecimento da área em que for atuar e assim se verificam diversos cursos preparatórios para esse fim como aqueles ministrados no SENASP, Escola Paulista de Magistratura e Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Kalil (2006, p.1) na página virtual denominada Mediar Conflitos, de forma didática, menciona características comuns as espécies de mediação de conflitos costumeiramente apresentadas pela doutrina, destacando-se a “voluntariedade e liberdade de submissão a mediação, a confidencialidade ou privacidade, a imparcialidade do mediador, a informalidade e a oralidade, a reaproximação das partes envolvidas, a autonomia da vontade e a não competitividade”.

2.3.1 A voluntariedade e a liberdade de se submeter a mediação.

Sem que uma das partes esteja disposta a se submeter a mediação é inviável aplicar essa metodologia de trabalho. Entretanto a proporção das pessoas que se negam é ínfima diante da perspectiva de uma solução imediata e definitiva em que nada há para se perder e muito a se ganhar para as partes envolvidas.

No caso dos crimes de menor potencial ofensivo, existe a vantagem de a autoridade policial ter o poder de notificar, com força coercitiva, as partes envolvidas como vítimas, autores e testemunhas para comparecimento junto a ela para a lavratura do termo circunstanciado que num primeiro momento se afigura como o procedimento legal que deve ser seguido por força de lei. Num segundo momento, oportunamente, considerando que houve representação da vítima, já com as partes na unidade, torna-se possível a proposta de mediação a ser levada a efeito se elas concordarem.

2.3.2. A confidencialidade ou privacidade.

Trata-se de um sucedâneo da credibilidade, pois ocorrendo a mediação de conflitos em ambiente sigiloso estabelece-se o cenário adequado para que as pessoas possam manifestar-se plenamente, na certeza de que sua intimidade será preservada. No Estado de São Paulo esses centros de mediação, denominados NECRINs, (Núcleos Especiais Criminais) foram idealizados para funcionar fora das Delegacias de Polícia evitando-se confundirem-se ambientes de investigações criminais, de grande proporção, com ambientes em que se busca a pacificação de conflitos. Esse tratamento confidencial dos litígios em ambientes específicos é uma importante vantagem sobre a forma processual tradicional de prestação jurisdicional.

2.3.3 Imparcialidade do mediador

A própria atividade do mediador é de instigação para as possibilidades de acordo e as suas vantagens. Dessa forma o mediador não tomará posição favorável a uma ou outra parte nem proporá qualquer solução, mesmo que acredite ser útil. O mediador deve viabilizar, com sua experiência e conhecimento, que as pessoas, em conflito, por elas mesmas, apresentem propostas que poderão ser ponderadas na mesa de negociações. É exemplo clássico, o acordo decorrente dos crimes de

lesões corporais culposas em acidentes de trânsito em que a vítima representou desejando a atuação do Estado, mas, ao mesmo tempo, manifesta disposição em renunciar a ação penal se houver indenização numa proporção satisfatória. Nessa hipótese, o autor poderá formular uma proposta de indenização que irá afastá-lo de uma possível ação penal e permitir-lhe a reparação de um mal causado. Cabe ao mediador moderar toda a negociação de maneira a não forçar qualquer solução e manter a certeza de que as partes envolvidas trilham o caminho da solução por suas próprias ideias, sem prevalência de uma sobre a outra, pois, caso contrário, o objetivo de sedimentação e transformação do contexto não será atingido e a possibilidade de descumprimento do acordo será uma realidade que poderá causar desconfiança no sistema.

2.3.4 Informalidade e oralidade

A informalidade e a oralidade são características que aumentam o dinamismo da solução de conflitos e nesse sentido a própria Lei 9099/95 que trata dos crimes de menor potencial ofensivo propõe essa postura em seu rito processual ao dispor em seu artigo 2º. que o “processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

Repara-se que a busca por meios processuais menos solenes e mais negociais é a tendência moderna para a solução de litígios que cresceram sensivelmente nos últimos tempos em razão da abertura constitucional ao acesso a Justiça como direito fundamental.

2.3.5. A reaproximação das partes envolvidas

Por consequência natural as partes em litígio, na mediação de conflitos, tendem a desfazer o sentimento de adversidade entre elas, pois a solução resultante do diálogo levado a efeito, lhes dará a sensação de que ninguém perdeu e que todos ganharam. O alívio de haver encontrado uma solução adequada, participando da construção do acordo, permite restaurar as relações sociais rompidas, favorecendo a aceitação mútua com maior eficiência do que uma decisão judicial em que, mesmo colocando fim ao litígio, mantém o sentimento de revanche.

2.3.6. Autonomia da vontade

A observância da autonomia da vontade é um pilar importante da mediação. Conforme ressaltado pelos doutrinadores, não se aplica ao caso, a máxima popular de que “é melhor um mau acordo do que uma boa demanda”. O acordo necessita ser bom para ambos os litigantes e a manifestação de vontade deve ser livre e consciente devendo o mediador zelar para que isso seja uma realidade incontestável. Portanto, ao contrário do que se possa pensar, o mediador não é um profissional treinado para convencer as pessoas a fazer algo que não queira ou que não estejam preparadas para fazer. Verificado que a parte está induzida a um acordo que foge as suas razões, deve o mediador impedir que ele se estabeleça, retornando ao ponto anterior onde se busca a satisfação despolarizada. Essa sensibilidade deve ser aguçada, pois muitas vezes as partes envolvidas num conflito de menor potencial ofensivo podem possuir níveis culturais e educacionais não equivalentes e assim uma delas preponderará sobre a outra durante o diálogo de restauração das relações.

2.3.7. A não competitividade

A competitividade entre as pessoas pode chegar ao ponto de se valorar mais a ideia de se vencer o conflito do que solucioná-lo. Essa concepção que deve ser afastada na mediação de conflitos. O objetivo não é elevar alguém a condição de vencedor e o outro de derrotado como se sucede com a decisão judicial. Esse ímpeto deve ser retirado da pauta de negociações entre as partes em conflito, permitindo um acordo sereno e equilibrado onde todos se sintam vencedores.

3 A MEDIAÇÃO DE CRIMES REALIZADA PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA

Nas palavras de Barros Filhos (2011, p.1) “a criação do NECRIM teve como fundamento o interesse público”. Além deste alicerce principal, outras questões importantes propõem reflexões quanto a realização de mediação de conflitos num órgão policial onde o Estado preponderantemente usa a força para o exercício de seu poder de império. Assim, a controversa que se instala, remete a indagação de como um órgão talhado para o uso da força física em situações de instabilidades interpessoais estaria apto a promover a mediação de conflitos? Nessa mesma linha, também se questiona como um órgão policial poderá realizar essa atividade sem

abandonar suas funções primordiais que, no caso da Polícia Civil, ou Polícia Judiciária é a investigação criminal? E não é só. Outra consideração importante é a origem dessa ideia e o porquê da sua implantação? Vale perguntar, qual a necessidade pública que despertou o interesse na mediação no âmbito policial? Outra questão que se propõe é qual o fundamento legal para os atuais modelos de mediação de conflitos idealizados pela Polícia Civil do Estado de São Paulo?

A resposta as proposições acima passa pela análise da ampla conquista da sociedade brasileira quanto ao acesso irrestrito ao Poder Judiciário, podendo buscar a proteção de seus direitos ameaçados ou em risco de lesão, conforme se verifica no artigo 5º., inciso XXXV da Constituição Federal que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Com maior possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, vencendo-se gradativamente obstáculos econômicos, administrativos, sociais, educacionais etc..., e ainda, afastando-se qualquer possibilidade de exigência de prévio contencioso administrativo, naturalmente se fez avultar a busca pela prestação jurisdicional gerando uma crescente onda de ações judiciais para decidir os conflitos sociais que ficavam invisíveis no período anterior onde o acesso a Justiça era bem mais limitado. Nessa nova ordem, inegável os enormes benefícios a sociedade, mas o efeito colateral da morosidade em razão do excesso de demandas das mais diversas litigâncias, não houve como manter despercebido. Em resposta, em várias áreas dos direito passou-se a desenvolver meios de solução de controvérsia e foi, então, que nasceu a ideia de se aplicar essa tendência na área criminal. A Lei 9099/95 foi a primeira iniciativa mais efetiva nesse sentido, separando-se os crimes de menor potencial ofensivo daqueles mais graves e dando-se aqueles um tratamento mais célere. Essa separação de delitos se inicia logo na fase policial conforme ensina Tourinho Filho (2017, p. 747) quando diz que “a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima”.

A ideia inicial, conforme se pode verificar acima, era adotar um sistema de prestação jurisdicional em tempo real, mas devido às limitações estruturais do Poder Judiciário brasileiro, que haveria de manter um Juiz de Direito Plantonista 24 horas, de segunda a segunda-feira, a própria lei estabeleceu a possibilidade de o procedimento permanecer no órgão policial a fim de ser melhor apurado, formatado

e enviado ao respectivo Juizado Especial de forma sistematizada. Esse tempo na unidade policial fez inspirar a ideia de solucionar o conflito criminal de pequeno porte de forma a enviá-lo ao Poder Judiciário já acordado, submetendo-o ao Sistema de Justiça basicamente apenas para controle, mediante homologação dos atos.

Dessa forma, a legalidade é preservada, pois a Polícia Judiciária simplesmente reproduz a essência do disposto no artigo 72 da Lei 9099/95, no âmbito das unidades policiais de mediação de conflito. Veja-se a redação legislativa reproduzida no livro *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*:

Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (FIGUEIRA; LOPES, 1995, p. 332).

Nota-se que são o Juiz, conciliadores ou Juízes leigos quem fazem a mediação quando o termo circunstanciado é enviado ao Poder Judiciário na forma tradicional e legal. Contudo, nesse modelo proposto, considerando que a Polícia Judiciária é órgão supervisionado pelo controle externo do próprio Poder Judiciário, a equiparação do delegado de polícia aos voluntários supervisionados pelo Juiz, conforme artigo 7º, abaixo transcrito, é interpretação que assenta perfeitamente as diretrizes legais: *Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.*

A Polícia Judiciária dos Estados possuem uma ligação histórica com o Poder Judiciário, pois é ela quem formata as provas processuais na esfera criminal que servirão de base para o Juiz, após contraditá-las, fazer o julgamento. Nessa linha de pensamento, a Polícia Judiciária não estará se afastando de sua missão ao tratar dos crimes de menor potencial ofensivo mediante o uso dos meios de resolução de conflitos apresentados por três razões: os altos índices de solução de conflitos antecipados são consideráveis; os seus atos se acaso não ajudarem, não prejudicarão a fase judicial e, por último, faz parte da essência da Polícia Judiciária ser o suporte para que as decisões judiciais possam se tornar concretas. A mediação de conflitos na forma estabelecida pelos Núcleos Especiais Criminais apenas acrescentam importante elemento para que a prestação jurisdicional se

torne mais rápida e efetiva. Além disso, é importante que um órgão policial seja reconhecido pela sociedade não só como a força bruta do Estado, mas também por seus atos de inteligência e contribuição para uma sociedade menos conflituosa. É, também, nesse sentido o entendimento de Carlos Eduardo Vasconcelos ao comentar o pensamento da população de baixa renda, ressaltando a existência de uma “relação paradoxal, de amor e ódio, com a polícia”. (VASCONCELOS, 2008, p. 118). A ideia é que a polícia conciliadora revele o seu aspecto humanizado oferecendo soluções definitivas para uma população carente das ações do Estado.

4 CONCLUSÃO

A solução de conflitos por meios alternativos é uma tendência irreversível e satisfatória, pois a crise no Sistema de Justiça ocasionado pelo excesso de demandas apresentadas ao Poder Judiciário fez despontar a criatividade para o tratamento dos litígios interpessoais de outra maneira. Novas técnicas foram sistematizadas a fim produzir os resultados esperados como se uma decisão judicial houvesse sido proferida. A grata surpresa foi notar que essas novas técnicas ultrapassaram as expectativas e adicionaram uma nova Justiça no Brasil, ou seja, a Justiça restaurativa. Diversos órgãos públicos e empresas privadas adotam essa tendência implantando núcleos de solução de conflitos, deixando a busca pela prestação jurisdicional para situações intransponíveis. O próprio Judiciário vem se reinventando admitindo essas fases conciliatórias no âmbito dos processos de maneira geral. Recentemente o Código de Processo Civil sofreu significativa modificação e logo em seu artigo 3º. § 3º. e referendou os métodos de solução consensuais de conflitos, especialmente a conciliação e mediação de litígios que deverão passar a ser instigados pelos operadores do direito em qualquer fase do devido processo legal.

Por sua vez, a Polícia Judiciária não teria razão nenhuma para ficar de fora dessa nova tendência que institucionaliza algo que ela sempre fez de maneira extraordinária e informal. Mediar conflitos faz parte do dia a dia da Polícia Civil em razão dela estar aberta ao público 24 horas por dia. Os conflitos chegam a ela naturalmente em razão de suas funções e o oferecimento de uma solução controlada é uma demanda social que dificilmente será atendida por outro órgão num curto período de tempo.

Outra razão que permite concluir a indicação de que esse trabalho seja feito pela Polícia Civil é que ela não precisa modificar a sua linha de atuação, pois o momento da mediação trata-se apenas de um ato a mais, realizado após a lavratura do termo circunstanciado com as partes ali presentes e disponíveis a esse fim. Havendo o ajuste entre as partes é de considerável relevância a juntada do termo de composição preliminar que poderá ser homologado pelo Juiz, ouvido o Ministério Público, dando-se a plena eficácia estabelecida no artigo 74 da Lei 9099/95. Com esse trabalho importante, além de contribuir para solução dos conflitos de menor potencial ofensivo de maneira mais evidente, a própria polícia estará alimentando boas práticas que irão favorecer o aperfeiçoamento de seus fins específicos. No Estado de São Paulo, a Polícia Civil passou a operar os NECRIMs com base no Decreto 61.974, de 17.05.2016 onde se estabeleceu a sua regulamentação.

REFERÊNCIAS

BARROS FILHO, Mário Leite de. O delegado de polícia como pacificador social. O Núcleo Especial Criminal (NECRIM) em Bauru. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2564, jul. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/16961>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORDEIRO, Bernadete (Org.). **Curso mediação de conflitos 1 e 2**. Rede EAD. [S.l.: s.n], 2012.

KALIL, Lisiane Lindenmeyer. **Características e princípios da mediação**. 16 jul. 2006. Blog Mediar Conflitos. Disponível em: <<http://www.mediarconflitos.com/2006/07/caractersticas-e-principios-da-mediao.html>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

Capítulo 5

A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES E O NÚCLEO ESPECIAL CRIMINAL (NECRIM) DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO NA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NOS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

NATIONAL JUDICIAL POLICY OF PROPER HANDLING OF CONFLICTS OF INTEREST AND THE CORE CRIMINAL SPECIAL (NECRIM) OF THE CIVIL POLICE OF THE STATE OF SÃO PAULO IN MEDIATION AND CONCILIATION IN CRIMES OF LESS OFFENSIVE POTENTIAL

*Adolfo Domingos da Silva Junior*¹

RESUMO

Este estudo, de abordagem qualitativa, objetivou analisar a mediação e a conciliação nos delitos de menor potencial ofensivo realizadas pela Polícia Civil do Estado de São Paulo por intermédio do Núcleo Especial Criminal (NECRIM), com supedâneo na Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A metodologia constituiu-se em pesquisa exploratória e teórica sobre o tema, com coleta e análise da legislação e busca em sítios governamentais. Utilizou-se do método dedutivo, partindo-se de premissas gerais da mediação e conciliação, aplicando-se uma cadeia de raciocínio, do geral para o específico, de maneira a analisar a importância do NECRIM como ferramenta de gestão pública ao colaborar com o Poder Judiciário na redução do acervo de processos. A análise documental permitiu observar que as atividades do NECRIM, como instrumento democrático de resolução e composição de conflitos nos delitos de menor potencial ofensivo de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, contribui para a garantia do bem-estar coletivo e a pacificação social, o que se coaduna com a política pública preconizada pelo CNJ no sentido de tornar a

¹ Pós-Graduando em Planejamento e Análise de Políticas Públicas na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais/UNESP/Câmpus de Franca. E-mail: adolfodsj@yahoo.com.br.

prestação jurisdicional mais célere com a aplicação de meios consensuais de resolução de conflitos.

Palavras-chave: Conselho Nacional de Justiça. Núcleo Especial Criminal. Política pública judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse.

ABSTRACT

This qualitative study aimed to analyze the mediation and conciliation of the crimes of minor offensive potential performed by the Civil Police of São Paulo state through the Core Special Criminal (NECRIM), based on the National Judiciary Politics of Appropriate Treatment of Conflicts of Interest of the National Council of Justice (CNJ). The methodology consisted of an exploratory and theoretical research about the subject, with collection and analysis of legislation and search on government websites. A deductive method was used, starting from general premises of the mediation and conciliation, applying a chain of reasoning, from general to specific, in order to analyze the importance of NECRIM as a tool for public management by collaborating with the Judiciary in reducing the collection of cases. The documental analysis made it possible to observe that the activities of NECRIM as a democratic instrument of resolution and composition of conflicts in crimes of minor offensive potential of public criminal action conditioned to representation or to private criminal action, contributes to the guarantee of collective well-being and social pacification, which is in line with public politics imposed by the CNJ to make the jurisdictional provision faster with the application of consensual means of resolution.

Keywords: National Council of Justice. Core Special Criminal. National judiciary politics of appropriate treatment of conflicts of interest.

1 INTRODUÇÃO

O Estado democrático brasileiro é soberano e constituído por três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si. Ao Poder Judiciário incumbiu a Constituição Federal (BRASIL, 1988) a missão de prestação da tutela jurisdicional.

A prestação jurisdicional sempre foi o principal instrumento do Estado para a solução de conflitos, o que determinou a crescente judicialização e a conseqüente sobrecarga de processos, contribuindo para um sistema judicial moroso e

congestionado. Nos dizeres de Gabriel (2016, p. 306) “[...] a celeridade encontra-se intrinsecamente ligada à efetividade e não é outra a razão pela qual a flagrante morosidade na prestação da justiça vem sendo criticada diariamente pela sociedade e pelos meios de comunicação.”

A preocupação com esse colapso vem de longa data, tanto que o Conselho Econômico e Social (ECOSOC), da Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, que considerou como desejável a formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu preâmbulo, prescreve como diretrizes de nosso sistema a justiça, a harmonia social e a solução pacífica de conflitos. Assegura a todos o direito de acesso à Justiça (Art. 5º, inciso XXXV) e dispõe acerca da criação de juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação e julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo (Art. 98, inciso I).

Nesse sentido, editou-se a Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995) que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004), incluiu na Carta Magna (BRASIL, 1988), como direito fundamental, o inciso LXXVIII, que acentua: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação [...]”. Também criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), responsável pela atuação administrativa, financeira do Poder Judiciário e zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Por intermédio do CNJ, objetivando adotar uma política nacional permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios para enfrentamento da questão, editou-se a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010), que dispõe sobre a política pública de resolução de conflitos baseada em meios alternativos, notadamente os consensuais com a participação das partes através da mediação e a conciliação.

Nesse diapasão, seguiram-se a edição da Lei nº 13.140/15 (BRASIL, 2015), conhecida como “Lei da Mediação” e o Novo Código de Processo Civil “[...] que

acolheu, portanto, o interesse de pacificação preconizado pela política nacional para o tratamento adequado dos conflitos, de forma a albergar a mediação e a conciliação antes do prosseguimento da demanda [...]” (GABRIEL, 2016, p. 314).

A Polícia Civil do Estado de São Paulo, como instituição permanente, essencial à justiça e à segurança pública, integra o Sistema de Justiça Criminal e tem como missão exercer as funções de polícia judiciária e a investigação criminal, promovendo a solução e a composição de conflitos e garantindo o bem-estar coletivo e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira e de forma mais ampla e sistematizada, a Polícia Civil aderiu à política pública introduzida pelo CNJ e tem, nos casos de delitos de menor potencial ofensivo de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, realizado audiências, através do Núcleo Especial Criminal (NECRIM), presididas por delegados de polícia, objetivando a composição entre autores e ofendidos, por meio de mediação ou conciliação.

Pretende-se, com a presente pesquisa, analisar a mediação e a conciliação nos delitos de menor potencial ofensivo realizadas pela Polícia Civil do Estado de São Paulo por intermédio do Núcleo Especial Criminal (NECRIM), com supedâneo na Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sua importância para a resolução pacífica dos conflitos e a contribuição com a redução do número de processos em tramitação no Poder Judiciário.

O tema objeto de pesquisa é relevante, pois está diretamente ligado à atividade de Polícia Judiciária como instrumento de pacificação social e promotora dos direitos humanos.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

2.1 Dos conflitos

O conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis (AZEVEDO, 2004).

Os conflitos existem desde os primórdios da humanidade, quando as pessoas perceberam a necessidade de organizarem-se em sociedade visando a sobrevivência, surgindo, daí as primeiras regras que visavam disciplinar as

divergências sociais e procurar propiciar um convívio harmonioso dos seres humanos.

O conflito não resolvido pode caminhar para a violência, o que nos induz à adoção de mecanismos de resolução pacífica de conflitos, assunto que iremos abordar a seguir.

2.2 Os meios de resolução pacífica de conflitos

O termo “resolução” significa ato de resolver, de elucidar, de esclarecer; resultado dessa ação; decisão, expediente, deliberação, propósito, desígnio; transformação, conversão; solução, decisão de uma questão, de um problema (TARTUCE, 2008).

Segundo Bacellar (2012, p. 28) “[...] as soluções alternativas consistem naquelas que, por intermédio de um portfólio de métodos, formas, processos e técnicas, são aplicadas fora do âmbito do Poder Judiciário.”

Várias são as expressões usadas na teoria e na prática buscando definir as técnicas diferenciadas de tratamento do conflito como fontes alternativas de resolução de conflitos. Podemos citar: *Alternative Dispute Resolution* (ADR), Meios ou Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASC) e Resolução Alternativa de Conflitos (RAC).

O aparecimento dessas técnicas ocorreu fora da seara jurídica, pois segundo preconiza Colaiácovo e Colaiácovo (1999, p. 61):

O que mais aflige as pessoas é a falta de confiança no sistema de administração da justiça, o que leva o cidadão a renunciar o seu uso e a buscar métodos alternativos para resolver seus conflitos.

[...]

Tanto a crítica ao sistema jurídico vigente, quanto a evolução da sociedade com vista a uma cultura participativa, que seja maior a intervenção do cidadão na busca da solução mediante o diálogo e o consenso, tem dado lugar a um movimento importante em favor dos métodos alternativos de solução de disputas [...].

No mesmo sentido, Tartuce (2008, p. 186) salienta que a adoção desses mecanismos alternativos “[...] tem como grande motor a dificuldade na obtenção de uma sentença de mérito, em virtude da crise na prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário.”

Dessa forma, observamos que a crescente litigiosidade do Poder Judiciário tem colaborado com a morosidade na obtenção de uma sentença de mérito e com

a descrença no sistema de administração de justiça. Com a utilização dos métodos alternativos haveria um tratamento dos conflitos de forma mais eficiente, além de uma prestação jurisdicional rápida, confiável e econômica, o que propiciaria a redução do acervo de processos com o conseqüente aperfeiçoamento da estrutura.

Assim, passamos a abordar a conciliação e a mediação, que são os objetos do nosso estudo.

2.2.1 Conciliação

Segundo Azevedo (2015) a conciliação é um processo autocompositivo em que as partes recebem o auxílio de um terceiro neutro para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo.

2.2.2 Mediação

Trata-se de um método pelo qual “um terceiro imparcial facilita a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.” (AZEVEDO, 2015, p. 20).

A mediação não é ferramenta ou técnica nova, remonta suas origens à antiguidade, sendo, nessa época, exercida por líderes religiosos, políticos, militares ou pessoas que gozavam de prestígio na comunidade (COLAIÁCOVO; COLAIÁCOVO, 1999).

Para Gabriel (2016, p. 310) “[...] o uso da mediação é verificado em quase todas as culturas, sendo reconhecida como forma eficaz e preponderante na resolução de embates.”

A mediação tem sua previsão no preâmbulo da Constituição Federal e nos artigos 3º e 5º, *caput* (BRASIL, 1988).

A mediação penal é aplicada como instrumento da justiça restaurativa, daí por que também é denominada mediação restaurativa (VASCONCELOS, 2008).

A mediação tem sido utilizada de forma crescente como instrumento de apoio à vítima e a comunidade, na busca de uma reparação que tenha o potencial de restaurar a relação com o ofensor (BACELLAR, 2012). Aqui o que se almeja não é a punição, mas sim o fato de o autor assumir a responsabilidade pelos seus atos, substituindo-se a ideia de punição pela ideia da reparação.

A mediação, como procedimento, visa a facilitação às partes envolvidas em um conflito, à administração pacífica desse conflito por si próprias, posto que se adequadamente utilizada é cultural e instrumentalmente eficaz, leciona Zapparolli (2003).

O princípio da legalidade é basilar no Estado Democrático de Direito, razão pela qual, toda vez que houver violação do direito mediante lesão ou ameaça, o Poder Judiciário poderá ser instado a decidir no caso concreto. É tarefa dos órgãos judiciais dar justiça a quem a pedir, sendo a todos assegurado o direito cívico de solicitar a apreciação de sua pretensão (TARTUCE, 2008).

Nesse sentido, Watanabe (2011, p. 383) preconiza que ao Poder Judiciário incumbe

[...] organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação.

2.3 Métodos

A metodologia constituiu-se em pesquisa exploratória e teórica sobre o tema, com coleta e análise da legislação e busca em sítios governamentais. Utilizou-se do método dedutivo, partindo-se de premissas gerais da mediação e conciliação, aplicando-se uma cadeia de raciocínio, do geral para o específico, de maneira a analisar a importância do NECRIM como ferramenta de gestão pública ao colaborar com o Poder Judiciário na redução do acervo de processos.

2.4 Da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos

2.4.1 Política Pública

Souza (2006, p. 23) aponta como 'pais' fundadores da área de políticas públicas os autores Harold Laswell, Herbert Simon, Charles Lindblom e David Easton e afirma que "[...] não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública", entretanto aponta como a mais conhecida o conceito dado por Laswell, o qual preconiza que as decisões e análises sobre política pública devem, necessariamente, responder quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.

Assim, uma política pública, na maioria das vezes, engloba mais do que uma decisão e necessita de várias ações articuladas estrategicamente objetivando a implementação das decisões tomadas.

Nesse diapasão, está a decisão tomada pelo CNJ no sentido de adotar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios para enfrentar a intensa judicialização da litigiosidade dos conflitos de interesses, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses.

2.4.2 A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses

Desde a época do Império havia a preocupação com a solução consensual de conflitos.

As Ordenações Filipinas, no seu 3º Livro, Título 20, 1, prescreve:

E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despezas, e se sigam entre elles os ódios e dissensões, se deve concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso [...] (ALMEIDA, 1870, p. 387).

Blazeck (2013, p. 154) acentua que “[...] a política pública mais abrangente no tratamento de conflitos de interesses esteve prevista no Artigo 161 da Constituição do Império de 1824, que dizia ‘sem se fazer constar, que se tem intentado o meio de reconciliação, não começara Processo algum’ (BRASIL, 1824) [...]”

O Código de Processo Criminal de 1832 também tratou da conciliação

Disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil
Art. 1º Póde intentar-se a conciliação perante qualquer Juiz de Paz aonde o réo fôr encontrado, ainda que não seja a Freguezia do seu domicilio.
Art. 2º Quando o réo estiver ausente em parte incerta poderá ser chamado por edictos para a conciliação, como é prescripto para as citações em geral [...] (BRASIL, 1832).

Seguiram-se outras legislações tratando do mesmo assunto, tais como o revogado Código de Processo Civil, a Lei do Juizado das Pequenas Causas, revogada pela Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995).

Segundo Azevedo (2015), a partir da década de 1990, vários foram os estímulos à autocomposição na legislação processual, inclusive com a realização de projetos pilotos de mediação civil, mediação comunitária, conciliação previdenciária,

etc. À vista dos bons resultados obtidos, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125/10, que introduziu a política pública nacional do Judiciário, voltada ao tratamento adequado dos conflitos de interesses, elegendo a mediação e conciliação como instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios e na busca por uma melhor e mais célere prestação jurisdicional.

A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses tem entre seus objetivos a mudança de cultura na sociedade para a solução amigável e negociada, voltada para a pacificação social, estabelecer parceria com instituições de ensino de direito com a finalidade de inserir na grade curricular de disciplinas específicas voltadas à capacitação dos futuros operadores do direito em meios alternativos de resolução de conflitos. Determinou, também, a criação nos tribunais estaduais dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Afirmam Capez e Argachoff (2013, p. 64) que a política pública em comento ao estabelecer que será desenvolvida com a participação de entidades públicas, reforça o entendimento de que essas parcerias sejam “firmadas com as Polícias Civis, utilizando-se, sobretudo, de uma estrutura já existente e aventando-se a possibilidade do Delegado de Polícia exercer a função de conciliador”.

Nesse contexto a Polícia Civil do Estado de São Paulo criou o Núcleo Especial Criminal, o qual passamos a discorrer.

2.5 O Núcleo Especial Criminal

2.5.1 Conceito, origem e embasamento jurídico

Na busca pelo aprimoramento profissional, excelência no atendimento e pacificação social dentro do Sistema de Justiça Criminal, nasce o Núcleo Especial Criminal (NECRIM) com o seguinte conceito:

O NECRIM é órgão especializado da Polícia Civil do Estado de São Paulo que, primando pela pacificação social, promove a adequada solução de conflitos de interesses, decorrentes de crimes de menor potencial ofensivo, que dependam de representação ou de oferecimento de queixa, através da autocomposição pré-processual, consubstanciada em Termos de Composição Preliminar (TCP), presidida pelo Delegado de Polícia, com a participação da OAB, apreciação do Ministério Público e homologação do Poder Judiciário. (BLAZECK, 2013, p. 157).

Com a implantação do NECRIM pela Polícia Civil de São Paulo, a atividade de Polícia Judiciária ganhou uma importante ferramenta no trato com os crimes de menor potencial ofensivo, galgando os anseios que o texto constitucional demarcou em 1988, determinando a adoção de novas políticas frente às pequenas infrações, com a finalidade de dar maior agilidade e nova dinâmica, diferente do antigo e penoso cárcere.

O NECRIM mantém o perfeito cumprimento dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, no Código de Processo Penal e na própria Lei nº 9.099/95, mas com eficiência já comprovada. Inova, também, quando passa a produzir documentos que são homologados pelo Poder Judiciário, dando amplo atendimento às demandas penais e cíveis de pequena monta, favorecendo a prestação do serviço do Estado.

As técnicas de conciliação e mediação aplicadas no NECRIM alcançam os ditames constitucionais e em pouco tempo as partes recebem o atendimento e constroem, elas próprias a solução para seu problema, sob a minuciosa coordenação do Delegado de Polícia Conciliador, que preside a audiência.

O embrião do NECRIM na Polícia Civil Paulista surgiu com o delegado de polícia Cloves Rodrigues da Costa em 2003, na cidade de Ribeirão Corrente, comarca de Franca, interior do Estado de São Paulo, quando no atendimento de um delito de Dano, promoveu audiência de conciliação e conseguiu a composição entre os envolvidos, elaborando a peça que denominou de “Termo de Composição Preliminar (TCP)”. Remetida ao Juízo da Comarca, com fulcro no artigo 74, da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995), o Magistrado determinou o arquivamento do feito (3ª Vara - processo JECRIM nº 901/2003), passados quarenta dias da data dos fatos, o que demonstrou o acerto da inovação trazida pela autoridade policial na adoção da medida, a qual contribuiu para a pacificação entre os envolvidos.

O primeiro NECRIM foi instalado no ano de 2010 na cidade de Lins e os resultados da mediação realizada pelo delegado de polícia não demoraram a aparecer, ganhando ampla repercussão e aceitação do Poder Judiciário da Comarca.

No ano de 2012 no Estado de São Paulo havia um total de 17 Núcleos Especiais Criminais instalados e distribuídos em cinco departamentos da Polícia Civil, que realizaram 8.963 audiências, obtendo-se 7.960 conciliações, que significou

89% de resolução dos casos submetidos ao seu crivo. Essas conciliações foram remetidas ao Judiciário para a consequente homologação e posterior arquivamento. O índice de conciliações no ano de 2016 foi de 88%.

Atualmente são 44 NECRIMs no Estado de São Paulo.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

A mediação de conflitos faz parte do conteúdo curricular da Academia de Polícia, órgão de ensino da Polícia Civil, visando a capacitação dos policiais civis para a conciliação de conflitos decorrentes de infração de menor potencial.

Essa capacitação vem ao encontro da diretriz 17, do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) 3, aprovado pelo Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009 (BRASIL, 2009), que incentiva a promoção de sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa de direitos, especificando em seu objetivo estratégico a necessidade de utilização de modelos alternativos de solução de conflitos.

Os resultados do NECRIM são alvissareiros, posto que de 2010 até março de 2017 foram realizadas 92.800 audiências, das quais resultaram 83.181 acordos, ou seja, com 89,63% de conciliações. Frise-se que somente de janeiro a março do corrente ano, das 4.500 audiências realizadas, houve 4.327 acordos, totalizando 96,1% de aproveitamento (MOGI, 2017).

O então Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), Desembargador Ivan Sartori, em palestra proferida a Delegados de Polícia no dia 8 de abril de 2013 na Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, elogiou o NECRIM que “[...] tem tido resultado altamente benéfico, pois reduz a demanda de processos. A mediação e a conciliação são medidas eficientes para que tornemos a Justiça mais rápida. Essa interseção com o Necrim é de suma importância para o Judiciário.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA [DO] ESTADO DE SÃO PAULO, 2013).

O NECRIM tem como natureza jurídica a atividade de Polícia Judiciária, especializada e preventiva, com pleno exercício da Justiça Restaurativa, em consonância com os princípios de Polícia Comunitária. Age na pacificação dos crimes de menor potencial ofensivo que dependam de representação criminal ou queixa, servindo como importante instrumento de autocomposição e pacificação social.

Ressaltando a importância do NECRIM, o Magistrado Fábio Alexandre Marinelli, em processo criminal de crime de trânsito sentenciou

No atual contexto nacional, em que se proclama a necessidade da solução de conflitos pela via conciliatória, resta patente que a Polícia Civil do Estado de São Paulo, através do NECRIM, demonstra caminhar a passos largos a evolução institucional, tornando-se, também, instrumento positivo a pacificação social.

Por outras palavras, a celeridade na busca do fim dos conflitos em matérias de menor potencial lesivo, tanto na seara criminal como na cível, demonstra consonância com os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos recomendados pela ONU e regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução nº 125/2010 [...].

Logo, diante da valiosa contribuição da Polícia Civil do Estado de São Paulo, no sentido de disponibilizar oportunidade para que a recomposição do ato ilegítimo com satisfação da população, com a devida honra, HOMOLOGO a composição civil entre as partes, conforme termo de fls. 04/05 [...](SÃO PAULO, 2017, p. 22).

Fica evidente nesse posicionamento a contribuição do NECRIM para com a celeridade processual e a redução de feitos criminais em tramitação.

Edson Luis Baldan asseverou que o NECRIM “é a flor no pântano”, referindo-se à magnitude das atividades desenvolvidas por este núcleo na execução de prática de justiça restaurativa que não só contribui para a pacificação social, mas também para desafogar as unidades de polícia judiciária permitindo que se debrucem sobre a função precípua da Instituição e bem assim o Poder Judiciário, que se incumbe da homologação da composição efetuada. Ressaltou que considera o NECRIM “[...] a mais fascinante das experiências modernas em Direito Penal/Processual Penal esteja sendo protagonizada em São Paulo por Delegados de Polícia.” Assim, os mecanismos alternativos de solução de conflitos ganham proporções importantes com a atividade da Polícia Judiciária que, sendo normalmente a primeira Instituição que atende a ocorrência criminal e se depara com o conflito social, pode mediar a questão apresentada, pois nem sempre é de natureza eminentemente criminal, ao contrário, na sua grande maioria é social, tais como questões de natureza familiar, embriaguez, perturbação de sossego etc. e precisam da intervenção do delegado de polícia, primeiro garantidor e promotor da dignidade da pessoa humana, que está sempre a disposição da comunidade e em todos os municípios, como acentua Nalini (2006, p. 449)

A polícia civil é toda dirigida pelo **delegado de polícia**, profissional provido a categoria constitucional e recrutado dentre o quadro de

bacharéis em ciências jurídicas.

A autoridade do delegado é a mais presente em todos os municípios brasileiros, nem todos eles providos de promotor de justiça ou de juiz, mas quase sempre contando com a atuação de um delegado que, na prática, exerce, cumulativamente, as principais funções do direito.

O Delegado de Polícia, atuando como pacificador e mediador de conflitos, desenvolve seu ofício escudado pela Constituição Federal tanto no artigo 144, que disciplina a Segurança Pública, como, primordialmente, o artigo 5º, inciso XXXV (BRASIL, 1988). Ademais, a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, conforme preconiza a Resolução nº 125/2010 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010), cujos princípios fundamentais da conciliação e mediação (art. 1º) são observados pelo NECRIM.

4 CONCLUSÃO

Foi possível observar nesse estudo que em face da preocupação com a crescente judicialização dos conflitos e conseqüente sobrecarga de processos, que tem propiciado um sistema judicial moroso e congestionado, a Polícia Civil do Estado de São Paulo, em cumprimento a sua missão institucional, com fundamento no princípio da dignidade humana, insito no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, e no contexto da filosofia de Polícia Comunitária e da Justiça Restaurativa, vem promovendo, através do Núcleo Especial Criminal (NECRIM), conduzido por delegados de polícia, a mediação como instrumento democrático de resolução e composição de conflitos, garantindo o bem-estar coletivo e contribuindo para a pacificação social, o que se coaduna com a política pública preconizada pelo Conselho Nacional de Justiça, intitulada “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos”, e pela Organização das Nações Unidas (ONU) no sentido de tornar a prestação jurisdicional mais célere com a aplicação de meios consensuais de resolução de conflitos.

Patente está a importância do NECRIM, cuja finalidade precípua é buscar a solução de conflitos nos delitos de menor potencial ofensivo em que há a disponibilidade da vítima quanto a persecução penal, segundo o disposto nos artigos 61 e 74, da Lei nº 9.099/95, posto que, como ferramenta de Gestão Pública, possibilita a redução do acervo de processos nos Juizados Especiais Criminais e

nas unidades de polícia judiciária, além de permitir a otimização da atividade fim da polícia judiciária.

A Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995), nasceu da busca por uma justiça penal dotada de mecanismos processuais que favoreçam a resolução dos conflitos por meio do consenso entre as partes, pois os institutos previstos nessa norma, tais como, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, conferem a abertura necessária para a incorporação de práticas restaurativas no nosso sistema jurídico.

O NECRIM representa o avanço da Polícia Civil Paulista na resolução consensual de conflitos, pois através da mediação tem propiciado que partes envolvidas no litígio busquem, por meio do diálogo e do consenso, a solução de seus próprios conflitos, propiciando o restabelecimento da paz, a reparação do dano causado e a restauração das relações sociais como forma de prevenção criminal primária.

A repercussão no meio jurídico e social é extremamente positiva em face da eficiência e da celeridade em que os casos são atendidos e solucionados, enaltecendo a Polícia Civil Paulista e servindo tal ferramenta de modelo e interesse das polícias estaduais.

Os resultados obtidos com a intermediação do NECRIM permitem afirmar também o acerto na sua implantação, uma vez que a quase totalidade das mediações realizadas resultaram na composição amigável e foram definitivamente recepcionadas pelo Poder Judiciário, de forma a demonstrar o grau de eficiência do serviço prestado e a realização de trabalho preventivo. Enfim, os resultados até agora conseguidos denotam a dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios empregados.

Não se teve a preocupação de esgotar o assunto, ao contrário, procuramos enfatizar a importância do NECRIM na resolução pacífica dos delitos de menor potencial ofensivo, a sua contribuição para redução do acervo de processos judiciais e o empreendedorismo do gestor público, o delegado de polícia, na busca de alternativas a prevenção à criminalidade e otimização dos serviços afetos.

A inovação tecnológica surge com uma velocidade incrível e nessa esteira o inquérito policial eletrônico que integrará a Polícia Civil ao Poder Judiciário (TJSP) através do Sistema de Automação Judicial (SAJ), viabilizando a completa

informatização do processo judicial, com a adoção do meio eletrônico para armazenamento, tramitação, comunicação e transmissão de documentos e arquivos digitais. Igualmente, propiciará o envio do termo de composição preliminar a juízo, eliminando-se o documento físico e seu transporte, o que redundará em celeridade e economia processual.

Ainda acerca da utilização dos meios eletrônicos, preconizamos a adoção do emprego de recursos de gravação digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, como meio de documentação de depoimentos prestados em audiência, destinados a obter maior fidelidade do teor da mediação encetada.

Derradeiramente, acreditamos ter demonstrado a importância do Núcleo Especial Criminal como ferramenta essencial à resolução pacífica dos conflitos através da mediação e conciliação, sempre presididas por delegado de polícia, instrumento esse a serviço de uma prestação de serviços de ótima qualidade e eficiência, que viabiliza soluções rápidas e criativas para a concretização do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, C. M. **Código Philippino, ou, ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomhatico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

AZEVEDO, A. G. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: _____. (Org.). **Estudos de arbitragem mediação e negociação**: parte II: doutrina parte especial. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. 3 v. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/autocomposicao-e-processos-construtivos-uma-breve-analise-de-projetos-piloto-de-mediacao-forense-e-alguns-de-seus-resultados>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. (Org.). **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília, DF: CNJ, 2015.

BACELLAR, R. P. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Saberes do direito; 53).

BLAZECK, L. M. S.; MARZAGÃO JÚNIOR, L. I. (Org.). **Mediação**: medidas alternativas para a resolução de conflitos criminais. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. O delegado como mediador de conflitos. In: BLAZECK, L. M. S;

MARZAGÃO JÚNIOR, L. I. (Org.). **Mediação**: medidas alternativas para a resolução de conflitos criminais. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição Política do Império do Brasil (De 25 de março de 1824. Carta de Lei de 25 de março de 1824. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, p. 7, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprovada o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 dez. 2009. p. 17. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez. 2004. p. 9. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 28 jun. 2013.

_____. Lei de 29 de setembro de 1832. Promulga o Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 1832. v. 1. p. 186. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 1995. p. 15.033. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 28 jun. 2013.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jun. 2015. p. 4. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

CAPEZ, F.; ARGACHOFF, M. A legalidade da atuação do delegado de polícia como conciliador e a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. In: BLAZECK, L. M. S.; MARZAGÃO JÚNIOR, L. I. (Org.). **Mediação**: medidas alternativas para a

resolução de conflitos criminais. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

COLAIÁCOVO, J. L.; COLAIÁCOVO, C. A. **Negociação, mediação e arbitragem**. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 219, p. 2-14, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

GABRIEL, A. P. A mediação extrajudicial e a relevância da polícia para resolução consensual de conflitos. **Revista de Estudos Jurídicos**, Franca, v. 20, n. 31, p. 305-334, 2016. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/1791/1949>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

MOGI das Cruzes ganha Núcleo Especial Criminal para mediação de conflitos. São Paulo, 5 abr. 2017. Disponível em: <https://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_noticias/noticiasDetalhes?rascunhoNoticia=0&collectionId=358412565221017926&contentId=UCM_029608&_afLoop=78004128036209&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#!%40%40%3F_afrWindowId%3Dnull%26collectionId%3D358412565221017926%26_afLoop%3D78004128036209%26contentId%3DUCM_029608%26rascunhoNoticia%3D0%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dt2nyu6lpa_221>. Acesso em: 18 jul. 2017.

NALINI, J. R. **Ética geral e profissional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**: consulta processual. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 16, p. 20 - 45, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA [DO] ESTADO DE SÃO PAULO. **Presidente do TJSP promove palestra a novos delegados na Academia de Polícia**. São Paulo, 9 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=17843>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

VASCONCELOS, C. E. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

WATANABE, K. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 36, n. 195, p. 381-389, maio 2011.

ZAPPAROLLI, C. R. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. In: MUSZKAT, M. E. (Org.). **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. São Paulo: Summus, 2003.

Capítulo 6

OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL NO TOCANTE À OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DOS DANOS NO BRASIL E EM PORTUGAL

THE LIMITS OF ADMINSTRATIVE RESPONSIBILITY WITH REGARD TO THE OBLIGATION OF ENVIRONMENTAL REMEDIATION IN BRAZIL AND IN PORTUGAL

*José Wamberto Zanquim Junior*¹

*Edson Thomas Ferroni*²

RESUMO

Os ataques ao meio ambiente no Brasil, em todas as vertentes, natural, artificial cultural e do trabalho, resultam na possibilidade de responsabilização dos infratores nas esferas cível, administrativa e criminal. Em Portugal não é diferente, pois, praticado um ato que afronte os bens ambientais, os infratores se submetem as mesmas três searas de responsabilização. Assim, após uma breve identificação dos dispositivos legais no tocante as responsabilidades ambientais no Brasil e em Portugal, seguindo no escopo do presente artigo, far-se-á com maior aprofundamento o estudo da responsabilidade administrativa, visando identificar o âmbito de sua incidência e suas particularidades, com o intuito de apontamento das respectivas limitações. Dessa forma, além da análise do referencial teórico e uso do processo comparativo, serão identificados os aspectos semelhantes e dispares para o instituto da responsabilidade administrativa ambiental no Brasil e Portugal, evidenciando suas peculiaridades e apontando suas limitações. Por fim, evidencia-se a necessidade de melhoramentos e adequações no tocante as responsabilidades ambientais.

Palavras-chave: Responsabilidades administrativas ambientais. Limitações. Direito

¹ Doutorando em Ciências Ambientais na Universidade Federal de São Carlos. Email: jwzanquim@yahoo.com.br.

² Mestre em Direito Constitucional pela Instituto Toledo de Ensino – ITE – Bauru. Email: edsonthomasferroni@gmail.com.

comparado.

ABSTRACT

The attacks on the environment in Brazil, in all aspects, natural, artificial and cultural work, resulting in the possibility of accountability of offenders in civil, administrative and criminal spheres. In Portugal is no different, well, been practicing an act that will tackle the environmental goods, violators are subject to the same three swaths of accountability. So, after a brief identification of the legal provisions regarding the responsibilities in Brazil and Portugal, following in the scope of this article, shall be with deepening the study of administrative responsibility, aiming to identify the scope of your impact and its peculiarities, in order of appointment of their limitations. Thus, after analysis of the theoretical framework and use the comparative process will be identified similar aspects and shoot for the Institute of administrative responsibility in the Brazil and Portugal, highlighting its peculiarities and pointing out its limitations.

Keywords: Administrative responsibilities. Limitations. Comparative law.

1 INTRODUÇÃO

As questões ambientais e os debates sobre a influência antrópica nas mudanças aceleradas em nosso planeta, circundam os bancos acadêmicos e os eventos internacionais em diversos momentos, visto que, não somente os fóruns e congressos voltados à discussão do meio ambiente se preocupam com os impactos promovidos pelo homem, sobre as variadas formas de vida, mas também, eventos sociais e econômicos reservam espaços em suas agendas, para uma maior reflexão, sobre as melhores formas de contenção dos prejuízos antrópicos na qualidade de vida das pessoas e o meio onde se estabelecem (MUNK et al., 2012).

Nesse compasso, a busca pelo ponto de equilíbrio entre o social, econômico e o ambiental, se apresenta como medida de extrema necessidade e urgência, destinando-se a manutenção e a garantia das necessidades das presentes gerações, sem o comprometimento do desfrute e gozo dos recursos naturais pelas futuras gerações. Tal ponto de equilíbrio, encontra-se previsto no princípio do desenvolvimento sustentável, uma das bases da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) conferida pela Lei nº. 6.938 de 31 de agosto de 1981 e na Constituição

Federal de 1988 por meio dos artigos 225 (meio ambiente), art. 182 (política urbana), art. 170 (ordem econômica) e arts. 215 e 216 (patrimônio cultural).

De fato, inserido na ideia de desenvolvimento sustentável, sendo um dos patamares da sustentabilidade socioeconômico ambiental, o meio ambiente é tema de preocupação e motivo de engajamento das políticas públicas e ações sociais, pois não se manterá plenas condições de desenvolvimento da vida humana na Terra, sem que haja um suporte ambiental para o oferecimento dos recursos naturais e os serviços ambientais indispensáveis à vida (ZANIRATO; ROTONDARO, 2016).

Nesta senda, diante da interação antrópica com o meio ambiente e a incessante busca por melhores condições de desenvolvimento econômico-social, por vezes, deriva em ações ou omissões que produzem prejuízos e danos aos recursos naturais e serviços ambientais, conduzindo a necessidade de reparação dos impactos e minimização dos efeitos.

Da necessidade de recomposição dos danos, resplandecem as responsabilidades ambientais (LEITE; AYALA, 2014). Surgem, em decorrência das ações lícitas e ilícitas praticadas por pessoas físicas ou jurídicas capazes de causar degradação ambiental e afetar direta ou indiretamente as condições de existência da espécie humana na Terra, assim como os serviços ambientais, muitas das vezes, culminando na extinção das espécies e índices de degradação irreparável ao estado anteriormente vivenciado (MILARÉ, 2007).

Dessa forma, no presente trabalho far-se-á uma sucinta análise dos dispositivos legais no Brasil e em Portugal no tocante às normas constitucionais e infraconstitucionais acerca das responsabilidades civil, penal e administrativa em sede de meio ambiente, sendo que nesta última, haverá um aprofundamento em suas características, alcance e particularidades para a identificação das respectivas limitações por meio de um processo comparativo entre os dois ordenamentos jurídicos.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

As pesquisas que envolvem a análise dos dispositivos legais sobre determinados institutos jurídicos, buscando a compreensão e alcance da terminologia empregada, necessitam de um vasto e profundo repertório bibliográfico. Assim, para o desenvolvimento do presente artigo e o encontro do objetivo proposto,

qual seja, identificação das limitações da responsabilidade administrativa no Brasil e em Portugal, após os construtos teóricos, far-se-á por meio do estudo comparado, um diagnóstico sobre as semelhanças e distinções das responsabilidades administrativas, para a constatação das particularidades e o encontro dos fatores limitadores de sua aplicação, possibilitando o entendimento acerca dos institutos e a comparação dos regramentos legais.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Insta salientar que, não somente as atividades praticadas em contrariedade aos mandamentos legais, impõe a responsabilização do infrator nas esferas cível, administrativa e criminal, como também, àquela em conformidade com o licenciamento ambiental que em sua realização causar degradação ao meio ambiente e/ou comprometer os serviços ambientais desenvolvidos pelo bem ambiental afetado. Assim, não basta ao executante a obtenção da autorização para a prática da atividade, pois, não estará isento da responsabilização ambiental se vier a produzir danos ao meio ambiente, podendo ser compelido nas sanções cíveis, administrativas e criminais (HUPFFER et al., 2012).

A tríplice responsabilização ambiental, tem previsão na Constituição Federal de 1998 por meio do artigo 225, § 3º, onde foi previsto que os infratores ambientais, pessoas físicas ou jurídicas, estarão sujeitos às sanções administrativas e criminais, independentemente, da obrigação de reparação dos danos causados.

Claramente, o dispositivo constitucional, impôs ao autor do dano ambiental, o dever de reparação dos danos ao ambiente, independentemente de ter sido absolvido ou condenado na esfera criminal ou, ainda, ter suportado para com as penalidades administrativas, com o pagamento de multas, suspensão das atividades, demolição, etc, visto serem independentes as esferas de responsabilidades, não excluindo umas as outras (LEITE; AYALA, 2014).

Vale ressaltar que a tríplice responsabilização ambiental do infrator ambiental, não pode ser entendida como excessiva e/ou abusiva quanto aos direitos e garantias conferidos no ordenamento jurídico, haja vista, apesar de referentes a um mesmo acontecimento importarem em análises independentes, penalidades específicas e análise das ações de forma isoladas e distintas. Portanto, não se

vislumbra hipótese de duplicidade de imputação e conseqüentemente violação ao princípio do “*non bis in idem*” (LEITE; MELO, 2012).

Após os esclarecimentos sobre a possibilidade de responsabilização do infrator ambiental nas esferas cível, administrativa e criminal, sem ofensa aos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais, tem-se que na legislação infraconstitucional encontramos os mesmos regramentos, no sentido de responsabilização dos infratores ambientais em sede administrativa, criminal e civil.

A Política Nacional do Meio Ambiente, no art. 14, §1º dispõe que, o poluidor fica obrigado independentemente de ter agido com dolo ou culpa, a indenizar e reparar os danos causados ao meio ambiente e aos terceiros prejudicados, podendo suportar ainda, com as medidas administrativas e criminais pertinentes. Neste momento e dispositivo legal, têm-se consagrada a responsabilidade objetiva para as questões ambientais (BEDRAN; MAYER, 2013).

Ensina Betiol (2010) que a responsabilidade civil ambiental adotada no Brasil, em conformidade com o disposto na PNMA é a objetiva, visto ser independente da comprovação de dolo ou culpa, inclusive não sendo admitida qualquer hipótese de excludente, portanto, além de ser objetiva, se baseia na modalidade do risco integral.

Importante ressaltar, que a disposição contida na PNMA que atribuiu a responsabilidade objetiva ao infrator ambiental, não se aplica à responsabilidade penal ambiental, já que não se admite no Brasil a figura da responsabilidade objetiva nesta seara conforme o disposto na Lei nº. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), pois, fundamentada sobre o princípio da culpabilidade (SIRVINSKAS, 2016). Assim, somente poderá ser penalizado o infrator na esfera criminal, havendo sem margem de dúvidas, a comprovação quanto a ter agido mediante dolo ou culpa. Assim, pairando incertezas quanto a autoria e/ou materialidade da infração, deverá ser proferido decreto absolutório, diante a imperatividade do princípio “*in dubio pro reo*”, previsto no art. 5, LVII, da Carta Magna.

Já a responsabilidade administrativa, a par dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais ora referenciados, foi prevista na Lei nº. 9.605/98, que inicialmente trouxe em seu escopo os casos de incidência da responsabilização criminal e também as infrações administrativas.

Uma década após a edição da Lei dos Crimes Ambientais, por meio do Decreto Federal nº 6.514/2008, que revogou expressamente o Decreto nº 3.179/99, houve a regulamentação, de forma pormenorizada, das infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, assim como, do procedimento de apuração das infrações em sede administrativa, restando à Lei nº 9.605/98 os cuidados com os aspectos penais. Desde então, a responsabilidade administrativa se viu regida pelo referido decreto (SIRVINSKAS, 2016).

Previu-se no art. 3º e art. 20º do Decreto nº 6.514/08 para as infrações administrativas, as sanções de advertência, multa simples, multa diária, apreensão de equipamentos, petrechos, animais e veículos utilizados na infração, a destruição ou inutilização do produto, suspensão da venda e fabricação do produto, embargo de obra e atividades, demolição, suspensão parcial ou total das atividades e aplicação de medidas restritivas de direitos, tais como, suspensão ou cancelamento de registro, licença ou autorização, perda ou restrição de incentivos fiscais, perda ou suspensão da participação em linhas de créditos oficiais e proibição de contratação com a administração pública, neste caso, por até três anos (ZANQUIM JUNIOR, 2016).

Referido decreto, tratou ainda, das infrações administrativas contra a administração ambiental, contra fauna, flora, poluição, ordenamento urbano e patrimônio cultural e em face de Unidades de Conservação, prevendo em cada caso, uma penalidade de multa aos infratores, podendo ter os valores elevados em dobro ou triplo, quando presentes a situação de reincidência em infração distinta ou idêntica à anteriormente praticada. Também, quando a prática infracional tiver por destino à obtenção de vantagem econômica ou atentar em face de monumento ou coisa tombada, por exemplo.

Por fim, no capítulo II, arts. 94 a 154, tratou do procedimento de apuração das infrações ambientais em sede administrativa, prevendo a possibilidade de aplicação de medidas administrativas de apreensão, embargo de obra ou atividade, suspensão de venda ou fabricação de produtos, suspensão total ou parcial de atividades, destruição ou inutilização de produtos e instrumentos da infração e demolição, por iniciativa do agente autuante, quando do uso de seu poder de polícia no momento da lavratura do Auto de Infração Ambiental.

Igualmente, oportunizou ao autuado o oferecimento de defesa no prazo e vinte dias contados da data da ciência da autuação, a qual prescinde de profissional jurídico habilitado, podendo no mesmo momento, obter os descontos de trinta por cento no valor da penalidade pecuniária aplicada, se efetuar o pagamento da multa. Após, reiterados os termos do AIA ou realizadas as correções necessárias, confirmando a autuação, seguirá o procedimento com a fase de instrução e julgamento, derivando na decisão administrativa, passível da interposição de recurso até a obtenção da decisão definitiva. Cumpre frisar que todo o procedimento administrativo estará protegido e garantido pelo manto do contraditório e da ampla defesa, possibilitando ao acusado o uso de todos os meios de defesa possíveis e a cientificação necessária da imputação.

Portanto, vê-se que a responsabilidade administrativa ambiental brasileira, nos termos do Decreto nº 6.514/08, não apresenta disposição expressa no sentido de imposição da penalidade de reparação dos danos, pois, como apresentado anteriormente, foram previstas diversas proibições de natureza patrimonial e restritivas de direitos, além da imposição de multas pecuniárias, mas nenhuma penalidade de reparação obrigatória dos danos.

É certo que, no referido decreto se encontram hipóteses de celebração do termo de compromisso de reparação dos danos ambientais, contudo, somente para o intuito de suspensão de percentual da multa aplicada e de conversão da multa simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do Meio Ambiente, conforme disposição da seção VII, arts. 139 à 148, porém, não como medida principal sancionatória.

Assim, as penalidades administrativas no ordenamento jurídico brasileiro não contemplam expressamente a obrigatoriedade da reparação dos danos causados ao meio ambiente, preocupando-se com a aplicação de penalidades financeiras, restritivas de direitos e de privações do patrimônio.

Somente, impõem ao infrator, a opção da celebração do termo de compromisso de reparação ambiental, como forma de obtenção de suspensão/redução da multa aplicada e encerramento da contagem da multa diária, ou ainda, a possibilidade da conversão dos valores da multa aplicada na destinação à reparação dos danos ou recuperação das áreas degradadas mediante a apresentação de pré-projeto, nos termos do art. 144 do Decreto nº. 6.514/08.

Dessa forma, limita-se a responsabilidade administrativa a imposição de penalidades de multas, restritivas de direitos e privação do patrimônio, não contemplando a obrigação de reparação dos danos ambientais, ficando a cargo das demais responsabilidades ambientais, em especial, a responsabilidade civil, que possui fins reparatórios (CARDIN; BARBOSA, 2008).

No ordenamento jurídico português, a exemplo do ocorrido no Brasil, encontram-se previstas a tríplice responsabilização, civil, administrativa e penal (GIL; GOMES, 2010), para os casos de danos ambientais, resultantes das ações de pessoas físicas ou jurídicas. Inclui-se ao lado dos direitos econômicos, sociais e culturais, o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, caracterizado por fundamental (CANOTILHO; LEITE, 2012), por meio do artigo 66º da Constituição da República Portuguesa (CRP) (PORTUGAL, 1976).

No campo infraconstitucional, a Lei das Bases da Política de Ambiente (Lei n. 19/2014, de Abril) revogadora da Lei n.º 11/87, de 7 de abril (Lei de Bases do Ambiente), definiu as bases, os objetivos e os princípios gerais da política do ambiente, atribuindo responsabilidade intra e intergeracional à presente e futuras gerações, quanto a utilização e aproveitamento dos recursos naturais e humanos de forma racional e equilibrada. Responsabilizou a todos que direta ou indiretamente, atuando com dolo ou negligência, provocarem danos ao ambiente, não excluindo a possibilidade de indenização. Igualmente, dispôs sobre a responsabilidade e obrigação do causador do dano ambiental na recuperação e restauração do estado do ambiente tal como se encontrava anteriormente. No aspecto da responsabilização penal ambiental em Portugal somente após a reforma promovida no Código Penal no ano de 1995, surgiram normas sancionatórias que permitiram uma ordem punitiva, nos termos dos artigos 278, 279 e 280 (VARELA, 2010). Anteriormente, o combate às ações ofensivas ao ambiente ficava a cargo do Direito Administrativo e do Direito da Mera Ordenação Social (FREIRE, 2014).

Já as responsabilidades civil e administrativa no ordenamento português, foram tratadas por meio do Decreto-Lei 147/2008, de 29 de julho, com fundamento na Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro, alterada pela Directiva n.º 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, nos aspectos relativos à gestão de resíduos da indústria extractiva.

Possui por base, o princípio do poluidor-pagador, aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais.

Especialmente, no campo da responsabilidade civil por danos ambientais em Portugal, encontram-se casos de ordem subjetiva ou objetiva. Assim, quando alguém, atuando com dolo ou culpa, ofender direitos ou interesses alheios, por via de lesão de um componente ambiental, amoldar-se-á na responsabilidade subjetiva. De outro lado, quando no exercício das atividades econômicas dispostas no Anexo III do Decreto-Lei 147/2008, tais como, na operação de resíduos perigosos, descargas para as águas subterrâneas e interiores de superfície, transporte rodoviário, ferroviário, marítimo, aéreo e organismos geneticamente modificados, ofender-se direitos ou interesses alheios, por via de lesão de uma componente ambiental, ter-se-á a responsabilidade objetiva (LEITE; AYALA, 2014).

Portanto, no ordenamento jurídico português tem-se que a responsabilidade civil ambiental poderá ser subjetiva ou objetiva, ou seja, em determinados momentos será apurada mediante a existência de conduta dolosa ou culposa e; noutros, apenas a conduta, resultado e nexos de causalidade.

Cumprido salientar, que no ordenamento jurídico-ambiental português, há a proibição de dupla reparação no art. 10º do Decreto-Lei 147/2008, vedando a reparação do dano na esfera administrativa quando já obtida por meio da esfera civil.

No campo de incidência da responsabilidade administrativa em Portugal, o Decreto-Lei 147/2008 objetivando garantir a reparação dos danos causados ao ambiente previu duas modalidades de responsabilidade administrativa, a subjetiva e a objetiva.

Assim, o agente que causar dano ambiental, independentemente de ter agido com dolo ou culpa, no exercício das atividades ocupacionais previstas no anexo III do Decreto-Lei 147/2008 ou promover ameaça iminente de dano, será responsabilizado objetivamente pela adoção de medidas de prevenção e reparação.

De outro lado, o agente que por meio de dolo ou culpa, no exercício das atividades ocupacionais, diversas daquelas contidas no anexo III do Decreto-Lei 147/2008, causar um dano ou uma ameaça iminente, ficará subjetivamente responsável pelas medidas de prevenção e reparação (BILHIM, 2013).

Vê-se, que as medidas de prevenção previstas no Regime Jurídico Português, impõe ao operador a adoção de ações que previnam a ocorrência de novos danos, independentemente da existência ou não de medidas de reparação. Leva-se em conta, o efeito de cada opção na saúde pública e na segurança, o custo de execução, a probabilidade de êxito, a medida em que previne danos futuros, o benefício que atrela ao componente do recurso natural e/ou serviço e os danos colaterais em sua execução, as preocupações de ordem social, econômica e cultural, além de outros fatores relevantes específicos da localidade. Ainda, o período necessário para reparação efetivado dano ambiental, a medida em que cada opção consegue recuperar o sítio que sofreu o dano ambiental e a relação geográfica com o sítio danificado (LEITE; MELO, 2012).

Possibilita ainda, para os casos em que persistam as ameaças de danos ao ambiente ou se a gravidade e as consequências assim justificarem, a possibilidade da autoridade competente, subsidiariamente, às expensas do operador, executar as medidas de prevenção necessárias, visando garantir a efetividade da tutela do bem ambiental, uma vez que pertencente à coletividade. Neste sentido, para a adoção das opções de reparação dos danos ambientais, deve-se utilizar das melhores tecnologias disponíveis.

De fato, a legislação portuguesa por meio do Anexo V do Decreto-Lei 147/2008, referente ao artigo 11º ao estabelecer diversos critérios para análise e adoção da melhor opção para as medidas de reparação dos danos ambientais, permite a escolha de medidas de reparação primária que não restitua totalmente ao estado inicial às águas, espécies e “habitats” naturais, Tal fato acontecerá, quando se mostrarem financeiramente mais vantajoso a intensificação de medidas complementares ou compensatórias, capazes de propiciar um nível de recursos naturais e serviços similares aos que se perderam, ou até mesmo, deixar de tomar outras medidas de reparação quando o custo para atingir o estado inicial ou nível similar for desproporcional em relação aos benefícios ambientais a obter.

Portanto, nota-se que em diversos aspectos os ordenamentos jurídicos no Brasil e em Portugal se alinham quanto às possibilidades de responsabilização nas esferas cível, administrativa e criminal. Em especial, no tocante à administrativa, na imposição de penalidade de multas, apreensão de bens e documentos e previsão de responsabilidades à pessoa física e jurídica.

Contudo, em diversos aspectos se mostram dispares especialmente, no tocante à previsão da obrigação de reparação integral dos danos ambientais produzidos, na possibilidade de reparação por iniciativa da autoridade competente às expensas do infrator, proibição de dupla reparação, previsibilidade de situações em que a responsabilidade administrativa será apurada mediante culpa (subjéitiva) ou independentemente dela (objéitiva), na previsão de excludentes de responsabilidades pela obrigação dos pagamentos e exigência de garantia financeira obrigatória.

4 CONCLUSÃO

Por meio da apresentação dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, no tocante as responsabilidades ambientais, em especial, com maior foco na responsabilidade administrativa, pode-se verificar, que em diversos aspectos se assemelham e conduzem a resultados idênticos, pois, preveem a possibilidade de responsabilização dos infratores enquanto pessoas físicas e/ou jurídicas nas penalidades cíveis, administrativas e criminaes, impondo, em especial, na esfera administrativa, as penalidades pecuniárias (multa ou coima) e apreensão de bens e documentos.

De outro lado, apresentam situações dispares. No ordenamento português, encontram-se previstas hipóteses de análise subjéitiva e objéitiva para a responsabilidade administrativa, fato que não encontra previsão no ordenamento brasileiro, vez que o Decreto n. 6.514/2008 não faz menção à modalidade de responsabilização adotada para a esfera administrativa. Também, se verifica em Portugal a imposição da obrigatoriedade de reparação dos danos ao ambiente como medida sancionatória, independentemente da imposição de outras penalidades. No Brasil, não encontramos penalidade semelhante expressamente consagrada na legislação administrativa, pois, se verifica que o termo de compromisso de recuperação ambiental possui caráter optativo ao infrator, que poderá, querendo uma redução no valor da multa aplicada formalizar o compromisso, contudo, a reparação do dano não é medida sancionatória primária, ou seja, não encontra previsão expressa para aplicabilidade.

Igualmente, no Brasil inexistente a possibilidade de reparação dos danos ao ambiente por iniciativa da autoridade competente. Por vez, em Portugal, há essa

previsão, sendo que no caso de adoção, todos os custos correrão às expensas dos infratores. Dessa forma, é possível crer, que o ambiente em Portugal, ao menos quanto à iniciativa e proteção jurídica em termos de recuperação ambiental, tem-se por mais efetiva, visto não deixar ao infrator apenas a responsabilidade pela adoção das medidas e a tomada de ações destinadas à recuperação dos danos ambientais, podendo a autoridade competente realizá-las.

Por fim, os limites da responsabilidade administrativa ambiental no Brasil derivam da inexistência de previsão expressa no Decreto n. 6.514/2008 do dever primário sancionatório quanto à reparação do dano ambiental. Existindo apenas a opção de celebração de termo de compromisso de recuperação ambiental para o fim de redução nos valores pecuniários aplicados. Também, reside na não previsão de adoção de medidas de prevenção/reparação por iniciativa da autoridade competente, às expensas do infrator, fragilizando e retardando a recuperação do meio ambiente degradado.

Em Portugal, vê-se que essa questão já fora resolvida com a positivação no Decreto-Lei 147/2008. Contudo, também encontramos limitativos quanto à maior proteção e recuperação dos danos ao ambiente, quando analisa-se a previsão de proibição de dupla reparação quando já obtida na esfera cível, fato que, poderá tornar insuficientes os valores arrecadados e inviabilizar uma complementação para completa satisfação dos prejuízos.

Dessa forma, o presente artigo aborda a legislação brasileira e a portuguesa no tocante a previsibilidade e limitação da reparação dos danos ambientais, visando ao fomento da reflexão e da necessidade de debates sobre os pontos ora levantados, no sentido de amadurecimento das teses e direcionamentos para a melhoria dos regramentos legais, em especial à proteção do meio ambiente.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: teoria do risco criado versus teoria do risco integral. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 45-88, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/271>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BETIOL, Luciana Stocco. **Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente.**

São Paulo: Saraiva, 2010.

BILHIM, João. A responsabilidade por danos ambientais e o seguro como instrumento de política: a situação portuguesa. **Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.5/6201>>. Acesso em: 8 maio 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; BARBOSA, Haroldo Camargo. Formas de reparação do dano ambiental. **Revista de Ciências Jurídicas**, v. 6, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://eduem.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/view/10941>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

FREIRE, Carlotta Gonçalves dos Santos. **O problema da responsabilização criminal das pessoas colectivas em matéria ambiental em Portugal**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/34652>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

GIL, Gustavo Luz; GOMES, Viviane Passos. Responsabilidade ambiental no Brasil e Portugal. **Communitas Revista de Direito**, Uberlândia, v. 2, n. 4, 2010. Disponível em: <<http://revista.catolicaonline.com.br:81/revistadigital/index.php/communitas/article/viewFile/448/394>>. Acesso em: 15 jul. 2017

HUPFFER, Haide Maria "et al". Responsabilidade civil do estado por omissão estatal. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100005>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. **Reparação do dano ambiental: considerações teóricas e normativas acerca de suas perspectivas e evolução**. 2012. Disponível em: <<http://nima.puc-rio.br>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa de 1976**. AR Assembleia da República.pt. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VARELA, Luciana Krempel. As tutelas constitucionais e penal do meio ambiente.

Tékhné: Revista de Estudos Politécnicos, Barcelos, n. 13, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100006>. Acesso em: 18 jul. 2017.

ZANIRATO, Sílvia Helena; ROTONDARO, Tatiana. Consumo, um dos dilemas da sustentabilidade. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 30, n. 88, set./dez. 2016.

Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142016.30880007>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

ZANQUIM JUNIOR, José Wamberto. **A conciliação ambiental e o atendimento ambiental no estado de São Paulo**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Ambientais) - Universidade Federal de São Carlos, 2016. Disponível em:

<<https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/7802>>. Acesso em: 18 jul. 2017

Capítulo 7

OS CONTORNOS DA JUSTIÇA ARISTOTÉLICA À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE CONTOURS OF THE ARISTOTELIAN JUSTICE IN THE LIGHT OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

*Wagner Vinicius de Oliveira*¹

RESUMO

Em meio ao emaranhado teórico está o significado de justiça, cujas concepções são múltiplas, por vezes, contrárias e contraditórias entre si. Busca-se, ainda que consciente das limitações, desvelar os interstícios do caminho que se inicia no justo natural, passando pelas reflexões filosóficas até o justo político. Para tanto, esta intervenção sublinha o debate teórico entre a filosofia clássica e o direito; adota-se como ponto de partida as preocupações filosóficas sobre o conceito de justiça aristotélico. Elege-se o método de abordagem dedutivo, para conhecer as bases da justiça contida no livro V, da *Ética a Nicômaco*, como estratégia argumentativa serão reunidos e analisados alguns julgados que, de algum modo, se fundamentaram na dita teoria. Por fim, as atuais discussões sobre justiça devem ser balizadas pelos direitos e garantias fundamentais contidas na Constituição da República de 1988, destarte, com o balizamento mínimo pretendido, pretende-se evitar que existam tantas “justiças” quantos são os seres humanos.

Palavras-chave: Aristóteles. Decisão judicial. Estado democrático de direito. Fundamentação filosófica. Teoria da justiça.

ABSTRACT

In the middle of a theoretical tangle is the justice means, whose concepts are multiple, sometimes contradictory and contradictory. We looking for, although aware

¹ Mestrando em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, pesquisador pelo Núcleo de Estudos em Filosofia Antiga e Humanidades - NEFIH do Instituto de Filosofia da UFU, graduado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado. E-mail: wagner.vinicius@sga.pucminas.br

of the limitations, exhibit the interstices of the way starting of natural justice, passing through the philosophical reflections up until the political justice. To this end, this intervention underlines the theoretical debate between the classical philosophy and the law; taking as its starting point the philosophical concerns about the Aristotelian concept of justice. We adopted the method deductive, for to know the bases of the justice contained in the book V, of the *Nicomachean Ethics*, as argumentative strategy we to gather and to analyze some cases decided that, in some way, used the theory mentioned. Finally, current discussions about justice must be based on fundamental rights and guarantees contained in the Constitution of the Republic of 1988, for this reason, as minimum contour proposed, seeks out avoid that there are so many “justice”, how many are human beings.

Keywords: Aristotle. Judicial decision. Democratic State of law. Philosophical reasoning. Theory of justice.

1 PRIMEIRAS PALAVRAS

Para fins classificatórios o presente escrito insere-se na matriz mista (análise teórica e aplicada) e, visa conhecer a concepção de justiça aristotélica e sua aplicabilidade na compreensão do Estado democrático de direito. Adota-se como base teórica a justiça particular aristotélica, distributiva e corretiva. Para tanto, entende-se por filosofia do direito uma das disciplinas inseridas na área da teoria do direito que se ocupa, essencialmente, com as questões da justiça, apresenta-se, portanto, um campo do conhecimento de natureza multi e interdisciplinar.

No entanto, aquilo que se entende por justiça encontra-se envolto num complexo emaranhado teórico e filosófico, cujas concepções são múltiplas, por vezes, contrárias e contraditórias. E, suas aspirações chegam até o presente escrito numa abordagem conceitual histórico-filosófica, balizada pelo Estado democrático de direito (razão e limite). Para que as discussões não se percam no espaço vazio, deve-se considerar como critério mínimo de objetividade os direitos e garantias fundamentais afiançados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88, para delinear o horizonte da ação reta.

O contraste existente entre as discussões sobre justiça e o seu contrário é colocado em evidência para demonstrar as contribuições que este conflito proporciona a atual ciência jurídica. Assim, a explicitação objetiva e consistente dos

pressupostos da filosofia clássica aristotélica é tarefa primeira a ser cumprida, para que o objeto pesquisado não se torne (ou continue) obscuro. Passa-se, então, a expor a situação-problema investigada: o *topos* da justiça corretiva aristotélica é compatível com o paradigma democrático brasileiro?

No geral, o objetivo consiste em investigar as prováveis contribuições aristotélicas para o Estado democrático de direito e, demonstrar as complexidades que circundam sua aplicação. Em específico pretende-se: (i) realizar leitura exploratória e levantamento bibliográfico sobre o tema; (ii) analisar e (in)validar a teoria aristotélica à luz dos direitos e garantias fundamentais; e (iii) verificar, em profundidade, se possui fundamentos compatíveis com o paradigma democrático.

Para tanto, elege-se o método de abordagem dedutivo, “[...] no qual uma proposição teórica geral é aplicada a um caso particular [...]” (BARRAL, 2007, p. 62), para conhecer as bases da justiça aristotélica apresentada no livro V, da *Ética a Nicômaco*. Lança-se, também, como estratégia argumentativa a reunião e análise de alguns julgados, que de algum modo, se apoiaram na dita teoria.

Justifica-se a realização deste estudo como forma de voltar-se para o conhecimento da (in)aplicabilidade da clássica teoria aristotélica no direito contemporâneo. A questão se torna mais aguda ao considerar que algumas máximas atribuídas ao filósofo, são repetidas *in totum* sem qualquer pesquisa aprofundada, hipótese que pressupõe ampla e integral aplicação da episteme antiga no atual momento histórico.

Além desta parte preliminar e considerações últimas, este escrito estrutura-se em dois momentos. No primeiro, faz-se um apanhado exploratório sobre o mote aristotélico de justiça, bem como suas implicações filosóficas para delinear os contornos da justiça, segundo as ideias prevalentes na antiguidade.

No segundo momento, a pesquisa bibliográfica volta-se para o panorama teórico sobre o Estado democrático de direito. Em seguida, realiza-se uma investigação crítica da população dos julgados que, de algum modo, utilizaram como “fundamento” o *suum cuique tribuere*, princípio geral de matriz aristotélica, para a tomada de decisão no caso concreto. Consta-se, por fim, a necessidade de contornar a teoria da justiça corretiva aristotélica à luz do paradigma democrático.

2 A TRADIÇÃO FILOSÓFICA DA JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

Para compor o repertório de análise inicialmente será realizada a coleta dos dados primários, isto é, a noção de justiça em Aristóteles apresentada no Livro V, da *Ética a Nicômaco*. A opção pelo recorte proposto se justifica pelo fato de ser uma obra realizada por um intérprete autêntico de seu tempo, que a despeito da passagem do tempo, permanece atual; igualmente passível de reinterpretações e ser uma teoria que serve para a compreensão da realidade. Logo, a citada obra é considerada clássica, na dupla acepção do termo, conforme afirma Bobbio (2000).

Deste modo, a realização da investigação filosófica possibilitará o aprimoramento, clareza e objetividade, para compreensão de suas fronteiras. Além disso, traz em sua gênese o inafastável estudo de natureza multidisciplinar, ante a conjugação dos esforços da filosofia antiga e do direito, e interdisciplinar notadamente, pelas disciplinas de teoria do direito e direito constitucional.

Assim, as questões sobre justiça decorrem de uma dúvida antiga desenvolvida na tradição ocidental pela antiguidade greco-romana. Em *A república*, Platão, apresentou uma *pólis* na qual a ética e a virtude deveriam imperar, contudo, na visão de Kelsen (2000), “[...] a doutrina platônica é uma autêntica mística, pois, a visão do que há de mais elevado é inexprimível, ou seja, algo intransferível, uma experiência intransferível pela via racional.”

Diferentemente do mundo platônico das ideias, em Aristóteles o conceito da ação virtuosa possui uma indeterminação prática, que decorre de seu caráter não deontológico e, também, pela impossibilidade de prescrição exaustivas de todas as condutas consideradas justas. Para compreender os escritos aristotélicos, divide-os em dois grupos, quais sejam: a filosofia prática e a teórica, naquela aborda-se a ética e a política, ao passo que na filosofia teórica, a física e a lógica. Este estudo centra-se no primeiro grupo.

No Livro V da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles reparte a concepção de justiça em total, particular e política. Para fins de delimitação temática, um recorte mais específico será realizado no que respeita a justiça particular, que por sua vez, se subdivide em justiça distributiva e justiça corretiva, isto porque, ocupam-se, respectivamente, com a distribuição de honras, dinheiros etc., também, com a correção dos negócios particulares.

Segundo Aristóteles (2014, p. 81; EN V 1131a 01-06, tradução nossa),

Uma forma da justiça que é uma parte e, do que é apenas desta maneira, é a forma encontrada na atribuição de honra, riqueza ou qualquer outra coisa que deve ser dividida entre membros de uma constituição [...]. Outra é a correção das transações.

Vê-se, com efeito, as implicações de sua filosofia prática.

Nesse justo particular, Aristóteles (2014, p. 82; EN V 1131b 27-30, tradução nossa) considera que a divisão deve ser em conformidade com a ordenação natural das coisas, pois, “O que é justo, então, é isto: o que é proporcional. O que é injusto, por outro lado, é o que é contrário ao proporcional. Por conseguinte, uma parte se torna muito grande e a outra muito pequena, que é precisamente o que realmente acontece no caso de injustiça.” Logo, se percebe a imbricação entre as virtudes da moderação e da proporcionalidade como resultado da aplicação da justiça.

A razão determinante entre duas relações (justiça distributiva), significa uma divisão realizada por um critério de escolha, que conforme o estagirita deve ser o mérito ou a aptidão pessoal de seus concidadãos aristocráticos. Assim, entre os iguais a justiça se realiza pela aplicação dessa proporção aritmética. No entanto, as dificuldades abrolham quando a igualdade entre as partes não se faz presente, nesse ponto, “[...] se as pessoas não são iguais, não terão partes iguais.” (ARISTÓTELES, 2014, p. 81; EN V 1131a 18-19, tradução nossa). Possibilita, portanto, o tratamento desigual na exata medida das desigualdades entre as partes.

Entretanto, esta passagem é fonte de constante leituras, judiciais e acadêmicas, descontextualizadas. Sob a aludida afirmação tenta-se justificar as mais distintas situações e, indicam o fundamento filosófico para nivelar as desigualdades materiais ou processuais entre as partes. No entanto, não se olvida que, na realidade, esta passagem representa na episteme antiga a distribuição desigual dos “melhores bens” para os cidadãos mais virtuosos.

Diante disso, a justiça corretiva ou retificadora procura (r)estabelecer o justo meio entre a perda e o ganho e, de tal sorte, equilibrar uma prestação ou a aplicação de uma sanção ao corrigir a desigualdade da situação inicial. Eis o porquê de sua denominação corretiva. “A forma remanescente é retificadora, que é encontrada em ambas as operações, voluntárias e involuntárias. E, essa forma do que é justo é diferente da anterior.”(ARISTÓTELES, 2014, p. 82; EN V 1132a 01-03, tradução nossa).

Assim, inicialmente, é possível pensar, tal qual fez o primeiro peripatético, conforme sustenta Gomes (2004, p. 63), que “A igualdade ganha relevo no que diz respeito a justiça particular, servindo de base para a classificação das duas espécies de justiça: a justiça corretiva que revela uma igualdade aritmética e a justiça proporcional (distributiva), que expressa uma igualdade geométrica.” E, para a aplicação da justiça corretiva, segundo Aristóteles (2014, p. 83; EN V 1132b 41-47, tradução nossa):

O juiz, no entanto, equaliza as coisas exatamente como se fossem uma linha dividida em segmentos desiguais e o que ele tinha feito era subtrair do segmento maior a quantidade pela qual excedeu a meia linha e adicionou-o ao segmento menor. E quando o todo foi dividido em dois, então as pessoas dizem que cada “tem a sua própria quota” quando obtém o que é igual - onde o que é igual é um meio entre muito e muito pouco que está de acordo com a proporção aritmética.

A tese de justiça a ser trabalhada nas linhas que seguem será a teoria aristotélica que resulta, não sem objeções, na justa medida sintetizada na fórmula universal de “atribuir a cada um o que lhe é devido”. E, por sua vez, reverbera na parêmia latina *suum cuique tribuere*, sobre o tema, vale ilustrar com as palavras de Salgado (1995, p. 55, grifo do autor):

O *ius suum cuique tribuere* equivale ao “devido” de que fala Platão, de certo modo, ou o que convém a cada um na linguagem do mesmo Platão. [...]. A linha seguida, nesse particular é de Aristóteles. Ulpiano incorpora na sua definição o elemento “vontade constante e perpétua”, que ao lado do seu objeto “dar a cada um o seu direito” indica uma tendência definitiva na concepção de justiça com virtude que busca o seu objeto na lei natural.

Retoma-se as ideias do Estagirita (2014), ao realizar a passagem do justo universal para o justo político, possui a legalidade como padrão inicial a ser seguido, pois, “[...] tudo o que é injusto é ilegal, mas nem tudo o que é ilegal é injusto.” Por outras palavras, “[...] o que é justo será o que é lícito e o que é justo, e o que é injusto será o que é ilegal e o que é injusto.” Contudo, a questão da justeza encerrada no enunciado normativo, “[...] não pode ser a mera concordância com a lei positiva”, segundo escreveu Gomes (2004, p. 64), “Isto porque, sendo a equidade (*sic*) o justo do caso concreto, vai além da lei positiva e demonstra que a justiça em Aristóteles não pode ser mera concordância com ela, significando, pois, a concordância com a lei natural.” Na mesma senda, aponta o já citado Bobbio (2008, p. 231, grifos do autor):

Ação justa significa ação conforme à lei (e *homem justo* é aquele que adequa o próprio comportamento à lei, em contraposição ao *homem ético*, que é aquele que age com base numa livre escolha responsável). Essa concepção de justiça permanece válida também quando não se fala mais de *justiça da ação* (como conformidade à lei), mas de *justiça da própria lei*: lei justa é aquele que em conformidade com uma lei superior (natural ou divina). Nesse sentido, pode-se interpretar as duas máximas fundamentais da justiça enunciada pelos juristas romanos: *suum cuique tribuere* e *neminem laedere*. O *suum cuique* significa atribuir a cada um o que lhe cabe segundo um certo sistema normativo, isto é, instaurar a ordem;

Não se olvida, entretanto, que a problemática reside na inexistência de justificação para a justiça, pois, aquele(a) que a evoca, geralmente, prescinde de fundamentação racional, limita-se a demonstrar “[...] uma expressão emocional. Tal pessoa diz: ‘sou contra essa regra porque é injusta’. O que deveria dizer é: ‘esta regra é injusta porque sou contra ela.’” (ROSS, 2000, p. 320). Assim, ao teor do que conclui Ross (2000, p. 320), “Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa [...]”, ou seja, uma convicção puramente subjetiva.

Percebe-se que *iustitia* é um termo ordinariamente propalado com inúmeras significações e, por conseguinte, nessa fluidez conceitual as dificuldades aumentam. Via de regra, quando se perquire acerca de sua compreensão e aplicabilidade os resultados demonstram-se insuficientes ou inadequados, por não permitirem revisitar a passagem das premissas (maior e menor) para a conclusão apresentada.

De tal modo, Abboud, Carnio e Oliveira (2015, p. 373, grifo dos autores) anotam que “[...] nas sociedades complexas, é impossível a existência de um conceito unívoco e unânime sobre termos como direito, justiça e legalidade ou mesmo de um conceito *em si* de cada um desses termos.” Então, o agir correto no caso concreto, isto é, equidade (*epieikeia*), exige-se uma espécie de média, mas, uma mediania em relação a quê? Ou melhor, a partir de quais critérios?

Lado outro, mediante uma fundamentação filosófica aprofundada a justiça deve aproximar o conhecimento sobre as incertezas do direito. A imbricação entre as teorias da legalidade e justeza é observada na aplicação da justiça inaugurada pelo ordenamento jurídico. De tal modo, a situação concreta deve orientar a significação do bem comum e dos fins sociais a que se destina, tudo isso, necessariamente, antecede a interpretação jurídica para a conceituação daquilo que é devido a cada um.

Nesse sentido, as digressões realizadas são corroboradas pela abordagem realizada por Gomes (2004, p. 68, grifo do autor):

A idéia (*sic*) de justiça na Grécia é ainda vaga, pois, uma vez definida como dar a cada um o que lhe é devido, enseja a crítica óbvia como empreendida por Kelsen: “o que é o devido?”. Ora, o devido é o *ius*, o direito, que aqui aparece em seu sentido subjetivo (ou direito do indivíduo, como ressalta Salgado). Justo, portanto, é atribuir a cada um seu direito subjetivo.

Então, para se atribuir o direito subjetivo surge o dever de apresentar uma argumentação robusta e coerente, sobretudo no que toca a ideia de justiça. Exige, portanto, a submersão na moralidade pautada por critérios racionais capazes de oferecer o conhecimento de seus princípios metodológicos. Com base na sumária incursão filosófica acima realizada pretende-se verificar as incoerências na aplicação da teoria aristotélica, quando da passagem do justo universal para o justo particular.

Deste modo, considera-se que a consequente justiça exige a antecedente fundamentação e, não deve, por si só, encerrar a discussão em torno do bem da vida. Por consequência, firma-se que o *suum cuique tribuere*, de matriz aristotélica, é aplicável à ciência jurídica, uma vez que integra o rol exemplificativo dos princípios gerais do direito. Conforme ressalta Martins (2009, p. 177, grifos do autor), é “[...] prudente entender que coexistem os princípios gerais ‘do’ direito, ou seja, aqueles dispersos num plano mais alto do sistema, com os princípios gerais ‘no’ direito, que estão positivados nas normas e especialmente na Constituição Federal.” Pretende-se, ao final, delinear os contornos para a aplicação deste princípio universal de justiça à luz do Estado democrático de direito.

3 DO TOPOI À CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Das linhas antecedentes ficou consignada a ideia de que justiça consiste numa racionalidade prática capaz de atribuir a cada um o que é devido, seja mediante a igualdade na distribuição dos bens e oportunidades ou por meio de um critério corretivo. De certo, em ambas as modalidades o resultado será sempre a proporcionalidade do “justo meio”, uma espécie de mediania apta a corrigir inclusive as imperfeições da lei abstrata para alcançar o justo no caso concreto.

As máximas da sabedoria antiga produziram um modo peculiar de argumentação apoiado nos conhecimentos amplamente aceitos. Disto, se formaram

os lugares comuns (*topois*), dentre os quais se destaca o *suum cuique tribuere*. Com o fim de ultrapassá-lo, revela-se a possibilidade de compatibilizar o princípio universal de justiça com o paradigma democrático.

Cuida-se neste momento de realizar a transição do *topoi* para a construção do Estado democrático de direito. Para tanto, deve-se conjugar a teoria da justiça particular corretiva de Aristóteles como os direitos e garantias fundamentais derivados da Constituição da República de 1988, atual *locus* interpretativo do direito. Descrita a teoria aristotélica passa-se, então, ao exame dos dados jurisprudenciais colhidos a partir de uma amostra qualitativa dos julgados que, de algum modo, se fundamentaram na dita teoria.

Nessa medida, entende-se que os valores constitucionais reúnem, num só tempo, as razões e limites para as atividades estatais. Tal juízo possui conexão com a disposição firmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cujo julgado se transcreve em parte:

O brocado “a justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que lhe corresponde por direito” (*iustitia est constans et perpetua volutas ius suum cuique tribuere* deve, hodiernamente, ser interpretado consoante os valores constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa [...]) (MINAS GERAIS, 2004).

Muito embora, se adira aos preceitos apresentados pelo julgado percebe-se o hiato existente entre o pensamento antigo e a mentalidade moderna, cujas lacunas não são colmatadas por meras citações filosóficas ou jurídicas. Exige-se mais. “Pode-se dizer”, conforme Sandel (2012, p. 18), “que as teorias de justiça antigas partem da virtude, enquanto as modernas começam pela liberdade.”

De certo, no atual paradigma democrático a correspondência de uma disposição prática no que concerne às regras de escolha dentro do catálogo dos direitos e garantias fundamentais devem estar ancoradas na situação fática examinada, sob pena de perda da aderência com a realidade democrática. Deve-se, portanto, a partir do caso concreto materializar a justiça abstrata representada pelo Texto Constitucional.

Tem-se, portanto, que o Estado democrático de direito - enquanto repositório dos valores constitucionais como justiça, igualdade, liberdade, dentre outros -, atua para além da junção dos adjetivos que qualificam o Estado. Segundo Fernandes (2014, p. 286), este modelo totaliza “[...] muito mais que um princípio, configura-se

em verdadeiro paradigma - isto é, pano de fundo de silêncio - que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas.”

No atual espaço jurídico, as discussões sobre o justo e seu contrário não devem seguir amparadas por parâmetros individuais, ao revés, a partir de critérios capazes de oferecer o mínimo de objetividade. Por isso, sem embargo, afirma-se que para a realização dos citados valores perpassa-se, necessariamente, pela observância do primado constitucional. Vê-se, então, que as elucidações aristotélicas necessitam serem (re)pensadas e aplicadas à luz dos princípios constitucionais, uma espécie de princípio universal de justiça, com vistas a proporcionar um mínimo de objetividade para evitar que o discurso sobre o justo incida em sua antítese.

Contudo, a própria expressão “princípios constitucionais” é um conceito amplo ao qual poderia ser replicada as mesmas objeções contidas na parte introdutória do presente escrito. Em larga medida, abre-se um campo fértil de trabalho para os debates sobre o “meta-princípio” (FERNANDES, 2014, p. 354) da dignidade da pessoa humana implicada com a construção e um projeto coletivo de “vida boa”. Impende acrescer que, amparada por contornos morais, a dignidade humana é uma reflexão teórica inescapável do pensamento escudado por Kant, que diverge radicalmente da episteme antiga, segundo assevera Fernandes (2014, p. 296, grifos do autor):

Na **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, Kant irá despir o sujeito de todos os seus predicados contingentes, reduzindo ao homem racional, que toma decisões morais autônomas, levando em conta apenas o fato de ele partilhar um mundo com outros indivíduos igualmente racionais e potencialmente autônomos.

Manifestação análoga é desenvolvida por Salgado (1995, p. 225), ao “Considerar o outro como igual e tratá-lo como pessoa, vale dizer, como fim em si mesmo e não mero instrumento para a realização de interesses. Considera-lo como fim em si mesmo é reconhecê-lo como ser livre.” Novamente, sobre o conceito do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é passível de ressalvas que certamente serão feitas, aponta-se alguns parâmetros para este fundamento da República, a saber:

Seria a dignidade um conceito tão amplo e aberto de tal modo que *qualquer prática seria justificável com base nela?* Acreditamos que não.

Por isso, para alguns doutrinadores, parâmetros mínimos de **aferição (vetores ou “dimensões”)** devem sempre ser defendidos para a consecução normativa (adequada) da **dignidade da pessoa humana**, sobretudo para que não seja *amesquinhada*. São eles: Não instrumentalização [...] Autonomia existencial [...] Direito ao mínimo existencial [...] Direito ao reconhecimento [...] que ocorrem em três etapas: a) na esfera das relações primárias [...]; b) na dimensão das relações jurídicas [...] e c) na comunidade valorativa [...]. (FERNANDES, 2014, p. 299-301, grifos do autor).

O conjunto dos pensamentos supratranscritos servem de base teórica para reforçar a relevância do tema, a fim de (in)validar sua compatibilidade com o atual paradigma democrático. Repise-se, num esforço em elaborar diretrizes (direitos fundamentais fundamentáveis) para a operacionalização da justiça, deve ser o início de uma ideia a ser minudenciada. Contudo, surge a dúvida se ao reinterpretar a filosofia aristotélica, conforme os atuais valores democráticos, não terminaria em desfigura-la por completo?

A resposta é negativa. No entanto, inegavelmente haverá profundas alterações na estrutura do pensamento antigo, na medida em que a justiça não deve mais estar reservada apenas aos “sábios” ou “virtuosos”. Vislumbra-se possibilidades de avançar na construção do Estado democrático de direito a partir das contribuições filosóficas.

“Isso implica”, segundo afirma Brown (2001, p. 288, tradução nossa), “que a grande estrutura da política e filosofia de Aristóteles precisaria ser formulada em termos de uma metáfora desenvolvida de relações jurídicas/legais que serve para operacionalizar os princípios relevantes de justiça distributiva e corretiva [...]”. O árduo e longo caminho a ser percorrido pela fundamentação jurídica passa pela transição da justiça universal para o justo particular.

Talvez o emprego deficitário desta teoria resulte na censura por parte de alguns juristas, conforme apontado alhures, que embaralham consequências e causas. Entretanto, uma teoria da justiça absolutamente “sem sentido” não reverbera por milênios, caso não fosse passível de reinterpretções. Por outro lado, isso não significa sua ampla e irrestrita utilização, repise-se que as respostas oferecidas devem refletir os direitos e garantias fundamentais, bem como estar umbilicalmente ligada ao material fático examinado na decisão judicial, sob pena de ver-se fulminada de nulidade.

Esta hipótese é confirmada ao implementar a estratégia pragmática indicada na parte introdutória deste escrito. Para tanto, ilustra-se com alguns contraexemplos de decisões judiciais que “fundamentaram” sua tomada de decisão (*Decision-making*), com base no *suum cuique tribuere*. Como é o caso do Recurso Especial n. 867.101/DF, que versou sobre a dissolução de sociedade empresarial, apuração e partilha de haveres (bens, direitos e obrigações), oportunidade na qual o Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, orientou que:

O aforisma *honestae vivere, alterum no laedere, suum cuique tribuere* deve ser privilegiado pelo julgador quando da prolação de suas decisões. [...] nenhum reparo mereceria a decisão que determina a correta apuração dos haveres e assegura a cada parte o que lhe é efetivamente devido, pois se encontra em consonância com os princípios gerais de direito contidos no aforismo *honestae vivere, alterum no laedere, suum cuique tribuere*. (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, em sede de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 10083-74.2013.5.15.0035, no que toca a responsabilização pelo pagamento das verbas trabalhistas na hipótese de terceirização/quarteirização, sobre o tema, entendeu que:

É princípio de direito extraído das lições elementares de direito natural, talvez seu enunciado mais corriqueiro entre os dois milênios que nos separam dos gregos e dos romanos, o conceito aristotélico de justiça de dar a cada um o que é seu, ou também chamado princípio do *suum cuique tribuere*, a mais elementar noção de eqüidade (*sic*). (BRASIL, 2015)

Na mesma senda, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em Apelação Cível n. 1.0672.08.301742-2/001, ao analisar o pedido anulatório da adjudicação (alienação judicial) de imóvel por preço vil, consignou o seguinte argumento:

Suum cuique tribuere prescreveu Ulpiano há quase dois milênios, consagrando o brocardo da Justiça que prescreve a virtude em dar a cada um o que lhe pertence. Ao credor a justa satisfação do seu crédito, ao devedor a justa excussão de seus bens. (MINAS GERAIS, 2012)

Por esta sumária exposição, percebe-se, com efeito, que os sobreditos julgados apresentam graves *déficits*, argumentativos e deliberativos, na medida em que decidem distintas matérias a partir do mesmo “fundamento”, sem, contudo, demonstrarem de forma clara e consistente as razões, jurídicas e filosóficas, que justificaram o processo deliberativo realizado.

Então, as críticas deveriam recair sobre a utilização do argumento de autoridade, travestido de princípio geral de justiça aristotélico. Pois, deste modo permitem decidir sem justificar e, malferem tanto o legado filosófico, quanto o Estado democrático de direito. Destarte, a contribuição deste escrito reside na tentativa de desvelar os obstáculos que desafiam a fundamentação filosófica, assim como desenhar “uma saída” possível para a adequada compreensão e aplicação do direito à luz dos aportes jusfilosóficos existentes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo desse objeto se alcançou a possibilidade de indicar alguns parâmetros na compreensão e explicação para (in)validar a teoria da justiça aristotélica. A resposta oferecida para a situação-problema analisada perpassa pela demarcação, minimamente objetiva, na qual teoria alguma deve ser tomada em seu caráter absoluto, tanto jurídica, quanto filosófica.

Deste modo, a discussão sobre justiça deve ser inaugurada a partir do enunciado normativo ou dos princípios gerais do direito e, não de uma percepção individual. Para a verificação realizada, o mote de justiça aristotélico além de ser lastreado por contornos morais, deve, necessariamente, refletir os direitos e garantias fundamentais sob pena de ver-se desprovido de conteúdo normativo e, desta forma, de pouca eficácia para a construção do paradigma democrático.

Para que o legado filosófico encontre densidade normativa adequada e, conseqüentemente, guarida no direito pátrio é necessário ressoar a Constituição da República de 1988, sob pena de não comportar a complexidade do fenômeno jurídico contemporâneo. Portanto, na atual conjuntura, justiça deve ser uma ideia pautada pela realização da igualdade e liberdade pensadas e concretizadas a partir do repertório fornecido pelo Estado democrático de direito, por outras palavras, a não instrumentalização e a autonomia do ser humano devem ser refletidas nas decisões adotadas.

Uma vez que, sem a aludida correspondência, o *suum cuique tribuere* perde todo e qualquer contorno normativo e se corrompe em escolhas arbitrárias calcadas no discurso de autoridade, que por sua vez forja uma tradição no direito que se repete acriticamente. Então, para a materialização da justiça universal, como base

teórica sólida, deve estar jungida as práticas sociais particulares, demarcadas pelo recorte temporal, histórico e normativo adequado.

Por fim, a fundamentação dos conceitos teóricos mediante a demonstração dos alicerces que arrimam a construção da justiça, desenvolvida na vertente filosófica, não encontra material confirmatório na população dos julgados analisados. A despeito disto, conclui-se pela possibilidade de aplicação da justa moderação, desde que ancorada no caso concreto e contornado pelo paradigma democrático.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARISTÓTELES. **Nicomachean ethics**. Translated by C.D.C. Reeve. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2014.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução de Denise Agostimetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Justiça e Direito).

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiane. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 867.101/DF. Relator: Massami Uyeda. Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 jun. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ita&sequencial=970445&num_registro=200601363525&data=20100624&formato=pdf>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 10083-74.2013.5.15.0035. Relator: André Genn de Assunção Barros. Sétima Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 nov. 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroteor.do?action=printinteiroteor&format=html&highlight=true&numeroformatado=airr%20-%2010083-74.2013.5.15.0035&base=acordao&rowid=aaanghaafaaanqcaaj&datapublicacao=27/11/2015&localpublicacao=dejt&query=suum%20and%20cuique>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

BROWN, Vivienne. "Rights" in Aristotle's politics and Nicomachean ethics? **The review of metaphysics**, Washington, DC, n. 55, p. 269-295, dec. 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução de Sérgio Tellaroli. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**: comentários à lei de improbidade administrativa. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Autos do processo**: AC n. 1.0672.08.301742-2/001. Relator: Cabral da Silva. Belo Horizonte, 12 set. 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisanumerocnjesselhoacordao.do?numeroregistro=1&totallinhas=1&linhasporpagina=10&numerounico=1.0672.08.301742-2%2f001&pesquisanumerocnj=pesquisar>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Autos do processo**: AC n. 2.0000. 00.463249-5/000. Relator: Mauro Soares de Freitas. Belo Horizonte, 23 set. 2004. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisanumerocnjesselhoacordao.do;jsessionid=b988f9b232d5b832a5e22028bfd32c95.juri_node2?numeroregistro=1&totallinhas=1&linhasporpagina=10&numerounico=2.0000.00.463249-5%2f000&pesquisanumerocnj=pesquisar>. Acesso em: 26 fev. 2016.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edison Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia (sic) de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

Capítulo 8

O PROCESSO PENAL E A PROVA TESTEMUNHAL: a importância de saber o que outras áreas dizem sobre a memória

CRIMINAL PROCEEDINGS AND THE TESTIMONIAL EVIDENCE: the relevance of knowing what other areas say about memory

*Giovanna de Castro Resende Franco*¹

*Pâmela de Rezende Cortes*²

*Renato César Cardoso*³

RESUMO

O ensino e a pesquisa nas áreas do Direito no Brasil têm recebido diversas críticas e revisões nos últimos anos, de alguma forma reflexo também das críticas apontadas à produção de conhecimento como um todo. Alguns pesquisadores, inclusive, consideram que a pesquisa em direito está em crise. Se faz necessário tornar a área mais aberta as ideias e conhecimentos de outras áreas do saber. A interdisciplinaridade é fundamental para pesquisas mais frutíferas e para uma formação sólida, embasada. O trabalho tem como objetivo apresentar a importância de diálogo entre o direito e outras áreas. Escolheu-se como objeto de análise e reflexão dessa importância a prova testemunhal no processo penal, salientando o quanto é relevante que o bacharel em direito compreenda o que é a memória e suas possíveis falhas. Para isso, será feita uma revisão bibliográfica, focando a doutrina na parte do processo penal, e textos consolidados na parte de psicologia.

Palavras-chave: Prova testemunhal. Interdisciplinaridade. Memória.

¹ Nova Faculdade, Contagem/MG, Professora de Graduação em Direito – giovannacastrofranco@gmail.com.

² Universidade Federal de Minas Gerais, Doutoranda em Direito, Bolsista CAPES – pamela.recortes@gmail.com.

³ Universidade Federal de Minas Gerais, Professor de Pós-Graduação em Direito – renatoccardoso@hotmail.com.

ABSTRACT

The teaching and researching in Law in Brazil have been very criticized and revised in the past few years as a reflex of the knowledge production as a whole. Some researchers consider that the research in Law is in crisis. Therefore it is necessary to open the field to different ideas and branches of knowledge. The interdisciplinarity is fundamental for having a productive and solid training. This project aims to present the importance of the dialogue among the law and other subjects. The analysis and study of the importance of the testimonial evidence on the criminal procedure, has been chosen underlining how relevant the law graduate understands what memory is and its failures. Based on that, a bibliographic review is going to be done, focused on the doctrine of the criminal procedure and consolidated texts on psychology issues.

Keywords: Testimonial evidence. Interdisciplinarity. Memory.

1 INTRODUÇÃO

O ensino e a pesquisa jurídicos são importantes não apenas pela importância própria da docência, mas pelas decorrências práticas e políticas na sociedade brasileira. A pesquisa alicerça (ou deveria alicerçar) o ensino, e o educando em direito, quando formado, poderá manejar diversas áreas de importância para os cidadãos. Diante desse fato, a educação jurídica deve ser pensada também com relação ao melhor exercício das carreiras jurídicas.

Um dos pontos fundamentais é tornar a área mais aberta as ideias e conhecimentos de outras áreas do saber. A interdisciplinaridade é fundamental para pesquisas mais frutíferas e para uma formação sólida, embasada. Diante disso, é importante questionar: existem pressupostos do direito que são também objeto de estudos de outras áreas? Para conduzir essa pesquisa, escolhemos questionar a memória como fundamental no processo penal, e como ela é um fenômeno muito mais complexo do que pode parecer à primeira vista, exigindo um conhecimento maior do que se trata e do que está sendo dito quando se fala em memória. Isso é importante, sobretudo, quando se fala em prova testemunhal, parte relevante do processo penal.

O presente trabalho, realizado através revisão bibliográfica, inicia com uma breve introdução sobre o ensino e a pesquisa em direito no país, passando para uma pesquisa jurisprudencial com o objetivo de situar a importância da prova

testemunhal no processo penal, buscamos compreender em linhas gerais o que significa a memória dentro da psicologia, e o quanto esse fenômeno pode ser complexo. Por fim questionamos a relevância de efetivamente inserir esses conhecimentos no ensino e na pesquisa em direito, para entender a importância e, principalmente, para entender a limitação da memória. Desta forma, escolhemos textos mais introdutórios e consolidados, com o objetivo de apresentar a temática e apontar a relevância de estudos sobre a memória durante a formação de bacharéis e de professores em direito.

2 O ENSINO JURÍDICO NO PAÍS E SUA DESCONEXÃO COM A PRÁTICA E COM OUTRAS ÁREAS DA CIÊNCIA

A pesquisa científica moderna tem enfrentado um problema que é, de certa forma, resultado do próprio sucesso da ciência e da especialização do conhecimento.

Pode-se dizer que nenhuma época histórica produziu tanto quanto o século XX: o número de cientistas gerado no século ultrapassa largamente sua soma ao longo de toda a história da humanidade; o número de publicações em livros e revistas especializadas não tem equivalente em outras épocas históricas; o acervo das bibliotecas aumentou em ritmo e em escala capazes de deixar os medievais envergonhados; o crescimento do conhecimento nos diferentes ramos da ciência atingiu taxas exponenciais, ao mesmo tempo que a obsolescência aumentou em ritmo crescente [...] (DOMINGUES, 2005, p. 18).

Junto com o crescimento veio, no entanto, o problema da especialização excessiva e da quantidade absurda de disciplinas, que são

responsáveis tanto pelas revoluções da ciência e da técnica, que marcaram profundamente o destino da modernidade, quanto pela introdução de toda sorte de barreiras que, nos dias de hoje, acabaram por constituir-se em verdadeiros obstáculos epistemológicos para a expansão do conhecimento, a saber: as barreiras da ultra-especialização do sujeito cognoscente e a hiperfragmentação do saber (DOMINGUES, 2005, p. 18).

O ensino e a pesquisa em direito no Brasil têm recebido diversas críticas e revisões nos últimos anos, de alguma forma reflexo também das críticas apontadas à produção de conhecimento como um todo. Alguns pesquisadores, inclusive, consideram que a pesquisa em direito está em crise. Uma das razões apontadas é a falta de interdisciplinaridade, ou o isolamento do direito como disciplina. Ao se

entrincheirar, o direito perde a oportunidade de dialogar com áreas próximas e áreas mais distantes. Para Nobre (2004), a pesquisa em direito no Brasil está isolada das outras ciências humanas em razão de dois elementos: a antiguidade do direito, primeira disciplina acadêmica brasileira e, portanto, arrogando para si ares de mando; e o modelo universitário brasileiro que, desde 1930, tem contornos antibacharelescos e, por consequência, enxergou no direito um exemplo de obstáculo a ser superado para o desenvolvimento da pesquisa científica do país.

O diálogo é fonte inequívoca de riqueza epistemológica. Além disso, outro problema apontado por Nobre (2004, p. 7) é a forma como se dá o ensino do direito no país. Para o autor, o ensino jurídico está

fundamentalmente baseado na transmissão dos resultados da prática jurídica de advogados, juízes, promotores e procuradores, e não em uma produção acadêmica desenvolvida segundo critérios de pesquisa científica. O que, por sua vez, já parece mostrar que não se pode separar o problema do isolamento do direito em relação às demais disciplinas de ciências humanas da peculiar confusão entre prática profissional e elaboração teórica, que entendo ser responsável pela concepção estreita de teoria jurídica que vigora na produção nacional.

Fragale Filho e Veronese (2004), que discordam sobre o atraso da pesquisa jurídica em direito e de boa parte do argumento de Nobre (2004, p. 67), ainda assim sustentam que existe um problema epistemológico e de adaptação do direito. Para eles, o problema está em compreender qual o papel da pós-graduação em direito no país.

Na prática, o excessivo enfoque na formação de professores acarreta o risco de privilegiar-se a pós-graduação como uma etapa somente de titulação para atender a uma necessidade que é nova no sistema educacional de Direito: a demanda por mestres e doutores. [...]. Esse diagnóstico dá conta de que, antes, a pós-graduação era vista como uma mera perfumaria ou uma infeliz necessidade para aumentos salariais, por parte dos docentes da rede estatal. Em outras palavras, se antes a produção acadêmica, nos moldes das outras áreas, não era a tônica do Direito, agora ela se faz imperiosa, pois não há outra forma de construir-se uma verdadeira legitimidade científica.

Nesse caso, importa compreender e ressignificar a relação entre a prática jurídica e a pesquisa em direito, como espaços que se retroalimentam, ao invés de se isolarem (FRAGALE FILHO; VERONESE, 2004).

Importa ao direito, portanto, a realização de pesquisa científica. As dificuldades de realizar pesquisas interdisciplinares são imensas, porém a

necessidade de fazê-lo é ainda maior. A interdisciplinaridade pressupõe a aproximação de campos disciplinares diversos, para resolver problemas específicos (DOMINGUES, 2005). A experiência da interdisciplinaridade, que parece ter chegado há pouco nas pesquisas em direito, já vem sendo apontada como insuficiente, e alguns autores afirmam a necessidade de outras formas de aproximação e até mesmo de diluição das fronteiras disciplinares. (DOMINGUES, 2005).

3 O PROCESSO PENAL E A IMPORTÂNCIA DAS PROVAS TESTEMUNHAIS

As ciências jurídicas herdam o desafio de conectar a sua pesquisa com outras áreas. No processo penal, quando uma lide é instaurada, busca-se averiguar se um fato passado pode ser classificado como delituoso. Conforme prevê o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, cabendo ao magistrado a análise das provas trazida aos autos no exercício da atividade jurisdicional. Sendo assim, o Estado, pautado no *jus puniendi*, confere ao judiciário a análise das versões trazidas pelas partes interessadas do processo na busca da “verdade real”, ou, melhor dizendo, buscando a verdade material dos fatos através de uma valoração racional e lógica (KNIJNIK, 2007). É claro, no entanto, que a busca pela verdade está turvada por uma série de questões, tanto em relação ao tempo que se passa entre o fato e a avaliação do fato, até por limitações próprias do processo penal. Dentro dessa perspectiva tem-se o ensinamento de Knijnik (2007, p.14):

Essa relatividade não deve levar, porem ao abandono da relação entre prova e verdade; apenas, tal relação deixa de ser ontológica para ser teológica. [...] é altamente desejável que o sistema chegue a um juízo de fato o mais próximo da verdade, mas é preciso ter a clara consciência de que aquilo que está provado pode ser falso; e o que não foi provado pode ser verdadeiro. À luz dessa consciência, é preciso que o sistema e principalmente o aplicador estejam sempre voltados à prevenção do erro, não confiando, ingenuamente, na possibilidade de reconstruir os fatos tais quais eles ocorreram no passado.

O artigo 155 do Código de Processo Penal afirma que

[o] juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, vigora no processo penal o princípio da persuasão racional e valoração da prova, deixando ao magistrado o poder de decidir motivadamente, dentro da sua livre convicção, através da apreciação e valoração do conjunto probatório dos autos.

Dentro de um processo penal temos, portanto, um trabalho de reconstrução dos fatos históricos. O objeto adequado para a elucidação dos fatos sobre os quais versa a lide é a prova judiciária, meio pelo qual se reconstrói um episódio pretérito com a finalidade de convencimento do magistrado. O depoimento é um dos tipos de prova, sendo a prova testemunhal um de seus subtipos (CONTERATTO, 2008).

A prova testemunhal, produzida de forma oral, é um dos meios de prova mais antigos e utilizados na busca do conhecimento dos fatos que serão julgados. A testemunha é intimada para prestar depoimento no processo visando auxiliar o magistrado, esclarecendo e aproximando este dos fatos para que possa proferir a sentença. Desta forma, seu depoimento limita-se a narrativa dos fatos de forma objetiva, em regra, não sendo objeto suas apreciações pessoais.

Nas palavras de Goldschmidt (1935, p.117) testemunha “é a pessoa, distinta das partes e de seus representantes legais, que depõe sobre percepções sensoriais concretas, relativas a fatos e circunstâncias pretéritas”, sendo que juridicamente será a pessoa humana, diversa dos sujeitos do processo que a partir da sua percepção do fato ocorrido no passado irá fornecer uma declaração no processo instaurado, compromissada em dizer a verdade, conforme preceito do artigo 203 do Código de Processo Penal: “a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado” (BRASIL, 1941).

A prova testemunhal é, de fato, uma das mais recorrentes e importantes do processo penal brasileiro, e isso devido, muito possivelmente, às limitações próprias do sistema de investigação do ocorrido (SOUZA, 2012). Ainda assim, há discussões sobre a sua credibilidade.

A prova testemunhal, embora seja a mais comum no âmbito do processo penal, é a mais falha das provas, mesmo quando a testemunha demonstre a maior correção e seriedade possíveis. E isto porque, se correta a testemunha, quatro fatores influenciam inevitavelmente seu depoimento, possibilitando o erro: o modo pelo qual viu o fato que deverá narrar (distância, ângulo, estado emocional etc), sua opinião pessoal sobre o fato e os envolvidos (repugnância ou aceitação, amigo ou inimigo, etc) e o estado emocional quando prestará seu depoimento. Mesmo quando a

testemunha procure agir com total correção e seriedade, tais elementos, influenciarão, de qualquer modo, o depoimento (ARANHA, 2006, p.157).

Desta feita, diversos fatores internos e externos, que não são passíveis de serem barrados ou evitados, podem interferir no depoimento de uma testemunha. As variáveis do comportamento humano são diversas, as emoções e desejos podem, por vezes, levar a testemunha a faltar com a “verdade real” do fato pretérito, trazendo em seu depoimento uma narrativa distorcida.

Como há, geralmente, narrativas em disputa, é imprescindível que o magistrado escolha uma das narrativas, desencadeando em uma decisão que se legitima pelas alegações que lograram êxito em convencer. O ordenamento jurídico não apresenta regras específicas para a valoração da prova, cabe ao magistrado a análise com cautela do depoimento, bem como sua interpretação, pautado pelo princípio da razoabilidade. A má utilização da prova testemunhal pode significar a supressão de bens jurídicos, como a liberdade, que são pilares na ordem democrático-constitucional.

Nessa linha, a testemunha exerce uma função de resgate da memória buscando lembranças do fato pretérito que presenciou e dando conhecimento ao magistrado da sua versão. Porém, o ser humano é suscetível de falhas na reconstrução das memórias, e por diversos aspectos deve-se sobrepesar a credibilidade dada ao testemunho, “a falibilidade cerca todos os atos humanos, de tal maneira e resultante de tantas causas que a processualística pode ser exta na sua estrutura mas nunca na certeza daquilo que dela resulta em matéria de prova” (ALTAVILA, 1967, p. 163).

4 A MEMÓRIA: como funciona o processo recordativo

Ao falar em prova testemunhal, fica clara a confiança que acabamos por depositar na memória e no processo de recordação de um fato. No entanto, é preciso compreender o que é a memória. Em linhas gerais, o termo memória agrupa uma série de processos. Há a aquisição, quando apreendemos alguma informação ou fato; há a codificação, quando a informação é compreendida; há o armazenamento, quando a informação é registrada; e, por fim, há a recuperação,

quando a informação é buscada no cérebro (GLEITMAN; FRIDLUND; RESIBERG, 2009).

Em termos de memória, cumpre reconhecer que há diferentes intervalos de retenção. Há a memória de longo prazo, cujo sistema pode permanecer adormecido por um longo período de tempo, e a memória de trabalho, que guarda a informação do momento presente, que não será registrada por muito tempo. Quanto ao tipo de informação, a memória pode ser episódica, que diz respeito a algum acontecimento específico; ou genérica, que é uma espécie de biblioteca de referência, como o significado das palavras (GLEITMAN; FRIDLUND; RESIBERG, 2009). Ainda sobre a consciência da memória, existe a memória explícita, em que se tem consciência do processo recordativo, e há a memória implícita, cuja influência é mais difusa e caracterizam-se por memórias mais automáticas. É preciso, por fim, compreender que a memória é formada através de um processo ativo, que pode depender do tipo ou nível de processamento da informação ou ainda da organização da informação (GLEITMAN; FRIDLUND; RESIBERG, 2009).

A memória é parte do que nos dá identidade, criando um passado compartilhado e que nos conecta com amigos e familiares. No entanto, a memória não é fixa, ela pode ser perdida, mudada ou até mesmo criada (LOFTUS, 2003). Quando uma memória falha, o problema pode ter acontecido em qualquer um dos processos envolvidos, não necessariamente no resgate da informação (ou recuperação), embora esse erro seja bastante comum (LOFTUS, 2003). De forma geral, quanto mais tempo se passa, maior a possibilidade de ter falhas quando da recuperação da informação. Existe um declínio irregular da memória, logo depois de ocorrido a aquisição a deterioração é mais rápida, e depois é mais gradual. A decadência é boa parte da explicação do processo de esquecimento, algo como uma erosão da memória com a passagem do tempo. Além do processo de decadência há o processo de interferência, que é quando ideias novas interferem na recordação em questão (GLEITMAN; FRIDLUND; RESIBERG, 2009).

Além disso, a memória pode falhar no processo de aquisição. Isso acontece porque nem sempre estamos prestando atenção a tudo o que acontece ao nosso redor, e se não prestamos atenção, não formamos memória (LOFTUS, 2003).

Tudo isso parece ser relevante quando se considera o testemunho como prova num processo penal. O problema pode se dar na aquisição da memória,

quando a testemunha não estava tão atenta à situação. Pode se dar em razão do tempo passado e da riqueza de detalhes esperada. Pode existir interferência na recordação, quando acontecimentos posteriores de alguma forma interferem na memória relevante para o processo em questão. Além disso, a testemunha pode confundir a fonte de informação e atribuir a uma situação informações que derivam de outras memórias (GLEITMAN; FRIDLUND; RESIBERG, 2009).

O problema da testemunha ganha relevância com a possibilidade de manipulação da memória. A forma como se faz uma pergunta pode interferir no processo recordativo, e isso é de fundamental relevância quando se faz uma investigação ou arguição. Pode-se inclusive sugerir elementos que não faziam parte do evento causador da memória, conhecido como memória falsa. Quando, de alguma forma, altera-se a informação recordada, a testemunha não está mentindo. Ela acredita nos fatos narrados, embora eles tenham sido propositalmente sugeridos (GLEITMAN; FRIDLUND; RESIBERG, 2009).

É o que acontece quando se fala em falsas memórias. Falsas memórias são recordações formadas por informações que não correspondem ao fato recordado, inseridas posteriormente. O grau de implantação de falsas memórias pode variar de uma memória falsa completa, quando há recordações detalhadas de evento que nunca aconteceram, a parciais, quando acontece uma elaboração incorreta de detalhes de um evento que de fato ocorreu (PORTER; BAKER, 2015). O problema das falsas memórias é que elas não acontecem de forma consciente, mas podem ser declaradas em juízo com convicção da testemunha, que pode não saber da incorreção da narrativa (LOFTUS, 2003).

O problema das falsas memórias já tem recebido atenção de pesquisadores brasileiros em direito (AVILA, 2013; DI GESU, 2008; SOUZA, 2012). No entanto, acreditamos que é preciso dar um passo atrás para compreender, antes de reconhecer as falhas, o que é o fenômeno da memória. E é por isso que é extremamente relevante que as pesquisas e o ensino em direito conecte-se com outras áreas. É preciso compreender do que falam esses estudos, qual a relevância deles e quais os riscos de confiar na memória no processo penal.

A memória não é, ao que parece, um repositório passivo das nossas experiências, que registra os dias da nossa vida e permite reproduzir mais tarde tais registros. [...] Embora haja muitas maneiras de como a recordação pode ser distorcida, essas distorções nem sempre

ocorem [...]. Em resumo, a nossa memória não é nem distorcida nem completamente exata (GLEITMAN; FRIDLUND; RESIBERG, 2009, p. 386-387).

5 CONCLUSÃO

A pesquisa científica, embora em crescente expansão na modernidade, precisa encarar alguns problemas advindos desse mesmo crescimento. O direito não está isento dessas falhas, e precisa acompanhar as pesquisas e as conclusões de outra área. É preciso pensar não apenas na pesquisa científica, mas no ensino, que precisa vir acompanhado de uma conexão direta com as pesquisas feitas em programas de pós-graduação e visar formar profissionais responsáveis e munidos dos conhecimentos teóricos necessários para enfrentar os desafios da prática.

Sobretudo em processo penal, importa qualificar os debates e ampliar os estudos, com vistas a portar o bacharel com os conhecimentos que se farão necessários para uma atuação crítica e reflexiva. A responsabilidade do direito é grande, com a sociedade e com os cidadãos. O processo penal deve ser pensado dessa mesma forma. Assim, quando se fala em testemunha, é preciso compreender tudo o que está implicado nessa prova, o que pode estar falhando e quais as implicações dessas falhas na consecução do processo. Uma falha na memória, ou uma incompreensão de como a memória é formada, pode levar a grandes prejuízos não apenas para o acusado, mas para o sistema como um todo.

Conforme apontado a memória pode incorporar fatos que não ocorreram, variações que alteram as lembranças, possibilitando que o testemunho seja um retrato de falsas memórias. É importante salientar que falsas memórias não se assemelham a mentira essencialmente. Quando há uma memória falsa, aquele que dá o depoimento crê honestamente no que está relatando, enquanto a mentira é um ato intencional, em que se tem noção do seu espaço de criação e manipulação.

Nesse diapasão, a interdisciplinaridade se mostra importante, a temática fomenta a busca pela união das pesquisas acadêmicas em direito com a psicologia buscando auxiliar a sociedade na aplicação do próprio direito. A utilização de técnicas cognitivas no âmbito jurídico diferente dos moldes originais pode ser uma alternativa para diminuição da incidência de falsas memórias, tendo em vista a vulnerabilidade da prova testemunhal, possibilitando um processo penal mais justo.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme. **A testemunha na História e no Direito**. São Paulo: Melhoramentos, 1967.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Fraturas do sistema penal: o sintoma das falsas memórias na prova testemunhal**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul 2013. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10923/1860>>. Acesso em: 7 de julho de 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 de jul. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 jul. 2017.

CONTERATTO, Gabriela Betania Hinrichs. Uma contribuição da semântica argumentativa para a produção e a compreensão da prova testemunhal. **Letras de Hoje**, v. 43, n. 1, 2008.

DI GESU, Cristina Carla. **Prova penal e falsas memórias**. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10923/1903>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

DOMINGUES, Ivan. Em busca do método. In: DOMINGUES, Ivan (Org.). **Conhecimento e transdisciplinaridade II: aspectos metodológicos**. Belo Horizonte: UFMG, 2005. p. 17-40.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. **Revista Brasileira de Pós-Graduação**, v. 1, n. 2, 2004.

GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; RESIBERG, Daniel. **Psicologia**. Tradução revista e coordenada Danilo R. Silva. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

GOLDSCHIMIDT, Werner. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

KNIJNIK, Danilo. **A prova no juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOFTUS, Elizabeth. Our changeable memories: legal and practical implications. Nature reviews. **Neuroscience**, v. 4, n. 3, p. 231-234, 2003.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. **Cadernos Direito GV**, São Paulo, n. 1, p. 5, set. 2004.

PORTER, Stephen B.; BAKER, Alysha T. CSI (crime scene induction): creating false memories of committing crime. **Trends in cognitive sciences**, v. 19, n. 12, p. 716-718, 2015.

SOUZA, Bernardo de Azevedo et al. O fenômeno das falsas memórias e sua relação com o Processo Penal. **JUS SOCIETAS-JS**, v. 6, n. 1, p. 1-17, 2012.

Capítulo 9

O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: uma análise de decisões dos tribunais superiores

THE PURSUIT OF HAPPINESS IN BRAZILIAN JURISPRUDENCE: analysing
decisions of the superior tribunals

*Lais Kondo Claus*¹

*Luciana Romano Morilas*²

RESUMO

Originado na legislação estadunidense, o direito à busca da felicidade tem sido incorporado no direito brasileiro através da hermenêutica dos direitos fundamentais inclusos na Constituição de 1988. Objetiva-se compreender a universalidade dos direitos humanos e como a ampliação da interpretação daqueles já inclusos na Constituição pode garantir novos direitos. Para avaliar a utilização desse novo direito no Brasil, examina-se a Constituição, a fim de averiguar se essa inovação jurídica é permitida. Destaca-se no trabalho a importância dos direitos fundamentais para a garantia de novos direitos, em especial, o princípio da dignidade humana e seu papel na ampliação das garantias aos direitos humanos. Por fim, avalia-se o posicionamento da jurisprudência brasileira em relação à busca da felicidade para verificar como esse novo direito tem sido utilizado e efetivado no ordenamento. Conclui-se que o instituto tem sido introduzido por meio da jurisprudência, o que não é natural no direito de origem romana; e que tem sido usado como consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, como forma de preencher vazios legislativos e garantir que o ser humano possa ter a liberdade de escolher viver a vida que lhe traga o maior grau de satisfação dentro do princípio da legalidade.

Palavras-chave: Busca da felicidade. Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais.

¹ Universidade Presbiteriana Mackenzie/Direito – laisclaus@gmail.com.

² Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FEA-RP / Administração – morilas@fearp.usp.br.

ABSTRACT

Derived from North American regulation, the pursuit of happiness has been incorporated in Brazilian legislation through the interpretation of the fundamental rights that are included in the 1988 Constitution. We intend to understand the universality of human rights and how a broader interpretation of those already included in the Constitution can guarantee new rights. To evaluate the use of this new right in Brazil, the Constitution is examined to verify if this legal innovation is allowed. This work highlights the importance of fundamental rights to the guarantee of new rights, particularly, the principle of human dignity and its role in broadening the guarantees of human rights. Finally, the positioning of Brazilian jurisprudence regarding the pursuit of happiness is evaluated to verify how this new right has been applied in the Brazilian law. We conclude that the institute has been introduced through jurisprudence, which is not natural in the civil law system; and has been used as a consecration of the principle of the human dignity as a way to fill legislative gaps and ensure that the human being can have the freedom to choose to live the life that brings him the highest degree of satisfaction within the principle of legality.

Keywords: Pursuit of happiness. Human dignity. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

A busca da felicidade é um desejo que permeia a vida do homem desde os primórdios e inúmeros filósofos – Aristóteles, Santo Tomás Aquino, Robert Darnton – dedicaram seus estudos ao tema. A felicidade é uma preocupação tão grande na vida do homem que passou a ser objeto de discussão jurídica. Considera-se que a Declaração de Independência estadunidense de 1776b dispôs, pela primeira vez, acerca do direito à busca da felicidade:

Consideramos como evidentes estas verdades: que todos os homens são criados iguais, que são dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis; que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade (...)(ESTADOS UNIDOS, 1776b, tradução nossa).

A inserção do termo busca da felicidade nesse texto legal causou calorosas discussões no meio acadêmico. A análise da jurisprudência americana permite encontrar a utilização desse direito fundamental diversas vezes para embasar decisões que versam acerca de direitos considerados novos, como por exemplo, casamento inter-racial, casamento homoafetivo, entre outros. Consideram-se “novos

direitos”, pois ainda não estão totalmente integrados no conjunto histórico de direitos humanos atuais, ainda gerando controvérsia jurídica sobre sua pertinência. Essa interpretação também tem sido utilizada no Brasil. De acordo com Hunt (2007, p. 11), só é possível efetivar os direitos humanos se eles tiverem algum cunho político.

Entretanto, nem o caráter natural, a igualdade e a universalidade são suficientes. Os direitos humanos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político. Não são os direitos de humanos num estado de natureza: são os direitos de humanos em sociedade. Não são apenas direitos humanos em oposição aos direitos divinos, ou direitos humanos em oposição aos direitos animais: são os direitos de humanos vis-à-vis uns aos outros. São, portanto, direitos garantidos no mundo político secular (mesmo que sejam chamados “sagrados”), e são direitos que requerem uma participação ativa daqueles que os detêm.

Assim, a única forma para que esse conjunto de direitos se torne realmente efetivo, é que sejam exigidos pelos seus destinatários. Após a Constituição estadunidense, outros países positivaram a felicidade, como por exemplo, a França que garantiu a “felicidade geral” em sua Constituição em 1789. Ademais, o Japão, a Coreia do Sul e o Butão também adotaram essa expressão.

No Brasil, tal expressão não está incluída na Constituição, apesar de ter existido uma proposta de emenda constitucional (PEC 19/10), que pretendia introduzir o termo no artigo 6º, que trata dos Direitos Sociais. A proposta foi arquivada em 2014, ao final da legislatura. Mesmo não estando explicitamente positivada, o Supremo Tribunal Federal (STF) já prolatou decisões embasadas no direito à busca da felicidade. Percebe-se, portanto, que o direito à busca da felicidade tem permeado o ordenamento jurídico brasileiro, não por meio de uma de suas fontes primárias, mas por meio de interpretações jurisprudenciais. Sendo assim, não há definição legal para o termo, e há várias divergências sobre sua classificação como direito ou como princípio.

Este trabalho aponta a efetiva existência desse direito no ordenamento jurídico brasileiro através da hermenêutica dos direitos fundamentais, dando-se destaque aos direitos humanos. Demonstra-se, ainda, como o desdobramento da interpretação atribuída aos direitos humanos pode ser fundamental para efetivar novos direitos, e, inclusive, atualizar o direito aos novos costumes da sociedade, afinal, nem sempre a lei evolui de forma tão rápida quanto a sociedade.

2 A TEXTURA ABERTA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O termo “busca da felicidade” tanto no ordenamento estadunidense quanto no brasileiro tem um histórico de abrir precedentes em relação a matérias não regulamentadas de forma específica na legislação. O que alguns podem chamar de insegurança jurídica, na verdade, deve ser encarado como uma forma natural do direito, por não se tratar de uma ciência estática, assim como a sociedade não o é. Devido às constantes e frequentemente rápidas mudanças nos costumes da sociedade, nem sempre os legisladores são capazes de ajustar as novas práticas ao ordenamento jurídico na mesma velocidade. Por conseguinte, a interpretação jurisprudencial cumpre seu papel de preencher vazios legislativos, sem, no entanto, inovar, criar direitos; trata-se de, por meio de interpretação das determinações já existentes, garantir direitos específicos ainda não previstos objetivamente – novos direitos, mas admissíveis em razão do sistema jurídico.

Ao se analisar o princípio da dignidade humana, é possível acrescentar que, como norma fundamental, sua função é moldar todo o ordenamento, e é função do operador ampliar o catálogo de direitos provenientes desse princípio. É nesse sentido que Hart (2001) aponta para a importância da existência de uma textura aberta do direito; pois, conforme observa, mesmo em um sistema como o anglo-saxônico, que adota a legislação associada ao sistema de precedentes, em algumas situações haverá uma certa indeterminação da lei em relação à sua aplicação, ou seja, haverá algumas situações em que a lei não se aplicará de forma clara, principalmente, porque a sociedade evolui e nem sempre a legislação é renovada de modo a contemplar esta transmutação.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem resolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso (HART, 2001, p. 148).

Há situações, portanto, em que a positivação, por um lado, não é desejável e, por outro, impossibilitaria o exercício real de direitos fundamentais, em razão de interesses legislativos mais políticos que garantidores de direitos. É relevante observar a grande diferença existente entre os sistemas jurídicos brasileiro e o estadunidense; para este último, os precedentes seriam uma chave na solução deste tipo de problema. O brasileiro tem caminhado ultimamente para um sistema

que se assemelhe a este no sentido de se dar maior peso aos precedentes para a solução de controvérsias jurídicas. Hart (2001) ressalta, no entanto, a importância de um balizamento através do uso das regras gerais com intuito de que não haja interpretações divergentes sobre o assunto.

Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade. Seja como for, estas atividades, embora importantes e insuficientemente estudadas, não devem dissimular o facto de que quer a estrutura em que ocorrem, quer o produto final principal são uma das regras gerais. Trata-se de regras cuja aplicação os indivíduos podem eles próprios descobrir caso a caso, sem ulterior recurso a directiva oficial ou a um poder discricionário (HART, 2011, p. 149).

Destaca-se, por conseguinte que, apesar da existência de uma textura aberta, existe a necessidade de um parâmetro geral que balize o processo decisório. No sistema jurídico brasileiro, tanto o direito à busca da felicidade quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, institutos de textura aberta, carecem de limites para que sua utilização não se banalize.

A apropriação de um instituto proveniente de um ordenamento jurídico com um sistema totalmente diferente daquele adotado no Brasil pode ser vista de forma negativa; porém, na prática, apresenta-se apenas como mais uma forma de contemplar os direitos humanos e o que preceituam os fundamentos da Constituição Brasileira. Por outro lado, a interpretação de um conceito aberto como a dignidade da pessoa humana deve ser feita de forma crítica sob pena de banalização. Sarlet (2012) evidencia que o aumento na quantidade de decisões não acompanha necessariamente o incremento da consistência da fundamentação:

Neste contexto, a despeito de já se ter apontado – e, na época, não sem boa dose de razão – para a ausência, entre nós, de experiências jurisprudenciais mais avançadas no que diz com a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, o fato é que, cada vez mais, se encontram decisões dos nossos Tribunais valendo-se da dignidade da pessoa como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para solução das controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana, muito embora o incremento em termos quantitativos nem sempre corresponda a uma fundamentação consistente da decisão. Com efeito, não são poucas as decisões que apenas referem uma violação da dignidade da pessoa, sem qualquer

argumento adicional demonstrando qual a noção subjacente de dignidade adotada e os motivos segundo os quais uma conduta determinada (seja qual for sua procedência ou natureza) é considerada como ofensiva (ou não) à dignidade, o que, de certo modo, a despeito da nobreza das intenções do órgão julgador, acaba, em muitos casos, contribuindo mais para uma desvalorização e fragilização jurídico-normativa do princípio do que para a sua maior eficácia e efetividade (SARLET, 2012, p. 3).

O estudo do direito à busca da felicidade como corolário de um princípio tão relevante quanto a dignidade humana não pode ser feita de modo a levar à sua desvalorização e relativização, que é algo que vem ocorrendo com o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência brasileira. Assim, é necessário definir o conceito de “busca da felicidade” mais claramente. Um conceito mínimo, conforme preceitua Hart (2001), é necessário para que haja uma segurança jurídica maior no futuro e para que tal direito não se banalize ou vire um argumento generalizado e, inclusive, por consequência disso, torne-se um direito desacreditado futuramente.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE

O princípio da dignidade humana encontra-se positivado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e é compreendido dentre os princípios fundamentais da República. Trata-se de um valor-fonte, que molda a interpretação do sistema constitucional, e traduz um dos fundamentos da República brasileira:

Numa primeira perspectiva (não excludente das demais) a dignidade da pessoa humana, na acepção de Miguel Reale, consiste de uma espécie de valor-fonte, o que também foi objeto de reconhecimento pelo STF, alinhado com a tradição consagrada no direito constitucional contemporâneo, para quem a dignidade da pessoa humana constitui verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 257-258).

Ao arrolar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o legislador lhe atribui maior eficácia, pois determina que todo o ordenamento jurídico esteja a ele alinhado. Este princípio, uma vez colocado como fundamento, assume característica ao mesmo tempo de princípio e de regra:

O fato de a dignidade da pessoa humana assumir, em primeira linha, a condição de princípio fundamental não afasta a circunstância de que possa operar como regra (não só, mas também, pelo fato de que as próprias normas de direitos fundamentais igualmente assumem a dúplice condição de princípios e regras). Para ilustrar tal informação, bastaria lembrar que a regra que proíbe a tortura e todo e qualquer tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF), constitui regra diretamente deduzida do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que inexistisse previsão de tal proibição no texto constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 258).

Destarte, o princípio da dignidade humana pode ser entendido como um valor-fonte e, em algumas circunstâncias, pode ser utilizado até como regra, pois a intenção é conferir maior garantia para este direito fundamental. Em razão da relevância da dignidade humana para a Constituição, de tal princípio podem ser deduzidos outros fundamentos e deveres, que não estão necessariamente positivados (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015). Nesse mesmo sentido, ressalta-se a importância de o intérprete conferir concretude aos preceitos constitucionais mais caros ao sistema constitucional, estabelecidos sob a forma de princípios:

A relevância, finalmente, do entendimento dos princípios fundamentais de nossa Constituição, como efetivas normas constitucionais, parece ser irretorquível. Mais genéricos que muitas das demais normas insertas dentro do mesmo corpo legislativo, têm eles, assim, a máxima abrangência no ordenamento. Além disso, são o maior substrato quer do texto, quer, por consequência, da ordem jurídica que à vista dele se implementa. Por essa razão, cabe ao exegeta, a quem confere a contínua missão de fazer concretos os preceitos constitucionais, deles partir em suas ações e exigências, sob pena de incorrer em inconstitucionalidades e, pior, macular o que de mais caro contém o sistema jurídico (PIOVESAN, 2015, p. 578).

Portanto, não se mostra adequado adotar uma posição jus positivista ao analisar os princípios fundamentais da Constituição, principalmente no que se refere ao princípio da dignidade humana, que deve ser interpretado na maior extensão possível, justamente de modo a garantir um mínimo existencial digno para cada cidadão.

O que deve, então, vingar, a bem da efetiva implementação de todos os ditames constitucionais, é mesmo o entendimento de que seus princípios constitucionais fundamentais valem como lei – lei constitucional. Possuem “eficácia jurídica positiva ou simétrica”, pois criam, sim, direito subjetivo ao cidadão, possibilitando-lhe exigir judicialmente a produção daqueles efeitos. E para tanto é que se reclama a hermenêutica concretizadora, que culmine por prestigiar a

força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, otimizando a força expansiva do princípio da dignidade humana (PIOVESAN, 2015, p. 579).

Fica evidente, portanto, que um dos deveres do operador do direito é otimizar a força expansiva da dignidade da pessoa humana, ou seja, criar mais garantias para que este direito seja efetivado. Os julgadores, ao importarem o conceito de direito à busca da felicidade e caracterizá-lo como consectário da dignidade da pessoa humana, proporcionam mais uma forma de contemplar a dignidade da pessoa humana, de modo a restaurar a função ética e transformadora do direito.

4 A JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL SOBRE O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE

No direito brasileiro, não há muitos relatos do uso do termo busca da felicidade; porém, esse instituto vem ganhando algum relevo a partir de 2004, aparecendo em algumas decisões jurisprudenciais. A intenção deste trabalho não é ser exaustivo, mas exemplificativo; assim, é importante ressaltar que o critério para selecionar as decisões jurisprudenciais aqui analisadas foi a utilização do termo busca da felicidade, seja ele como princípio, direito, ou mesmo como forma de menção da ideia importada da Declaração de Independência dos Estados Unidos, o precursor deste direito.

Uma das primeiras decisões a tratar utilizar como fundamento a “busca da felicidade” no Brasil foi a prolatada em 2006. Trata-se do caso de um servidor público aposentado do Estado do Amazonas que, ao se aposentar, recebia a gratificação de produtividade, instituída pela Lei estadual 1.762/86, art. 139, II, que acabou suspensa por ato do Secretário de Estado. O caso chegou ao STF e a decisão prolatada foi no sentido de manter a gratificação em razão de o percentual recebido pelo funcionário público aposentado configurar direito adquirido, que não pode ser simplesmente retirado em razão de nova lei. O Ministro Carlos Velloso se pronunciou da seguinte forma:

Parece evidente que a concessão da gratificação, com a aposentadoria, deu-se com observância do princípio da boa-fé. Ela tem, por outro lado, caráter alimentar. Ora, retirá-la, a esta altura, quando ela, efeito da lei estadual, está placitada pela ordem jurídico-constitucional vigente, não teria sentido. Retirá-la, quando a sua concessão viu-se coberta pelo princípio da boa-fé, representaria ofensa a esse princípio, certo, convém registrar, que uma das razões

mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, **o direito do homem de buscar a felicidade**. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz. (BRASIL, 2006, grifos das autoras).

Na decisão brasileira acima explicitada, o Ministro Carlos Velloso resgata o termo oriundo da Declaração de Independência Norte-Americana utilizando a conotação política daquele documento. Daí a afirmação de que o direito não existe para tornar seus destinatários infelizes, vez que a finalidade do direito e do governo seria trazer um alto grau de satisfação para o maior número de indivíduos possível.

Outro caso em que se verifica a menção do direito à busca da felicidade, do ano de 2008, se expressa numa decisão acerca da responsabilidade civil do Estado. Em decisão acerca de um agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu antecipação de tutela, o desembargador, dando provimento parcial ao pedido, determinou que o Estado de Pernambuco pagasse o valor inicialmente requerido (US\$150 mil) para que o requerente instalasse um marcapasso diafragmático intramuscular, que o permitiria respirar de forma independente. A decisão se deu nos seguintes termos:

Entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das consequências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, e que, no caso, estariam presentes todos os elementos que compõem a estrutura dessa responsabilidade. Além disso, aduziu-se que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último. Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma,

implementando-se, com isso, **o direito à busca da felicidade**, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2008, grifo das autoras).

O pedido se fundamentou na responsabilidade objetiva pela omissão do dever do Estado em garantir segurança pública, que gerou o dano no requerente (em razão de um assalto). O entendimento liminar do julgador se fundamentou no fato de que o Estado deve garantir o direito dos cidadãos buscarem a felicidade, concretizada na oportunidade de respirar sem aparelhos. Assim, em princípio, cabe ao Estado prover o direito à saúde e o direito à vida, o que possibilita aos cidadãos buscarem sua felicidade. O pedido de tutela antecipada foi negado inicialmente; em agravo instrumental, o pedido foi concedido; em pedido de Suspensão de Tutela Antecipada, o pedido foi parcialmente concedido e, em seguida, suspenso por decisão monocrática da Presidente do Tribunal; ao final da demanda, o pedido foi finalmente concedido, tendo restado vencido o voto da Presidente, que se fundamentava no princípio da reserva do possível. Apesar de o direito à busca da felicidade não aparecer no fundamento da decisão principal, o direito restou garantido com base no direito à saúde, como consectário do direito à vida. Trata-se de direitos que aparecerão, mais recentemente, aliados ao direito à busca da felicidade para incorporar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana. De uma conotação mais política em 2006, a interpretação passa a incorporar a “busca da felicidade” como um direito pertencente à classe dos princípios e, dentre estes, encerrando-se no mais fundamental – o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para além de decisões jurisprudenciais, o direito à busca da felicidade também foi preocupação do legislativo brasileiro. No ano de 2010, o senador Cristovam Buarque apresentou a proposta de emenda constitucional de número 19 (PEC 19/2010), cujo objetivo era incluir os direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição Federal como pressupostos para a busca da felicidade. Nesse sentido, manifesta-se Dias (2012, p. 103, grifo das autoras):

Sob a justificativa de que é preciso humanizar a Constituição, o Senador Cristovam Buarque apresentou a PEC 19/10 – a chamada **PEC da Felicidade**. Sustenta que os direitos deixaram de transmitir os sentimentos que deveriam representar, sendo necessário criar um novo paradigma na elaboração e na execução de políticas públicas. Afirma que o **direito de ser feliz** está atrelado aos direitos sociais e não ao subjetivismo de cada qual. Acredita o autor, que a ideia vai gerar amplo debate na sociedade, bem como atrair o interesse dos

movimentos sociais. A proposta visa inserir a expressão “**essenciais à busca da felicidade**” no art. 6º da Constituição Federal: São direitos sociais, **essenciais à busca da felicidade**, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Diz o autor que explicitar o **direito à busca da felicidade** na Constituição dará conteúdo objetivo e resgatar a garantia dos direitos sociais.

Desse modo, afirma a jurista que o direito à busca da felicidade, muito embora não esteja positivado na Constituição, já é considerado como direito fundamental e ainda afirma que: “Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos e de garantir o respeito à dignidade” (DIAS, 2011, p. 202). Assim, retoma a ideia do direito à busca da felicidade como forma de governo e ainda afirma que, apesar de o legislador não ter positivado tal direito em nosso ordenamento jurídico, é possível utilizá-lo para preencher vazios legislativos.

Cabe ressaltar que tal Proposta de Emenda à Constituição foi arquivada ao final da legislatura em dezembro de 2014. Fica, portanto, mais distante a intenção de se positivar a “busca da felicidade” enquanto um direito no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, sua presença na jurisprudência tem sido comprovadamente essencial para a efetivação de novos direitos e para trazer completude às lacunas legislativas, vez que nem sempre o direito evolui na mesma velocidade que a sociedade.

No ramo do direito de família, observa-se a grande incidência do instituto “busca da felicidade” como forma de garantir direitos, talvez em função das novas formatações de família. A decisão de 2010, de lavra da Ministra Nancy Andrichi, menciona o direito à busca da felicidade como um fundamento necessário das decisões judiciais nesses casos:

Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade que integra o conceito de lealdade para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a **busca da felicidade**.

As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus

interesses.

Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, **na busca da felicidade**, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. (BRASIL, 2010, grifos das autoras)

No caso em tela, apesar de se reconhecer a concomitância de duas relações amorosas, não se admitiu que fosse dada à relação espúria, sob a forma de concubinato, a proteção jurídica da união estável. O direito à busca da felicidade nas relações de família fundamenta-se no primado da monogamia de modo que consideram-se “concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente” (BRASIL, 2010).

Esse mesmo entendimento se mantém de forma semelhante em julgamento de 2014 (STJ, /2014), o que não demonstra qualquer intenção de o Tribunal mudar seu posicionamento diante de uniões paralelas, por enquanto.

Em decisão prolatada em 19 de março de 2013, a mesma Ministra Nanci Andrichi utiliza o fundamento da busca da felicidade como direito fundamental a garantir o divórcio independentemente da partilha de bens, o que era novidade legislativa na época:

A regulamentação das ações de estado, na perspectiva contemporânea do fenômeno familiar, afasta-se da tutela do direito essencialmente patrimonial, ganhando autonomia e devendo ser interpretada com vistas à realização ampla da dignidade da pessoa humana.

A tutela jurídica do direito patrimonial, por sua vez, deve ser atendida por meio de vias próprias e independentes, desobstruindo o caminho para a realização do **direito fundamental de busca da felicidade** (BRASIL, 2013, grifo das autoras).

Assim, o direito à busca da felicidade é garantido pela concessão do divórcio ainda que pendente a partilha de bens. É interessante fazer uma observação neste ponto. A tradição estadunidense liga o direito à busca da felicidade a ideia de propriedade, por uma de suas correntes interpretativas. Aqui, a interpretação é justamente em sentido oposto, ou seja, garante-se que cada cônjuge busque a sua própria felicidade, mais no sentido de relacionamentos, sem levar em consideração o patrimônio que existia entre eles, garantindo-se, por óbvio que a discussão seja levada a cabo em outro momento.

4.1 O direito à busca da felicidade nas questões homoafetivas

O direito à busca da felicidade teve importante papel na decisão a respeito da união homoafetiva no Brasil. Não se trata de uma decisão em um caso concreto, mas uma decisão tomada a partir de ações aptas a garantir o controle de constitucionalidade – uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgadas em conjunto.

No julgamento da ADPF 132/RJ em conjunto com a ADI 4277, relatada pelo Ministro Ayres Britto, em 5 de maio de 2011, o direito à busca da felicidade foi utilizado para garantir o reconhecimento dos efeitos jurídicos das uniões entre casais do mesmo sexo como instituto jurídico:

Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De autoestima no mais elevado ponto da consciência. Autoestima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente **caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776)** e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. (BRASIL, 2011a, p. 31, grifo das autoras)

A decisão garante o direito à preferência sexual como uma forma de se garantir a dignidade da pessoa humana. A influência do direito estadunidense é clara, diante da menção textual à Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, a qual expressa o direito da busca da felicidade no seu primeiro artigo.

I – Todos os homens são igualmente livres e independentes por sua natureza e têm certos direitos inatos, dos quais não podem, quando entram em uma sociedade, por meio de nenhum pacto, privar nem despojar sua posteridade; a saber, o usufruto da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedades, e de buscar e obter felicidade e segurança (ESTADOS UNIDOS, 1776a).

No direito estadunidense, é clara a relação entre felicidade e “possuir propriedades”. No Brasil, ressalte-se novamente, o direito é sempre encarado de uma forma mais subjetiva.

Nesse mesmo sentido, em 16 de agosto de 2011, a Segunda Turma do STF por unanimidade decidiu garantir o direito à união homoafetiva em um caso concreto. A ementa menciona explicitamente o direito à busca da felicidade por sete vezes, estabelecendo os limites da incorporação do instituto no direito brasileiro. Cabe transcrever a ementa por completo, para que não se percam as valiosas lições.

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico

instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando **princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade)** - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.

- A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela **direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.**

- Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.

DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família.

Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria

teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivção desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina (BRASIL, 2011b, grifos das autoras).

Os vários trechos destacados merecem atenção específica. Por um lado, a menção explícita aos precedentes da Suprema Corte Americana apontam para a inspiração do julgador, que busca sua fundamentação na origem delineada no direito estadunidense, já mencionado anteriormente. Por outro lado, evidencia-se a característica do Direito à Busca da Felicidade como um postulado constitucional implícito. Ou seja: trata-se de um direito sim existente no ordenamento jurídico brasileiro, por interpretação hermenêutica do fundamento da República que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal interpretação se fortalece mais adiante com a menção do postulado entre um dos princípios essenciais do nosso ordenamento. O relator, Ministro Celso de Mello, dedica, ainda, um item inteiro à relação entre a dignidade da pessoa humana e a busca da felicidade, considerando-o um postulado central do princípio e ressaltando, ainda outra vez, os precedentes da Suprema Corte Americana e, ainda, a positivção do instituto no direito comparado.

Toda essa construção hermenêutica do Direito à Busca da Felicidade serve a garantir a pensão por morte perante o INSS de uma pessoa que vivia em união homoafetiva. A decisão em tela, apesar de ter forte influência da legislação estadunidense, adota um posicionamento moderno no sentido de trazer

interpretações multidisciplinares à Constituição com escopo de fornecer mais garantias às minorias. Dessa forma, a visão atribuída à da busca da felicidade é mais que um direito individual, configurando-se como um postulado originado e fundamentado no princípio da dignidade humana.

Na mesma esteira das decisões do STF, os Ministros da quarta turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, decidiram por unanimidade, já em 2015, garantir o direito a alimentos provisionais a pessoas que viviam em união estável homoafetiva dissolvida. Menciona-se explicitamente que à união estável homoafetiva deve ser garantido o mesmo regime jurídico da união estável heteroafetiva; dessa forma, os direitos e deveres advindos de uma também se equiparam à outra:

A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, **busca da felicidade** e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual (BRASIL, 2011, grifo das autoras).

A busca da felicidade é encarada, nesta decisão, como um princípio e citada ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É interessante notar que, nos casos das uniões homoafetivas, menciona-se tanto pelo STJ como pelo STF, o direito à proteção das minorias. Cabe uma digressão para se avaliar que, no Brasil, onde o tradicionalismo impera, seria impossível pensar-se hoje na existência de uma lei positivada que garantisse o direito à união homoafetiva. Esse direito só se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da interpretação jurisprudencial. Assim, como se mencionou alhures (item 2), a textura aberta desse direito e sua não-positivação, neste caso, são desejáveis, vez que, legislado, seria provavelmente de forma a restringir direitos e não a garanti-los.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise da introdução do termo busca da felicidade na jurisprudência brasileira pode-se depreender que se trata de um novo direito já plenamente incorporado à jurisprudência brasileira, mesmo que ainda lhe falte positivação. Novo, pois sua introdução aconteceu após os anos 2000.

A introdução do postulado da Busca da Felicidade no ordenamento brasileiro ocorreu pela forte influência que a cultura estadunidense possui na América Latina, a despeito de o direito brasileiro ter influência romana (*civil law*), enquanto os Estados Unidos adotam o direito de influência anglo-saxã (*common law*), que se baseia em precedentes para julgar os casos. Verificar que o direito à busca da felicidade tem sido incluído no ordenamento jurídico brasileiro leva à conclusão de uma certa transformação do direito romano para um lugar menos positivado que é mais comum no direito anglo-saxão. É evidente, porém, que os precedentes não vão ter o mesmo peso no Brasil que nos Estados Unidos. Por isso, é importante que a doutrina encontre uma definição que ao menos balize os julgadores brasileiros ao tomar decisões acerca do tema, vez que o ordenamento brasileiro não possui o termo devidamente positivado na legislação.

O fato de o princípio da dignidade da pessoa humana constituir-se uma norma de conceito aberto permite que aos aplicadores do direito interpretá-lo nos casos concretos de forma agregar novos direitos, garantindo uma real implementação dos direitos humanos e proteção às minorias. A introdução desse postulado demonstra uma decisão política na qual o direito se moderniza para alcançar as mudanças de costumes e do que se considera socialmente aceitável. O direito à busca da felicidade pode ser compreendido como um meio de trazer justiça às minorias, servindo como uma ponte entre o vácuo que o legislador deixou – em certos aspectos, felizmente – ao não prever certos comportamentos.

A jurisprudência brasileira tem conferido múltiplos sentidos ao direito à busca da felicidade (princípio, postulado, política pública); porém, sempre o atrelando ao princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra entre os fundamentos da República. Os julgadores vêm sendo acertadamente cuidadosos ao aplicá-lo, utilizando-o de modo a conferir maior amplitude ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O Direito à Busca da Felicidade tem tido aplicação nas mais diferentes esferas do direito, garantindo novas configurações de família, possibilidade do exercício da sexualidade de forma individual, direitos de minorias, direito à saúde e pode ser utilizado ainda mais amplamente, desde que respeitadas as balizas da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 442998 AM. Relator: Ministro Carlos Velloso. Amazonas, 6 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000010963&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. STA 223 AgR/PE, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 14.4.2008. **Informativo STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo502.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Argüição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. **Plenário**, Rio de Janeiro, maio 2011a. p. 31. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. **Ag. reg. no recurso extraordinário 477.554 Minas Gerais**. Relator: Ministro Celso de Mello. Minas Gerais, ago. 2011b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 201101981070**. Palavra chave utilizada: “busca da felicidade”. Relatora: Nancy Andrighi. v. 33, mar. 2013. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. **Recurso Especial nº 200901892230**. Palavra chave utilizada: “busca da felicidade”. Relatora: Nancy Andrighi. v. 900, jun. 2010. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental à felicidade. **Unisul de Fato e de Direito**: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, Santa Catarina, v. 2, n. 4, p. 101-107, 2012. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1079>. Acesso em: 20 out.2016.

ESTADOS UNIDOS. **The Virginia declaration of rights**. National Archives, 1776a. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. **Declaration of independence**: a transcription. National Archives, 1776b. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

HART, Herbert L. A. **O conceito do direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenber. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Capítulo 10

CRACOLÂNDIA E O SENTIDO DE JUSTIÇA: quando o justo é ser intolerante

CRACOLÂNDIA AND THE SENSE OF JUSTICE: when the fair is being intolerant

*Olinda Caetano Garcia*¹

*Pedro Nuno Batista Magina*²

RESUMO

O presente estudo visa problematizar a percepção da sociedade e dos agentes do direito no trato da comunidade denominada “cracolândia”, na qual, a vida, a liberdade, a justiça são imperativos constitucionais que conflitam na determinação das ações necessárias para devolver às incontáveis pessoas a oportunidade de viver com saúde, dessa forma, sob o olhar de preceitos da vontade e do arbítrio de Immanuel Kant e da inovadora visão de justiça de John Rawls, que invoca o véu da ignorância para trazer à sociedade princípios basilares como o da equidade na solução e organização social, assim, serão traçadas breves considerações que ao final serão validadas sob o bastião da vida soberana em toda a sua plenitude. A referida plenitude aqui destaque-se regida está nos prenúncios da autonomia do ser humano em determinar os caminhos que o conduzirão à igualdade de oportunidades. O método utilizado é o indutivo e a metodologia correlaciona-se com trinômio direito, justiça e sociedade.

Palavras-chave: Justiça. Direito. Igualdade. Sociedade.

ABSTRACT

The present study aims to problematize the perception of society and agents of law in the treatment of the community called "cracolândia", in which life, liberty and justice are constitutional imperatives that conflict in determining the actions necessary to give back to the countless people opportunity to live in health, in this way, under the precepts of the will and the will of Immanuel Kant and John Rawls's

¹ Advogada, Coach.

² Advogado, Coach.

innovative vision of justice, which invokes the veil of ignorance to bring to society basic principles such as equity in solution and social organization, thus, brief considerations will be drawn which in the end will be validated under the bastion of the sovereign life in all its fullness. The aforementioned fullness here is governed is in the foreshadowing of the autonomy of the human being in determining the paths that will lead to equal opportunities. The method used is the inductive and the methodology correlates with trinomial law, justice and society.

Keywords: Justice. Right. Equality. Society.

1 INTRODUÇÃO

Justiça palavra que conclama os sonhos de idealistas, humanistas e mesmo o mais inocente ser humano na face da terra clama por justiça. Justiça que é discutida no meio social como ação e ideal e, no mundo jurídico como medida. Haja vista, os apelos dos causídicos por justiça ao findar suas petições nas vasta e árdua seara judicial. Poetas, filósofos, antropólogos, sociólogos, entre muitos outros, traçam linhas inúmeras, elaboram teorias e propostas são lançadas ao mundo político, social e econômico para que a sociedade possa identificar-se nos atos de justiça.

Enfim, poderia se cantar em versos, buscar nos livros sagrados e debruçar-se sobre muitos e muitos volumes para dizer o que a justiça representa para todo o ser humano em tempos idos e tempos que virão.

Diante disso, se presta o presente artigo a versar sobre a justiça abordando a existência de uma situação que clama por justiça e por olhos que não se fechem à dor e a miséria da vida humana.

Kant (2005) já dizia que basta ser humano para ter dignidade e convém trazer à luz que nosso primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 em seu inciso III alça-se a bandeira da dignidade da pessoa humana.

Rawls (2017) tem na concepção de Justiça a ideia de que todos os bens sociais primários – liberdades, oportunidades, riqueza, rendimento e as bases sociais – devem ser distribuídos igualmente, a menos que a distribuição desigual venha favorecer os menos favorecidos.

A cracolândia reúne inúmeras pessoas que vivem à margem de seus direitos fundamentais, embora existam esforços da sociedade civil e do governo na tentativa de devolver a estes seres humanos a oportunidade de retornar a uma vida

equilibrada, sabendo-se de antemão que medidas coercitivas nem sempre resultaram em bons resultados.

2 CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA

Justiça - uma palavra que tem suscitado em todos os meios de abrangência humana as mais diversas discussões e controvérsias sobre a sua natureza e aplicação, sendo sabido que ao longo da história pensadores e estudiosos debruçaram-se a traçar os parâmetros sobre os quais se estende seu conceito.

Dos desafios à concepção da Justiça nos dias de hoje e a relação entre a Justiça e a pluralidade e diversidade de pensar e valores – diz-se - dificuldade de encontrar uma concepção de Justiça unanimemente partilhada e por outro lado com relação entre a Justiça e a quebra de fronteiras, ou globalização, que torna grande a dificuldade de pensar a Justiça em termos globais.

Conceber a justiça é algo que implica em longas caminhadas pelo mundo da psique humana e de valores que regeram todas as civilizações, dada a sua mutabilidade, diante dos conceitos morais e éticos de cada época. De forma simplória, dir-se-ia que a Justiça seria entregar o justo àquele que dela fez jus, contudo vive-se em uma sociedade pluralista.

3 UTILITARISMO

A premissa maior no utilitarismo é a felicidade para o maior número de pessoas. A Justiça é o objetivo visado pela lei. Já o legislador busca cercá-la de cuidados por meio de leis que visem o direcionamento ao justo, mas ainda é preciso é que se julguem as leis quando estas parecerem injustas.

Para Rawls (2017) o utilitarismo seria abandonado na hipótese da escolha das regras para uma sociedade sob o “véu da ignorância” porque estas pessoas saberiam que mesmo que a sua condição na sociedade estivesse no grupo dos menos favorecidos nada lhes faltaria.

Hipoteticamente haveria um contrato no qual os membros da sociedade optariam pela maneira que a sociedade seria organizada sob o “véu da ignorância”, preservado como pressuposto para organização dessa sociedade: liberdade e igualdade.

4 A TEORIA DA JUSTIÇA: John Rawls

O grande desafio neste tocante é dizer: O que seria uma sociedade justa? O que é Justiça? De uma certa maneira quando se concebe uma sociedade justa é preciso entender a condição de escassez de recursos a que é submetida, e, isso, de uma forma significativa pode trazer o reconhecimento da necessidade de mecanismos para distribuí-los, não desprezando a natureza humana dotada do desejo de retenção por medo da falta, a qual, em regra, gera desigualdades.

A distribuição não equitativa é a consequência da não conscientização de que os recursos e os bens devem ser moderadamente distribuídos visando a preservação das futuras gerações conforme o artigo 225 da CF/1988.

O reconhecimento de uma sociedade pluralista na atualidade é uma realidade. A sociedade não comunga de um único pensamento a respeito da doutrina do bem absoluto, apesar do aparente exercício de igualdade e liberdade.

Para Araujo (2012) no entendimento de Rawls a solução seria inserir os membros da sociedade a uma suposta posição original, assim como “Adão” e “Eva” no Éden, que foram marcados pelo “véu da ignorância”, e assim, os membros dessa sociedade decidiriam a vida em sociedade e a distribuição dos recursos, sem saber do seu futuro, sem saber o que seriam e nem qual a condição de vida que iriam viver em sociedade. Sabedores, tais membros, que a dignidade seria preservada a todos os seres humanos indistintamente, não importando a sua condição social, pois não estariam privados dos bens básicos.

Formado estaria um contrato social no qual os princípios de igualdade e liberdade traçariam novos caminhos e novos parâmetros de convivência entre os membros da sociedade nessa posição ideal demarcada pela igualdade. Nessa hipotética situação o “véu da ignorância” é uma dádiva.

Gera-se a necessidade de refletir sobre as condições atuais de nossa sociedade em que uma grande parcela não tem conhecimento de seus direitos ou imaginam o seu papel na sociedade, pois, apenas vivem para suprir as necessidades básicas – consomem somente para suprir suas necessidades básicas, o que é primário, descartando cultura e tudo que remete ao belo, por exemplo.

5 O DIREITO PROTEGE E GARANTE A VIDA DE QUEM?

Objetiva-se neste ponto traçar breves considerações sobre o direito de proteção e de garantia à vida. Logo é cabível investigar dentro de conceitos de boa vontade, dever, lei, imperativo, respeito, interesse e liberdade o decorrer desses direitos da vida na cracolândia.

Kant (2005) apresenta o homem como um ente cindido entre duas naturezas contrárias, ou seja, uma natureza sensível e outra racional, e que por força dessa dupla natureza encontra-se sempre em conflito na tomada de decisões. Sem avançar em questões teóricas e análises aprofundadas, tem-se o conhecimento de que todo ser humano necessita de um motivo para agir “moralmente”, mesmo tendo o conhecimento sobre o determinado como “imperativo categórico” de promover ações que resultem benefícios para toda a sociedade.

A lei quando emanada da vontade da “sociedade” tenderia a proteger os seus interesses, típico reflexo da liberdade de escolha. Neste ponto, o princípio supremo da moralidade parte da seguinte proposição: *“Neste mundo, e até também fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade”* (KANT, 2005, p.21).

Os atos humanos na realização de uma boa ação estaria dependente de uma vontade positiva. Os seres humanos em sua dualidade possuem o arbítrio cuja função é exercer a escolha para a uma determinada vontade e consequente ação, se movido por interesses sensíveis, isto é, por suas inclinações agirão no interesse próprio, porém caso seja essa vontade decorrente de motivos humanitários ou princípios universais como Kant assim os determina serão oriundos da vontade emanada pela razão. *“O homem, com efeito, afectado por tantas inclinações, é na verdade capaz de conceber a ideia de uma razão pura prática, mas não é tão facilmente dotado da força necessária para a tornar eficaz in concreto no seu comportamento”* (KANT, 2005, p.16).

Tais inclinações, assim denominadas por Kant (2005), determinariam nos seres humanos características que viriam a identificar o motivo de suas ações. Cabe observar questões relativas às associações, isolamento, autoestima e superioridade.

Aplicando-se à “cracolândia” o ser humano ali foi um ser dotado de boa vontade que devido às situações inerentes à sua própria vontade desvirtuou-se pelo caminho das drogas que desaguaram no abandono de si às forças de uma natureza

animalesca ofuscando-se a capacidade de vontade. O arbítrio viciado em imediatismo teria como consequência reações rápidas no vício.

O fato decorrente do consumo das drogas origina a princípio a associação, o compartilhamento, e mais tarde o isolamento. Dessa maneira o direito à vida encontra conflito com o exercício da lei que tem como escopo a pacificação, a solidariedade e a convivência da sociedade.

O primeiro momento alude-se à liberdade que permitiu o arbítrio no uso da droga, para ao final, cessar a vontade, o arbítrio, a liberdade e por fim a vida.

Questiona-se se o Estado em atendimento ao ditames da lei deveria intervir e internar tais pessoas desprovidas da capacidade de escolha sobre a sua própria vida. Questiona-se o direito por meios de suas instituições poderia impedir que tais mortes viessem a ocorrer, em respeito à uma liberdade que não existe mais.

O Estado dotado do poder e do direito de representação outorgado por cada cidadão poderia com esse poder interferir na vida privada e preservar a vida. Os sistemas naturais nos apresentam situações onde a natureza, por vezes encontra meios para preservar outro ser, independente da vontade deste. Não se porta tudo aquilo que não se cuida.

6 ANÚNCIOS DA DESIGUALDADE

A afirmação de igualdade em nosso País é equivocada, haja vista a desigualdade social, vivemos enquanto sociedade a nos preparar para o disposto no preâmbulo da Constituição Federal, ou seja, uma sociedade justa e fraterna. No inciso III do artigo 1º da Constituição Federal vem consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, todo o rol de direitos sociais apresentados no artigo 6º.

Imperfeita é a sociedade que não apresenta soluções. Algo que com certeza no Brasil não acontece, pois temos a nossa Constituição, na qual podemos nos abrigar justamente nos valores e princípios acima apresentados, Direitos Fundamentais, reflexo de ideais humanistas.

Um estigma perpetuado desde a sociedade escravocrata assombra até os dias de hoje, a cultura da dádiva, que impede que cidadãos reconheçam os direitos e garantias a eles destinados constitucionalmente, uma relação que perdura no mando e na subserviência, que se estende em nossa representação política atual.

A cidadania e dignidade da pessoa humana em tempos de “cracolândia” jaz inerte nas diversas opiniões que acirram as desigualdades, as quais se alastram pelas famílias destituídas de valores sólidos, da falta de moradia que faz que muitos se alojem nas ruas, por falta de emprego, e ao final por falta de solidariedade. Certo há ali também pessoas com boas condições financeiras que desvirtuaram-se das relações sadias do bem viver em colisão com os interesses imediatos que causam a frustração e desesperança.

Nossa evolução histórica tem nos mostrado que os direitos individuais, a liberdade, a pessoa, os bens dos menos favorecidos somente são defendidos quando há um braço forte para ampará-los, e se essa é a tônica sobre qual repousam as garantias dos direitos do cidadão tem-se a franca convicção que tais seres sobre os quais paira a dependência química estão em desamparo.

A igualdade neste contexto de cidadania desconstruída paira sob o pálido luzir de uma Constituição que dribla aos olhos embaçados do poder o apelo pela vida em condições de dignidade. Há que se ter em conta que a cidadania é algo a ser construído no diário viver e exercício das liberdades calcadas no alicerce da igualdade em direitos. Os símbolos nacionais, dentre os quais a nossa bandeira proposta por Dom João VI balança sob a inspiração napoleônicas, as quais fizeram avançar por toda a Europa os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, haja vista as conquistas de Napoleão, o qual moveu-se inicialmente inspirado por estes ideais da Revolução Francesa, tendo chegado até o Egito (os prêmios encontram-se protegidos até hoje nos museus franceses; esculturas de civilizações antigas e até mesmo o quadro Mona Lisa de Leonardo da Vinci exposto no museu do Louvre)..

7 CIDADE DE DITE – CRACOLÂNCIA

Tal qual as almas que adentraram na cidade de Dite ou mundo de Hades assim é quem chega a habitar a cracolândia, “Vos que aqui entraís, abandonai toda a autonomia!”(– Alighieri. Dante. A Divina Comédia, O “Inferno”, Canto).

As condições desumanas daqueles que chegam a viver na cracolândia é uma realidade que vem sendo relatada nos noticiários não só no Brasil, mas no mundo.

O Príncipe Harry em 26.6.14 visitou a Cracolândia em São Paulo. Segundo o jornalista Richard Palmer que acompanhou todos os passos de Harry no Brasil, o quarto na linha de sucessão do trono real quis saber como as autoridades da cidade

estão controlando o uso da droga e como têm encontrado emprego, moradia e o tratamento necessário para os dependentes. Harry conheceu ex-usuários que são pagos para limpar as ruas como parte da sua reabilitação.

Os mais comoventes relatos emergem dos seres que ali se encontram, quando relatam as suas frustrações, desilusões e tragédias, numa mescla de conformismo e esperança.

Muitas pessoas que ali se encontram foram pessoas que tiveram a sua vida destruída por um fato desolador e que sem forças para a superação, acabaram por se entregar às drogas na tentativa de abrandar a sua dor. Outros que ali se encontram resultam das desigualdades sociais e da exclusão de um meio social, questões que emergem há décadas, porém, o que interessa são os dias atuais que carrega a insegurança, o desemprego, a falta de qualificação num mundo informatizado que agrava tais desigualdades.

O que importa é saber que todos que tragados são no mundo das drogas tem o seu destino comprometido e difícil é a sua recuperação, apesar dos programas sociais e de saúde desenvolvidos pelos diversos atores sociais que de uma forma ou outra tentam a todo custo a recuperação desses seres humanos.

A cracolândia é um problema social gravíssimo que merece a atenção de toda a sociedade, as ações praticadas isoladamente são de difícil resultado, sendo que o ideal seria uma “conversa” entre as instituições e organizações interessadas para que a ação em prol da vida e recuperação dos seres humanos ali despojados da dignidade fosse mais efetiva.

Há um signo de indiferença à esta região, bem como aos moradores. Tanto as pessoas como a cidade em todos os bairros necessitam de cuidados. “É preciso investir na requalificação urbana da região, bem como equipamentos públicos, se quisermos voltar a usufruir desta paisagem historicamente tão importante para a Cidade”. Preciso é recordar que cidades são feitas de pessoas.

8 MATERNIDADE

A maternidade sempre foi venerada por representar o ato de criação de um novo ser. Uma manifestação da vida, ao ato de doar a vida a um outro ser, servindo o corpo então da gestante como uma receptáculo de vida em que ocorrem as mais

diversas mudanças de ordem física, psicológica e emocional para então ao formar o ser e estando ele completo venha nascer.

Entretanto, existem situações de risco que permeiam a sociedade na qual a maternidade é fonte de temor pelos dias que virão, e nesse prisma há que se ater às mães e as futuras mães que repousam o seu ventre na penumbra da dependência química e que geram criaturas desde a concepção comprometidas na saúde em todos os aspectos.

Impossível que diante de tantos estudos das mais diversas origens e ciências possa alegar que tais frutos não venham colher os frutos da desesperança e da desventura de tais mães. Louvam-se às mães por seu altruísmo e pela inerente disposição de doação, contudo, neste espaço denominado “cracolândia” as mães geram sem ter a consciência de que geram, isso porquê sabe-se que a droga consumida continuamente aos poucos mina com a vontade e com a capacidade de discernir.

Porém, hoje os relatos e os fatos mostram que tais mães perambulam pelas ruas sem o acolhimento, sem família, sem identidade. Apenas são seres geradores de outros seres. O que é possível fazer? Pois de nada serve apresentar um problema sem visualizar uma solução, mesmo porquê, é sabido que no veneno encontra-se o antídoto.

Interessante que se volte ao ponto de origem, tal qual propõe Rawls (2017), sob o véu da ignorância, quando nada se sabia a respeito do futuro dessas jovens mães, saberiam elas a que resultaria a sua vida? Por questões lógicas e contundentes a resposta é não. Ninguém poderia prever o futuro de tais jovens.

A questão é saber se poderia ser evitado um futuro de tanta miséria? Sem dúvida, que a resposta é sim. E, continuando poderia se afirmar, sem o medo de errar, que bastaria o olhar do Estado na infância, para que tais seres não se desvirtuem, para que possam retomar uma trilha de diamantes, utilizando uma linguagem análoga ao conhecimento que é lapidado. Uma trilha dentro de uma política pública em que os recursos seriam distribuídos equitativamente, e louve-se Rawls (2017), recursos estes que viriam igualar as oportunidades.

Solução imediata, hoje, no estado em que se encontram em total desarmonia com a dignidade da pessoa humana, seria o mínimo, o recolhimento para tratamento, oferecidos a elas a autoestima, a vontade de viver, o abecedário da vida

em sociedade em que sejam vistas e tratadas como seres humanos que são, sem críticas, nem julgamento, entenda-se como se nunca tivessem passado pela invisibilidade.

Os dados estatísticos e os relatos mostram a necessidade de acolher os bebês porque a vida vem em primeiro, os chamados filhos do crack – o que não deve prevalecer em uma sociedade justa – são crianças geradas em meio tortuoso, porém nunca serão filhos do crack, que se corrijam os rótulos.

A sociedade deveria estar mobilizada pois, a criança é prioridade, uma das grandes necessidades é o tratamento das grávidas e o seu acompanhamento gestacional, bem como, a educação e o acolhimento em abrigos no pós parto além dos cuidados com o bebê, pois há relatos que muitos bebês falecem após a saída da maternidade por ausência de cuidados (ficam nas ruas), bem como, uma fiscalização eficaz para impedir a comercialização dos bebês.

E, para finalizar, atrai-se a teoria de Rawls – o véu da ignorância – entenda-se: se você tiver a certeza do princípio da incerteza que tudo pode acontecer e de diversas maneiras, que nada é certo, se a ignorância fosse uma certeza a permear a incerteza toda a sociedade estaria mobilizada a mudar essa situação, que não fosse por solidariedade, nem tampouco por amor, mas pela certeza da incerteza de um dia ocupar o lugar dessas pessoas.

9 O VAZIO DAS SOLUÇÕES ESPERADAS

A espera sempre resulta na inação, tal qual retrata o trecho reproduzido abaixo, vivemos numa sociedade que sempre se prepara para algo que nunca acontece, similar à narrativa exposta no livro “O Deserto dos Tártaros”, de Dino Buzzati, obra tão referenciada pelo crítico Antonio Cândido. O personagem principal espera por uma guerra que não acontece.

“O que está procurando, senhor ? - Perguntou.

- Procuo o forte. É este?

- Não existe mais forte aqui – disse o desconhecido, com uma voz afável – Está tudo fechado, já faz uns dez anos que não há ninguém.

- E onde fica o forte, então? - perguntou Drogo, repentinamente irritado com aquele homem.

- Que forte ? Aquele, talvez? – E o desconhecido estendia um braço para indicar alguma coisa.

Numa fenda dos penhascos vizinhos, já encobertos pela escuridão atrás de uma caótica escadaria de cristais, a uma distância incalculável, imerso ainda no sol vermelho do poente, como que

saindo de um encantamento, Giovanni Drogo avistou um morro pelado em cujo topo se via um traçado regular e geométrico, de uma simular cor amarela: o perfil do forte” (BUZZATI, 2015, p.10).

10 PROSERPINA: dura é a justiça que não repousa na misericórdia

- Por que você chora?
- Porque nunca ninguém me disse o que o senhor está me dizendo

Esse é o resumo de uma “bronca” relatada por um juiz da Vara da Infância de São Bernardo do Campo, em que o menor infrator chora porque nesse momento o juiz foi o pai que não tivera. Seria essa a necessidade de chamada à realidade para aqueles recém chegados às drogas.

Seria esta a advertência que a lei dispõe e assim poder-se-ia saber se que o consumo abusivo de qualquer substância psicoativa pode trazer um malefício social e à saúde. Não diferente é com as substâncias psicoativas de múltiplas formas atrativamente apresentadas, que persuadem até o mais crédulo de seu poder de controle a enveredar no mundo das drogas e da insanidade carencial, tais níveis podem ser considerados, haja vista as múltiplas formas de uso, porém a que se considerar que nem todas as pessoas culminam nas ruas pelo consumo de drogas, outros motivos devem ser evidenciados.

A discriminação não deve ser fomentada ainda mais do que já é, as cortinas devem ser cerradas e encerrado o espetáculo com a reflexão sana de que não é para vender notícias que existem os famintos de direitos, inseridos no meio social pela exposição midiática descontrolada e sedenta de cliques.

Contemple nessa ideia disseminada a exclusão e a segregação cada vez maior da pessoa que “consome” drogas, isto, ele é um consumidor; a lógica disseminada carrega em si um grande entrave para aqueles que necessitam de cuidados além de perpetuar a não garantia dos direitos fundamentais.

Cabe destacar a desconstrução no imaginário urbano paulistano ao se referir como “Cracolândia”, a um dos bairros que nos anos de 1870, - o qual tinha perfil residencial e de elite, pois apresentava a pujança.

- “... a região se converteria em ponto estratégico para os barões do café, então o motor da economia paulista – a proximidade da estação de trem podia levá-los facilmente para sua fazendas no interior ou para Santos, porto de saída das exportações. Mas a mesma estação Júlio Prestes que atraiu os ricos também trouxe os pobres. Com a

estação vieram pessoas, muitas pessoas, táxis e cargas, surgiram hotéis, pensões e cortiços”. E, continua-se: “A planície paulista é uma maldição”. comenta-se. “Nossa cidade foi ocupando novos lugares, se espraiando por onde o benevolente relevo permitiu, deixando locais necrosados para trás como é o caso do Campos Elíseos” (CARVALHO, 2017. p. A.21).

Na questão do “crack” mais especificamente importa dizer que o dano se alastra na sociedade pela difusão do “medo” e uma ideia distorcida sobre os efeitos das chamadas drogas ilícitas.

Nos dias atuais seria falso acreditar em uma sociedade sem o consumo de drogas. Desnecessário dizer que a criminalização não resultou em solução para o controle das drogas. E, embora haja estudos que indiquem que o tratamento compulsório produz danos à saúde é preciso perguntar: Se assim ficar qual benefício trará de forma individual e coletiva?

Existe um mínimo comum a todos, aquele que se autodestrói atinge ao outro, haja vista que o princípio da dignidade da pessoa humana nos torna comuns num único ponto, o processo vital, o qual se dá com a fecundação e termina com o evento morte. Toda interferência é alheia a nossa concepção de sociedade, destaque-se que no encontramos fincada nos valores Judaico-Cristãos, que, sob o olhar do Renascimento colocam o homem no ponto central. Atualmente este homem se encontra envolto e pareado com a natureza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUZZATI, Dino. **O deserto dos tártaros**. Tradução de Aurora Formonni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. Ed. Especial.

CARVALHO, Henrique. As responsabilidades históricas. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, jun. 2017, p. A21,.

JOHN Rawls e o renascimento do liberalismo. Luiz Bernardo Araujo. Youtube. 26 set. 2012. 53 min. 26 s. Palestra originalmente apresentada na TV Cultura. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Zz4YxPetGLA>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martim Claret, 2005.

Capítulo 11

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE QUANTO AO PEDIDO DE MEDICAMENTOS: (des)acesso à justiça?

JUDICIALIZATION OF HEALTH REGARDING THE REQUEST FOR MEDICINES:
(dis)access to justice?

*Fernanda Cristina Barros Marcondes*¹

RESUMO

Tendo em vista o aumento estrondoso da judicialização do pedido de medicamento no Brasil, o presente trabalho tem por objetivo analisar se o processo de judicialização do pedido de medicamentos é um meio de acesso à justiça. A metodologia empregada é a bibliográfica, pautando-se no método de abordagem crítica como dialético e a vertente teórico-metodológica adotada como a jurídico-sociológica. Para se alcançar os objetivos da pesquisa, o presente trabalho desenvolve o conceito de acesso à justiça de modo dialético. Posteriormente, busca entender a saúde como um direito fundamental, e a mecânica burocrática para se chegar a judicialização do medicamento na cidade de São Paulo. O resultado obtido demonstra o quão burocrático e demorado é o processo para se alcançar o fornecimento de medicamentos, quando esses não se encontram na lista do SUS, na cidade de São Paulo. Por conta disso, algumas das conclusões encontradas são que as pessoas sem disponibilidade para passar por esses trâmites ficam de fora do acesso ao judiciário. Ademais, como o presente trabalho pauta-se em um acesso à justiça que seja emancipador, mesmo aqueles que tem acesso ao judiciário, não tem de fato, acesso à justiça, por conta dos inúmeros sofrimentos psíquicos que passam com as vias burocráticas.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Fornecimento de medicamentos. Acesso à justiça.

¹ Universidade Estadual Paulista (UNESP) campus de Franca/SP – Mestrado em Direito – e-mail: fernandacbmarcondes@gmail.com.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze whether the process of judicialization of the request for medicines is a means of access to justice. The methodology used is the bibliographical one, being based on the method of critical approach as dialectic and the theoretical-methodological side adopted as the juridico-sociological. In order to achieve the research objectives, the present work develops the concept of access to justice in a dialectical way. Subsequently, it seeks to understand health as a fundamental right, and the bureaucratic mechanics to reach the judicialization of the drug in the city of São Paulo. The result obtained demonstrates how bureaucratic and time-consuming is the process to reach the supply of medicines, when these are not on the list of SUS, in the city of São Paulo. Because of this, some of the conclusions are that people who are not willing to go through these procedures are not allowed access to the judiciary. Moreover, as the present work is based on an access to justice that is emancipatory, even those who have access to the judiciary, does not in fact have access to justice, because of the numerous psychic sufferings that go through the bureaucratic routes.

Keywords: Judicialization of health. Supply of drugs in the city of São Paulo. Access to justice.

1 INTRODUÇÃO

A saúde encontra-se fincada na Constituição Federal Brasileira (CF) de 1988 no patamar de Direito Fundamental. No artigo 6º, a CF a proclama como um direito social; o artigo 194 do mesmo dispositivo a compreende, junto com a previdência e a assistência social, como integrantes do núcleo da seguridade social; já o artigo 196 da CF aponta que a saúde é direito de todos e dever do Estado (BRASIL, 1988). Isto é, a saúde está constitucionalmente protegida como um Direito pela lei de maior hierarquia nacional.

Um dos mecanismos de proteção da saúde é realizado através do Sistema Único de Saúde (SUS) com fornecimento gratuito de medicamento para a toda população, independente de renda máxima, além de fornecimento de medicamentos subsidiados nas farmácias populares, instaladas em inúmeras drogarias no território nacional.

Um dos principais problemas do fornecimento de medicamentos encontra-se com os remédios que não se encontram na lista do Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) oferecidos pelo SUS ou/e que não são registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), sendo, portanto, negativados para o fornecimento de medicamentos para os indivíduos que o necessitem. A consequência disso, são os processos administrativos de pedido de medicamentos feitos para a Secretaria de Saúde do Estado. Com a denegatória, há então a judicialização do pedido de medicamento.

Nos últimos anos, foi possível ver um aumento do número de processos ajuizados contra a fazenda pública. Oliveira et al. (2014) apontam que no período de 2005 a 2011, o número de medicamentos fornecidos judicialmente pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo subiu de 799 para 14.563, em um crescimento de 1.722,65% em cinco anos, demonstrando a intensificação da judicialização de medicamentos nesse período.

Diante desse aumento estrondoso que vem ganhando o fornecimento de medicamentos pela via judicial, a presente pesquisa possui o objetivo de analisar se o processo de judicialização da saúde de pedido de medicamento é um mecanismo de acesso à justiça. Para isso se analisará mais especificamente os trâmites necessário para a judicialização dessa demanda na cidade de São Paulo, esse recorte é necessário apenas por uma questão metodológica, haja vista que há certas especialidades sobre o trâmite em cada cidade.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

O levantamento de dados da pesquisa é o bibliográfico. Afirmam Lakatos e Marconi (2003) que isso constitui no apanhado geral sobre os principais trabalhos já realizados sobre o tema e que fornecem informações importantes e relevantes para a pesquisa. O método de análise crítica da realidade abordada, então, é feito com a pesquisa bibliográfica amparada nas principais bibliografias sobre o tema.

Ademais, utiliza-se do método de abordagem crítica de análise da realidade como sendo o dialético, pois através dessa metodologia é possível confrontar as diferentes visões sobre os prós e contras da judicialização do pedido de medicamento. A partir disso, então, é possível alcançar uma síntese entre tese e anti-tese, correspondendo ao resultado da pesquisa.

A vertente teórico-metodológica adotada será a jurídico-sociológica, pois segundo Gustin e Dias (2002) essa vertente se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo, buscando compreender o Direito como variável e dependente dos aspectos da sociedade. Essa metodologia preocupa-se em relacionar o Direito com os demais campos, seja sociocultural, político, antropológico, filosóficos e etc. Assim, através dessa análise busca-se compreender o Direito do Acesso à Justiça e o Direito à Saúde não só com uma perspectiva formalista do Direito, e sim plural, relacionando-se com outros campos de conhecimento.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 O conceito de acesso à justiça

O termo acesso à justiça pode ser, tradicionalmente, compreendida pela ideia de Cappelletti e Garth (1998) ao afirmarem que o acesso além de direito social fundamental, também é o ponto central da moderna processualística, pressupondo um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Os autores Cappelletti e Garth (1998) entendem que o “acesso à justiça” possui, portanto, o escopo de indicar a função do sistema jurídico, em um sistema de resolução de litígios pelo Estado e ao alcance de todos, além de uma produção de resultados que sejam individualmente e socialmente justos.

Cappelletti e Garth (1998), então, sistematizam propostas compreendidas a partir das três ondas: a primeira busca eliminar a pobreza como barreira, por meio da assistência judiciária aos necessitados; a segunda onda relativa aos direitos difusos e coletivos; a terceira onda com o objetivo de atacar as barreiras referentes ao acesso à justiça de modo mais articulador e compreensivo, de maneira a utilizar os conceitos das duas ondas renovatórias anteriores.

As ideias desenvolvidas pelos autores propõem um alargamento do sistema jurisdicional, inclusive com a criação de alternativas ao sistema judiciário formal, como os meios de resolução de conflitos, como a conciliação, mediação e a arbitragem. No entanto, apesar de vislumbrarem alternativas ao judiciário, esses autores prendem-se as ideias formalistas de Direito e Estado.

Diante disso, já deveria servir de alerta, a própria compreensão do termo justiça pensada por Aguiar (1993, p. 13):

[...] a justiça troca de par no decorrer do jogo das contradições da história. Ora a vemos bailar com os poderosos, ora com os fracos, ora com os grandes senhores, ora com os pequenos e humildes. [...] A justiça sobrevive a todos os ritmos e a todos os pares, porque ela se pensa acima de todos eles, acima de todos os ritmos e pares, como se pairasse em um lugar onde os choques e os conflitos não existissem. Mas, nesse grande baile social, todos são comprometidos, ou com os donos do baile ou com a grande maioria que engendra novos ritmos que irão romper com as etiquetas e os próprios fundamentos da festa.

Aguiar denuncia o caráter parcial da justiça, revelando que muitas vezes é utilizada por diferentes lados políticos, interesses econômicos e grupos ideológicos para legitimar os seus discursos e práticas. Portanto, a justiça não deve ser vista de modo absoluto, já que o justo para um, é o injusto para o outro. Nesse sentido, a justiça que pretende assegurar o *status quo*, configura a justiça dos detentores do poder opressor e a injustiça das camadas marginalizadas.

Aguiar (1993) diz, ainda, que a ideia de justiça implica o vislumbrar de algo melhor, sendo um dever-ser, já que a justiça não vai analisar como as coisas são, e sim indicar como deverão ser. Nesse sentido, o dever-ser da justiça nesse trabalho se apresenta com uma justiça que seja transformadora da realidade social, emancipadora.

Ou seja, não necessariamente a sentença oriunda de um processo judicial e emanada por um juiz/a é – necessariamente - justa. Por conta disso, não se pode limitar a ideia de acesso à justiça, apenas ao acesso aos advogados gratuitos, a Defensoria Pública, ao judiciário, ou a métodos alternativos de resolução de conflito. O acesso à justiça deve ser visto como a participação democrática de todos no acesso de informações e decisões estatais e a possibilidade de transformá-las.

O professor Machado (2011) também alerta que o acesso à justiça não se compraz tão somente com resultados corretos do ponto de vista formal nem com decisões apenas legalmente adequadas, sendo que o verdadeiro sentido desse direito supõe a produção de resultados materialmente concretos do ponto de vista social, político, econômico e cultural, isto é, resultados que possam produzir consequências efetivas, realizando a distribuição democrática dos bens e direitos essenciais à vida humana.

E ainda no que concerne à delimitação do sentido latente da expressão “acesso à justiça”, deve-se lembrar uma outra acepção muito importante. Ou seja, nessa locução de abrangência mais ampla não se deve entender o acesso apenas sob a ótica do consumidor da justiça, mas, também, pelo ângulo da participação popular no exercício da atividade jurisdicional. Inscreve-se, pois, nos limites da ideia de “acesso à justiça” a participação da comunidade na sua administração. (MACHADO, 2011, p. 123).

Portanto, o acesso à justiça não se condiz apenas à possibilidade de ajuizar judicialmente uma demanda judicial de pedido de medicamento seja por advogado particular ou pela assistência da Defensoria Pública, mas também por possibilidades mais amplas e ativas, que seriam realizadas, por exemplo, através da participação efetiva sobre as políticas públicas de saúde no Brasil. É, portanto, desse viés que se encontra o ponto inicial de partida desse trabalho.

3.2 A constitucionalização da saúde e suas normas infraconstitucionais

O processo de codificação de Direitos iniciou-se séculos atrás, no início do século XIX, em 1804, com o Código Civil Francês, também denominado de código napoleônico, constituindo uma das primeiras expressões juspositivistas. A codificação nesse viés teórico serviu para legitimar o Direito e o Estado Moderno.

Nesse período na França, a escola vigente era a Escola da Exegese, também chamada de Escolástica Jurídica, Escola dos Glosadores, Escola Napoleônica ou Escola Burguesa. Segundo Marques Neto (2001) tal Escola exerceu influência não só na França, mas também na Inglaterra, na Alemanha, na Itália e em todo o mundo ocidental.

O princípio básico da Escola da Exegese consiste na afirmação de que o fundamento por excelência do Direito está nas leis, ou seja, nas normas jurídicas escritas emanadas do Estado. [...] Todas as explicações jurídicas devem ser procuradas dentro e não fora dos textos legais. A ciência jurídica se reduz, assim, a uma mera análise metódica dos textos em seus aspectos gramatical, lógico e sistemático, sem maiores questionamentos sobre a validade mesma desses textos, ou sua adequação às condições sociais. Dentro dos princípios da Escola da Exegese, toda a construção teórica do Direito repousa na *interpretação* dos textos legais dentro de sua ordenação lógica, a partir do que se inferem os *institutos jurídicos*, que consistem na cristalização do que há de mais geral em grandes conjuntos de regras que se agrupam em torno de diferentes centros de interesse e de uma *ratio juris* específica. Toda a atenção da Escola da Exegese se volta, portanto, para a lei e sobretudo para a sua interpretação, que deve atingir-lhe o espírito, mas sem qualquer

acrécimo e, muito menos, crítica ao nela já declarado, recorrendo-se, em caso de lacuna, à *intenção do legislador*. (MARQUES NETO, 2001, p. 152).

Um dos ápices da teoria positivista, estará – décadas depois – estampada no dogmativismo normativismo de Hans Kelsen, tendo como principal obra “A Teoria Pura do Direito”. Por teoria pura, Kelsen (2006) aponta para a construção do conhecimento apenas dirigido ao Direito, excluindo desse conhecimento tudo que não pertença a esse objeto, liberando a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Kelsen, com isso, não quis dizer que o Direito não recebe influências de outras áreas do conhecimento, mas que para a construção de uma efetiva ciência do Direito esses outros elementos devem ser ignorados.

Outra expressão da teoria kelseniana, deu-se com a formulação da teoria do escalonamento, apontando que no topo da pirâmide jurídica encontraria a norma hipotética fundamental que seria o viés para a formulação das legislações de menor grau hierárquico. No topo dessa pirâmide, estaria, portanto, as constituições, sendo o norte para a formulação das legislações infraconstitucionais. Assim, quando a saúde é disposta como um direito fundamental e resguardada pela Constituição Federal, esse direito ganha um novo *status* jurídico, haja vista que as leis infraconstitucionais criadas no âmbito da saúde devem ser para efetivar esse direito, e não para suprimi-lo ou mitigá-lo.

Faz-se importante compreender, portanto, que o processo de codificação de direitos não é algo restrito do século passado, e sim que adveio desde os tempos de Napoleão, como expressão juspositivista. Só que nos tempos atuais, as expressões juspositivistas ganham novas roupagens, como através do neoconstitucionalismo, que influenciam no processo de constitucionalização de direitos.

A caracterização da saúde, por exemplo, como direito fundamental, fincada no artigo 6º, 196 da CF, dentre outros, faz parte do próprio processo histórico do desenvolvimento da ciência jurídica, em seu momento juspositivista constitucional. No entanto, deve-se lembrar também dos agentes sociais que lutaram para o reconhecimento de direitos.

Assim, a promoção da saúde como um direito fundamental recebeu influência da luta do Movimento Sanitarista. Apontam Paiva e Teixeira (2014) que a luta do movimento rendeu uma grande mobilização pela reforma do sistema de saúde em

1986 - ano de realização da VIII Conferência Nacional de Saúde - discutindo e aprovando as principais demandas sociais, como o fortalecimento do setor público de saúde, a expansão da cobertura a todos os cidadãos e a integração da medicina previdenciária à saúde pública, de forma a constituir um sistema único, devendo o Estado ser o agente principal de transformação social

A tentativa de concretizar a saúde como direito fundamental contou com a criação do SUS pela própria Constituição de 1988, sendo esse órgão regulamentado pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, complementada pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, chamadas conjuntamente de leis orgânicas da saúde. Quanto ao fornecimento de medicamentos encontra-se previsto no art. 6º da Lei nº 8.080/90.

Anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, o sistema de fornecimento de medicamentos era norteado pela promulgação do Decreto nº 68.806/71, marco legal da criação da Central de Medicamentos (CEME) que fazia parte da gestão centralizada e participativa da saúde. Ademais, também antes da Constituição, houve o Decreto nº 72.552/83 que oficializou as políticas e diretrizes do Plano Diretor de Medicamentos. Além disso, determinou o estabelecimento da RENAME, órgão existente até os dias atuais, sendo institucionalizado oficialmente em 1975 com a Portaria do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) nº 233.

Após a Constituição, no âmbito do fornecimento de medicamentos, destaca-se o ano de 1998, em que o Ministério da Saúde instituiu a Política Nacional de Medicamentos (PNM), sob a forma da Portaria nº 3.916, que estabeleceu como uma de suas prioridades a necessidade de se ter uma assistência farmacêutica que atenda todos os cidadãos. Em 2004, houve aprovação da Política Nacional da Assistência Farmacêutica (PNAF).

Nakamura (2017) destaca a atual configuração da RENAME, colocando-a como instrumento imprescindível para a promoção do uso racional de medicamentos, desempenhando o papel de nortear a elaboração das listas estaduais e municipais segundo a situação epidemiológica de cada região. Nesse aspecto, a RENAME passou a ser considerada como parte essencial da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) instituída pelo Decreto nº 7508/11 e regulamentada pela Portaria do MS nº 841/12.

Ainda, em relação ao fornecimento de medicamentos, destaca-se os conceitos estabelecidos pela ANVISA (BRASIL, 1973), de medicamento como produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico.

A RENAME, então, contempla os medicamentos que considera essenciais, devendo, por isso, estarem disponibilizados na rede pública de saúde. Ademais, não contempla os insumos, por não considerá-los como parte de uma rede pública específica, e sim como ações consideradas essenciais para o tratamento de uma doença.

Por fim, outro importante elemento do Direito à Saúde no País e sobre o fornecimento de medicamento é a designação do termo Unidade Básicas de Saúde (UBS) adotada desde 2007 por meio do Programa de Aceleração do Crescimento, desempenhando as antigas funções dos postos de saúde. A UBS além de ser o local em que se pode buscar os medicamentos, também é o local onde se encontra a Equipe de Saúde da Família, cujas atribuições e definições são ditadas no âmbito do Programa Saúde da Família.

3.3 O processo burocrático para se alcançar o fornecimento de medicamento na cidade de São Paulo

Faz-se o recorte do fornecimento de medicamento na cidade de São Paulo como uma facilitação metodológica, haja vista que o pedido de medicamento possui certas dinâmicas burocráticas que podem variar conforme as orientações de cada Secretaria de Estado e do Município.

Para se conseguir algum medicamento na cidade de São Paulo basta se encaminhar para Unidade Básica de Saúde (UBS) mais próxima da residência, com receita médica, documento de identidade e carteira do SUS. Essa receita médica deverá ser em duas vias e deve conter: a) nome completo do paciente e seu endereço - em receitas prescritas para medicamentos não controlados não há necessidade do endereço do paciente; b) O medicamento com o nome da substância ativa, em letra legível ou impressa; c) o modo que o medicamento deverá ser tomado, as quantidades necessárias por dia, semana ou mês, com indicação de frascos e comprimidos; d) a duração do tratamento; e) Nome e assinatura do médico prescritor, com data e número do registro no conselho (CRO ou CRM).

No entanto, se a receita médica não atender a todos os requisitos necessários para o atendimento nas farmácias da rede municipal, deve-se exigir o preenchimento do formulário de comunicado ao prescritor da receita, e retornar ao médico.

Os medicamentos conseguidos por essa via são aqueles incorporados na lista do SUS. Para os medicamentos estarem incorporados nessa lista não basta o registro sanitário, pois a seleção dos medicamentos depende das necessidades sanitárias da população local. A escolha é feita, então, com ênfase nos medicamentos constantes na RENAME, que é a relação que orienta a elaboração das listas de medicamentos em âmbito estadual e municipal (PEPE et al., 2010).

Diante disso, quando uma pessoa necessita de um medicamento que não conste nas listas governamentais, ou ainda que conste, mas que não esteja disponibilizado por determinado ente político, enseja a necessidade do pedido administrativo, antes da própria via judicial. Isso porque a via jurídica é a *ultima ratio*, isto é, o último recurso a recorrer. Isto é, se um problema pode ser resolvido pela via administrativa antes de ser encaminhado a via judicial, deve-se seguir esse caminho para não correr o risco da ação judicial não ser aceita pelo juiz/a.

Para se executar o procedimento administrativo necessita-se juntar alguns documentos e entregar no Departamentos Regionais de Saúde (DRS). Segundo informação do Governo do Estado de São Paulo a pessoa deve levar: a) receita médica original, em duas vias, legível e com data inferior a 30 dias; b) formulário para avaliação de solicitação de medicamento ou nutrição enteral completamente preenchido, legível e com as assinaturas do paciente ou responsável, médico prescritor e diretor da Instituição. Esse formulário encontra-se disponível no site da Secretaria para ser baixado e preenchido; c) cópia comum do CPF, RG, Cartão Nacional da Saúde e comprovante de residência com CEP. Para paciente menor de idade que não possui RG ou CPF, anexar cópia da certidão de nascimento e documentos do responsável.

Após enviado o pedido de medicamento para o DRS, deve-se aguardar o prazo de 30 dias para a obtenção de resposta. Caso não receba a resposta na data prevista, deve-se procurar o Departamento Regional para saber do ocorrido. Com a denegatória do pedido, enseja-se a possibilidade de acionar a via judicial.

Quando a população é de baixa renda, encontra-se outra burocracia para o ajuizamento da demanda judicial, que é conseguir assistência gratuita. Na cidade de São Paulo as pessoas devem se encaminhar para a Defensoria Pública, nas cidades onde não há esse órgão, as pessoas devem se encaminhar para a OAB a fim de conseguir um advogado gratuito.

Para poder ser atendido pela Defensoria Pública do Estado de SP, a pessoa deve passar por uma triagem econômica, antes do atendimento jurídico, para comprovar que é pessoa de baixa renda. Os documentos necessários que os indivíduos devem portar para esse primeiro atendimento, segundo a Defensoria Pública do Estado de São Paulo são: a) RG original; b) comprovante de residência; c) comprovante de renda próprio e de todos os membros da família. Quem trabalha registrado, levar os 3 últimos holerites. Quem não trabalha registrado, levar carteira de trabalho, extrato bancário dos últimos 3 meses e outros documentos que tiver, por exemplo declaração do empregador, declaração do imposto de renda etc; d) Comprovante de patrimônio: certidão do valor venal do imóvel ou carnê do IPTU do ano em curso; documentos de propriedade de veículos; extratos de poupança, se houver.

Com a aprovação da pessoa na triagem econômica, deverá conter os documentos necessários para o ajuizamento da demanda jurídica. Na falta de algum documento, a pessoa deverá agendar um horário para retornar com a documentação completa.

Com o ajuizamento da demanda no judiciário, realiza-se o pedido da antecipação da tutela, a decisão deve sair em 15 dias ou em um outro prazo maior que o juiz fixar, segundo o artigo 303, § 1º, inciso I do Código de Processo Civil. Com a resposta positiva, consegue-se o medicamento antes da sentença final do processo. Com a denegatória, deve-se ingressar com um agravo de instrumento nos termos do artigo 101 do Código de Processo Civil.

Entendido como que funciona o processo burocrático para se conseguir o fornecimento de medicamento na cidade de São Paulo, infere-se, minimamente, pelo menos uma questão: o quão burocrático é o processo para se conseguir algum medicamento que não se encontra na lista do SUS ou que não esteja registrado na ANVISA. Estabelecido essas premissas, então, o próximo tópico tratará de refletir sobre a judicialização da saúde e o acesso à justiça.

3.4 Judicialização da saúde: (des)acesso à justiça?

Entendidos os termos discutidos nesse trabalho sobre acesso à justiça, bem como compreendido o contexto jurídico e histórico da saúde como direito fundamental e os trâmites burocráticos para o ajuizamento do pedido de medicamento, faz-se necessário refletir se a judicialização é um importante mecanismo de acesso à justiça.

Os defensores da judicialização da saúde, mas especificamente, da judicialização do pedido de medicamentos a compreendem como mecanismo de acesso à justiça, já que seria a única alternativa viável para aqueles que recebem a denegatória do pedido de medicamento que não se encontra na lista do SUS ou que não esteja registrado pela ANVISA. Ademais, além do medicamento, os pedidos de insumos pela via judicial também seriam a única possibilidade para se alcançar esse pedido perante o Estado.

No entanto, faz-se importante frisar que mesmo que a ideia de acesso à justiça se restringisse ao acesso ao judiciário, inúmeras pessoas já estariam de fora desse acesso e do recebimento de medicamento. Isso porque, como o sistema é burocrático, tendo que fazer o procedimento administrativo, antes de realizar o procedimento judiciário, as pessoas só recorrem essa via quando conseguem esperar pelo medicamento. Isto é, para casos urgentes, em que se faz necessário o uso imediato daquele remédio, o ajuizamento do pedido torna-se medida improdutiva.

Ademais, pode-se revelar que mesmo aqueles que possuem a disponibilidade em passar por toda a via burocrática, sofre com a violência burocrática estatal. Faria e Meneghetti (2011) apud Tragtenberg e Prestes Motta – autores que receberam grande influência de Max Weber – a burocracia possui três dimensões: de organização, de poder, de controle.

Burocracia como controle, porque suas formas estão presentes nas organizações produtivas e no Estado. Nesse sentido, o Estado é compreendido como a organização em forma de máquina que garante o controle político-social, influenciando diretamente a reprodução das demais organizações na sociedade. A burocracia é capaz de estabelecer relações de controle, seja por vias objetivas ou pelo domínio intersubjetivo. A tecnologia que se emprega no interior da racionalidade burocrática, bem como as normas, as regras formais e os procedimentos são exemplos de meios instituintes de controle. Agregada à ideologia, a burocracia é capaz de criar costumes, normas informais, ideias e imaginários, tornando-se

responsável pelo controle intersubjetivo. [...]. (FARIA; MENEGHETTI, 2011, p. 437- 438).

Isto é, os processos instituídos para conseguir um medicamento através da burocracia existente com a via administrativa na Secretaria de Saúde e com a judicialização através dos aparatos do judiciário são mecanismos burocráticos instituídos pelo Estado como mecanismo de controle da população. Quando, então, os indivíduos estão submetidos nessa via de controle passam por inúmeras etapas burocráticas que estressam, desgastando o emocional e o físico.

Repensando, então, nessa dimensão burocrática, a judicialização é um empecilho a mais, uma postergação, um atraso ao direito à saúde, ao direito de um medicamento. Isto é, a judicialização da saúde nada a mais é que um não acesso à justiça, ainda que se consiga uma sentença favorável sobre o pedido de medicamento, haja vista que acaba sendo um obstáculo colocado para cidadãos, quando se deveria, na verdade, era reorganizar a política de saúde.

Um outro elemento que demonstra o quão violenta é a judicialização da saúde, depara-se sobre a exigência de um procedimento administrativo, que minimamente, levará 30 (trinta) dias, para ser concretizado. A crueldade dessa exigência resulta-se quando o procedimento administrativo deve ser feito simplesmente por uma questão pró-forma, já que são baixas as possibilidades de se conseguir alguma aprovação quando o medicamento não se encontra na lista do SUS.

Ademais, essas informações não são de fácil acesso à população, apesar de estarem disponíveis na internet. Os inúmeros documentos exigidos, os vários órgãos que se devem encaminhar, as várias etapas que são necessárias até chegar a judicialização não é um conhecimento banal, e muito menos algo que grande parte da população conhece. Diante disso, até a falta de uma popularização maior desses trâmites e informações são um empecilho para o acesso à justiça.

4 CONCLUSÃO

Primeiramente, faz-se importante compreender nesse trabalho a concepção do acesso à justiça como um direito que não deve ser conceituado de modo formalista, apenas como um acesso ao judiciário, e sim como participação democrática, pautado em uma justiça que seja emancipadora e favor dos grupos

mais marginalizados e excluídos da população, e não uma justiça dos detentores de poder.

Os resultados do trabalho demonstram o quão burocrático e demorado é a via para se alcançar o fornecimento de medicamentos na cidade de São Paulo. Por conta disso, pode-se classificar o quanto o (des)acesso à justiça é grande, já que aqueles que necessitam de algum medicamento de uso imediato, que não esteja na lista de SUS, não podem esperar pelos trâmites burocráticos, e por isso não acessa o judiciário.

Ademais, mesmo aqueles que possuem disponibilidade para passar por essas vias sofrem com a burocracia. Infere-se, disso, que a burocracia é um elemento de poder do Estado, a fim de incutir regras e normas para deter o poder e impor concepções. A burocracia é colocada como desserviço ao agir como um empecilho para o alcance de medicamento. E por conta disso, apesar do acesso ao judiciário, a população não tem de fato um acesso à justiça, já que na concepção trabalhada na presente pesquisa, o acesso à justiça é em uma perspectiva não formalista. Isto é, o acesso à justiça refere-se aos cidadãos como possibilidade de atuação e participação dos processos democráticos. Soma-se a isso, a grande falta que há em uma educação em direitos, a fim de que a grande maioria da população saiba sobre os trâmites e os documentos necessários para se chegar até a via judiciária do pedido de medicamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega. 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5991.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Informações sobre**

atendimento ao usuário da Defensoria Pública. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3096>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

FARIA, José Henrique de; MENEGHETTI, Francis Kanashiro. Burocracia como organização, poder e controle. **Revista de Administração de Empresa**, São Paulo, v. 51, n. 5, set/out. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902011000500002>. Acesso em: 10 jul. 2017.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Estado da Saúde. **Solicitação de medicamento ou nutrição enteral por paciente (de instituição de saúde pública ou privada).** Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/gestor/comissao-de-farmacologia/solicitacao-de-medicamento-ou-nutricao-enteral-por-paciente-de-instituicao-de-saude-publica-ou-privada>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Acesso à justiça.** 20 abr. 2011. Disponível em: <<http://avessoedireito.com/2011/04/20/acesso-a-justica>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

NAKAMURA, Fernanda de Castro. **A judicialização da saúde e a atuação do ministério público no sistema de fornecimento gratuito de medicamentos na região de Ribeirão Preto.** 2017. 215 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Análise de Políticas Públicas) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2017.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, set/out. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122014000500006&script=sci_arttext>. Acesso em: 5 jun. 2017.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, v. 21, n. 1, p. 15-35, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v21n1/0104-5970-hcsm-21-1-00015.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, ano 5, n. 15, p. 2405-2414, 2010. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015>. Acesso em: 10 jun. 2017.

Capítulo 12

NOVAS TECNOLOGIAS E A SOLUÇÃO ONLINE DE CONFLITOS EM UMA SOCIEDADE DE MASSA

NEW TECHNOLOGIES AND THE ONLINE DISPUTE RESOLUTION IN A MASS SOCIETY

*Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini*¹

*Vanderlei de Freitas Nascimento Junior*²

RESUMO

Os novos direitos aqui pesquisados são os advindos da tecnologia da informação, ciberespaço e realidade virtual. Considerando a crescente evolução tecnológica dos meios de comunicação, em especial da internet, que é a mais poderosa forma de comunicação no século XXI e que revolucionou muitos aspectos de nossas vidas, verificou-se uma intensa virtualização das relações sociais e o incremento de novos conflitos oriundos destas relações online. Buscamos verificar a adequação dos meios virtuais de resolução de conflitos à realidade atual, que é a da litigância de massa. Trata-se de métodos que se originaram da fusão dos meios alternativos de solução de conflitos com o emprego das novas tecnologias da informática. Consideradas as crescentes limitações financeiras do Estado se faz necessário incentivar o uso dos meios alternativos de solução online de conflitos. É preciso criar uma estrutura legal envolvendo ferramentas eletrônicas tais como portais e plataformas na internet que permitam a resolução de conflitos sem a necessidade de ações demoradas perante as Cortes de Justiça.

Palavras-chave: Resolução *online* de conflitos. Novas tecnologias. Sociedade de massa.

¹ Universidade de Ribeirão Preto / Departamento de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania - Ribeirão Preto, São Paulo – fzanferdini@hotmail.com.

² Universidade Federal de São Carlos / Departamento de Pós-Graduação em Ciência, Tecnologia e Sociedade – São Carlos, São Paulo – vanderlei.adv.jau@hotmail.com.

ABSTRACT

The new rights researched here are those arising from information technology, cyberspace and virtual reality. Considering the increasing technological evolution of the media, especially the internet, which is the most powerful form of communication of the 21st century and has revolutionized many aspects of our lives, we verified an intense virtualization of social relations and the increase of new conflicts arising from these online relationships. We aim to verify the adequacy of the virtual methods of dispute resolution to the current reality that is that of mass litigation. These are methods originating from the fusion of Alternative Dispute Resolution means with the use of new information technologies. Considering the increasing financial constraints of the country, it is necessary to encourage the use of online Alternative Dispute Resolution. It is also necessary to create a legal framework involving electronic tools, such as internet portals and platforms that allows the settlement of disputes without the need for time-consuming lawsuits before Courts.

Keywords: Online dispute resolution. New technologies. Mass society.

1 INTRODUÇÃO

Em virtude do significativo crescimento da litigância, seja pelo aumento das atividades de consumo, bancárias, securitárias, ou, até mesmo, pelo incremento do comércio eletrônico e comunicações nas redes sociais, é possível constatar o surgimento de uma sociedade massificada, marcada, também, pela grande diversidade e multiplicidade das formas de interação virtual, as quais estão em constante mudança devido ao avanço tecnológico na área das comunicações sociais.

Levando-se em consideração a contínua evolução na área da Tecnologia da Informação e da Comunicação (TCI), sobretudo após a criação da internet, uma nova linguagem social surgiu no meio social, a ponto de modificar significativamente a vida das pessoas, dando origem a novos direitos, os quais passaram a ser muito discutidos e questionados na atual sociedade de massa.

Inserido nesse contexto, o Poder Judiciário tornou-se incapaz de resolver todos os problemas sociais de forma adequada e em tempo hábil. Verificou-se a necessidade de se buscar meios alternativos ao processo judicial para a resolução dos mais diversos conflitos decorrentes do convívio em sociedade.

Uma das formas encontradas foi o resgate e aprimoramento das formas alternativas de solução de conflitos (mediação, conciliação, arbitragem, etc), mundialmente conhecidos como métodos de *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

Os métodos de resolução virtual de conflitos - *Online Dispute Resolution* (ODR) - surgiram a partir da fusão dos métodos ADR com os conhecimentos e técnicas da TCI, podendo ser aplicados para resolver tanto disputas decorrentes das relações virtuais (disputas *online* ou *e-disputes*) como os conflitos tradicionalmente presenciais (gerados *off-line*).

A grande vantagem na utilização de tais métodos consiste na oportunidade de as partes solucionarem seus conflitos, por si próprias, rompendo diversas barreiras, tais como o distanciamento físico, a indisponibilidade de tempo, a falta de recursos financeiros e outras questões de ordem pessoal.

Existem, no entanto, várias formas de materialização de tais métodos, seja por videoconferência, *chats*, julgamentos *online*, bem como pela troca de informações pelos sites responsáveis pelos procedimentos.

Pretendeu-se elaborar o presente texto a partir de uma específica revisão de literatura, procurando enfatizar os principais aspectos jurídicos referentes às práticas conciliativas no ambiente virtual. Para isso, foram utilizados os métodos dedutivo e analítico, visando estabelecer um elo entre o tema central e os demais tópicos que serão apresentados a seguir.

Resumidamente, a presente pesquisa pretende responder às seguintes indagações:

- a) Faz-se necessário estudar as alternativas online de resolução de conflitos, considerando o incremento das relações virtuais?
- b) As tecnologias da informação podem ser úteis na resolução de conflitos?

2 TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO EM UMA SOCIEDADE DE MASSA

Inegavelmente, a internet é o mais poderoso meio de comunicação do século XXI, tendo revolucionado nossas vidas em diversos aspectos, utilizada como fonte de informações, ferramenta de comunicação e como plataforma global de negócios.

Pesquisas apontam que o número de usuários da rede mundial de computadores não para de crescer e que o Brasil é o 4º maior usuário de internet no mundo, apresentando um número de 139.111,185 usuários e um crescimento, em um ano, de 5,1% (INTERNET, 2016).

Como já escrevemos outrora, *“People are now connected globally through the internet. Now people around the world are together every day”* (ZANFERDINI, 2015, p.73).

A utilização da internet e sua rápida expansão causaram um forte impacto em diversas áreas, inclusive no Direito, pois seus operadores perceberam que a tecnologia tem o potencial de mudar radicalmente a forma de solução de conflitos. As novas práticas comerciais e sociais propiciam uma maior integração entre as pessoas, empresas e governos, colaborando com a formação de uma sociedade massificada, cujo conceito é elucidado por Andrade (2013, p.7).

A esse contexto somou-se o desenvolvimento dos meios de comunicação em massa, compondo-se o ambiente ideal para o surgimento de um novo modelo de sociedade, “sociedade de massa”, cujas principais características são a produção em massa (industrial, agrícola, energética) e o consumo em massa, e, para ligar a produção ao consumo, os contratos de massa (de adesão ou de consumo).

Por outro lado, a internet despertou nas pessoas uma maior atenção com a promoção do bem comum, de modo que elas passaram a ser preocupar mais com a aceitação das diferenças, com o direito das classes e das massas, culminando no surgimento da era dos direitos coletivos e era digital (QUERINO; SILVA; TAVARES NETO, 2015, p. 259).

A virtualização das relações jurídicas e sociais representa, assim, um grande desafio para os juristas.

Schneider (2014), por sua vez, aponta que a grande dificuldade encontrada pelos operadores do direito tem sido cuidar e organizar as relações sociais de uma sociedade que está em constante evolução e que se tornou categoricamente massificada.

(...) surge a necessidade de interpretar conflitos de normas, obscuridade ou lacunas de leis, casos complexos. A *internet*, o acesso à informação, a educação alcançando cada vez mais classes sociais menos favorecidas, dentre outros fatores que desencadeiam a evolução da sociedade e geram mudança dos conflitos de interesses, fazem com que o legislador não consiga acompanhar a

evolução social. Cada vez mais as normas precisam ser interpretadas para que o judiciário possa dar ao jurisdicionado uma resposta adequada quando acionado (SCHNEIDER, 2014, p.6, grifo do autor).

O incremento do uso das novas tecnologias de comunicação acaba por refletir-se em todas as áreas do Direito. Santos (2014, p. 54) ensina que:

A tecnologia trouxe a expansão das operações de mercado, bem como de outros segmentos, não apenas geograficamente, ao minimizar custos (como o de transporte), mas também ao tornar possível o comércio de uma vasta gama de produtos que não existiam anteriormente.

Nesse contexto, Silva e Oliveira (2014, p. 6) afirmam que a utilização da tecnologia da informação e comunicação pode estimular a tutela de outros direitos fundamentais:

A utilização das tecnologias da informação e comunicação pode ser considerada um instrumento fundamental para o exercício da cidadania, canal de obtenção de informações e potencializador de outros direitos fundamentais.

Rangel (2007, p. 14) ao discorrer sobre as reformas da geografia judiciária portuguesa, identificou as vantagens oriundas da utilização das novas tecnologias, no âmbito do Poder Judiciário Português, afirmando:

Uma reforma da geografia judiciária pressupõe e postula, ela própria, um emprego intensivo das novas tecnologias e, por conseguinte, um aproveitamento da “proximidade” e da “acessibilidade” virtual que elas geram. As novas tecnologias permitem que o Tribunal tenha uma extensão, uma antena, no escritório do mandatário ou mesmo em casa do cidadão. Haverá justiça mais próxima do que essa justiça domiciliária?

Está claro, destarte, que a ausência de fronteiras nas comunicações e negócios estabelecidos no ciberespaço viabilizou a criação de meios próprios para a resolução de conflitos decorrentes dessas relações virtuais, sobretudo fora das Cortes de Justiça.

Ré (2012) afirma, também, que em decorrência do advento de uma sociedade massificada, novas relações e novos conflitos poderão surgir, exigindo do Estado e da própria sociedade, alternativas paralelas à jurisdição oficial.

Nos limites desse estudo interessam-nos os contratos e relações conflituosas que decorram do uso desses meios de comunicação, sobretudo, pela crescente utilização da internet na resolução consensual de conflitos.

3 NOVOS DIREITOS E ACESSO À JUSTIÇA

Com o surgimento de novos valores, novos princípios e novos direitos, os juristas passaram a dedicar mais tempo e uma maior atenção no que diz respeito à tutela dos direitos decorrente da sociedade de massa, sejam eles coletivos ou individuais homogêneos.

Num mundo globalizado, o progresso tecnológico, em especial nos meios de comunicação e informação, imprimiu à vida ritmo vertiginoso e absorvente, de forma que as instituições laboriosamente criadas a partir do século XIX, que previam um modelo de aplicação de justiça cautelosa, garantista e segura, viram-se impotentes para servir neste inesperado mundo novo. (ZANFERDINI, 2012a, p. 239).

Os novos direitos que abordamos nesse trabalho são os que decorrem da tecnologia da informação, ciberespaço e realidade virtual. Esses direitos vinculados ao uso das novas tecnologias são catalogados por alguns como sendo de quinta geração (ANTUNES, 2005). Essa categoria de Direitos está vinculada à sociedade contemporânea, que não é mais industrial, mas informacional.

Bonavides (2014) afirma, contudo, que tais direitos são de quarta geração, aduzindo que a globalização política, na esfera da normatividade jurídica, introduz os direitos de quarta geração que correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. São direitos de quarta geração: o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Apesar de existirem divergências doutrinárias quanto às definições das gerações dos direitos fundamentais, recorreu-se à definição apresentada por Miranda (2008), que classifica os direitos fundamentais em quatro gerações distintas: a) a dos direitos de liberdade; b) a dos direitos sociais; c) a dos direitos do ambiente e à autodeterminação dos recursos naturais e do desenvolvimento; d) a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e às outras utilizações das modernas tecnologias.

Não se olvida, é bom frisar, que a terminologia “gerações” parece não ser a mais adequada. O termo mais apropriado seria “dimensões” dos direitos fundamentais, pois os direitos pertencem a todas as gerações igualmente, como bem elucida Canotilho (1991, p. 384-385, grifo do autor).

A ideia da *generatividade geracional* também não é totalmente correta: os direitos são de todas as gerações(...) preferem hoje os autores falar de *três dimensões de direitos do homem*) (E, Riedel) e

não de três gerações

Em uma sociedade massificada, a velocidade dos acontecimentos não é compatível com o sistema de justiça que se oferta. A complexidade das novas relações sociais contribui para que haja mais e mais litígios.

Dessa forma o Judiciário não pode ser o único e natural desaguadouro de todo esse fluxo de contendas. Ainda que houvesse investimentos suficientes e, não há, o agigantamento da máquina estatal não acompanha o ritmo vertiginoso de crescimento de demandas. Para que se possa fazer frente à crise do Poder Judiciário e do processo como método de solução de litígios, é preciso que haja, de início, uma mudança na mentalidade dos operadores do direito e, na sequência, dos próprios usuários da Justiça.

Em que pese o fato de que os processos digitais e, não mais físicos, tornaram-se realidade nos mais diversos Tribunais de Justiça do país, existem outros meios de solução de litígios que não a decisão judicial, de perfil menos burocrático, mais céleres e pacificadores. Ora, a eficiência de um sistema de resolução de conflitos mede-se, principalmente, por sua capacidade de dar uma solução em prazo razoável e por sua ampla acessibilidade, especialmente quando se trata dos novos direitos originados a partir da sociedade de massa. Para melhor elucidar o assunto, recorreu-se à ponderação elaborada por Almeida (2016, p. 23):

A proliferação dos novos direitos exige que, paralelamente, sejam criados e implementados meios adequados para a solução de conflitos. É preciso analisar “as relações de adequação, necessidade e suficiência do sistema de justiça para fazer frente aos novos direitos individuais e sociais paulatinamente inseridos nas ordens constitucionais, e como aquele aparato judicial absorve e exerce o seu papel no Estado Democrático de Direito (...).

Além de ser prática consideravelmente eficiente, os métodos de *Online Dispute Resolution* apontam para uma mudança definitiva de paradigmas quando se busca relacionar o Direito com o mundo digital.

Nesse sentido, uma visão interdisciplinar é essencial. Trata-se de buscar luzes em outras ciências e, assim, procurar o conhecimento onde quer que ele esteja.

4 A REALIDADE BRASILEIRA EM RELAÇÃO AOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O acesso efetivo à justiça, garantido pelo artigo XXXV da Constituição Federal não significa que necessariamente as partes envolvidas na disputa devam resolvê-las no Judiciário e pelo método adjudicado.

Discorrendo sobre a desjudicialização de conflitos e o acesso à Justiça, outrora escrevemos que a maior parte da responsabilidade pela crise do Poder Judiciário está na crescente judicialização dos conflitos (BRASIL, 2015). Assim, mediação e conciliação representam alternativas inteligentes para se solucionar os litígios (ZANFERDINI, 2012b).

Atribuir mais liberdade às partes conflitantes, quando inseridas num contexto auto compositivo, contribui significativamente para a redução do número de demandas, melhora a qualidade da prestação jurisdicional, servindo para estancar a desnecessária judicialização dos conflitos.

Grinover (2007) destaca que as vias consensuais assumiram um importante papel na sociedade contemporânea, uma vez que esta última se tornou demasiadamente litigiosa, fazendo do processo um meio hetero compositivo ineficaz frente às complexidades e à grande quantidade de demandas judiciais.

A Resolução 125 do CNJ (BRASIL, 2010) se tornou um importante passo para a consolidação da mentalidade conciliativa no país, na esperança de que haja o predomínio da cultura da pacificação em substituição da cultura do litígio. Dentre as diversas iniciativas positivas difundidas pelo CNJ, essa Resolução nº 125/2010 foi responsável pela instituição da política judiciária nacional do tratamento adequado de conflitos de interesses, firmando-se em três pilares fundamentais para a estruturação das práticas conciliativas no Brasil: a) a mudança de paradigma no Poder Judiciário; b) a garantia de qualidade dos serviços prestados pelo Estado, a partir da inserção dos mediadores e conciliadores como auxiliares da justiça; c) a centralização das práticas conciliativas em locais apropriados, quais sejam os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

A partir da promulgação da Lei 13.140/2015, conhecida como “Marco Legal da Mediação”, em 29 de junho de 2015, concretizou-se, no Brasil, a regulamentação das atividades conciliatórias, pois foram compiladas no respectivo texto as principais regras inerentes à mediação de conflitos. O Marco Civil da Mediação se incumbiu de

estabelecer expressamente as diretrizes básicas para a realização das atividades conciliatórias e os demais procedimentos alternativos à jurisdição, em todo o território nacional.

Com o advento da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) e da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), finalmente, passou-se a reconhecer o instituto processual da mediação e das demais práticas de resolução consensual de conflitos (virtuais ou não), tendo sido, inclusive, admitidas tais práticas no âmbito do Poder Judiciário.

Além dos preceitos constitucionais, as práticas conciliativas virtuais possuem amparo legal na redação do artigo 46 do Marco Legal da Mediação e do § 7º do artigo do Novo Código de Processo Civil, que preveem a prática da mediação *online*, ou, por outro meio de comunicação à distância, servindo como referencial legislativo para a difusão dos métodos online de resolução de conflitos.

Ora, democratizar a justiça implica em convocar o cidadão a participar ativamente na resolução de seus conflitos, incentivando-o a tanto e criando os meios para que isso possa ocorrer (ZANFERDINI, 2012b).

5 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E TECNOLOGIA

Considerando que o excesso de litigiosidade é fruto da equivocada interpretação de que a garantia constitucional do acesso à justiça é sinônimo do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, é preciso que se compreenda que o acesso à justiça ultrapassa os limites da jurisdição (ZANFERDINI, 2012b).

Nesse sentido, pode-se dizer que o Brasil tem caminhado positivamente em direção à busca de formas de se tutelar novos direitos, especialmente, aqueles decorrentes da tecnologia da informação. Não se olvide que o cidadão brasileiro passa, em média, 3 (três) horas e 39 (trinta e nove) minutos, por dia, conectado à internet (BRASIL, 2014).

Em se tratando do fim máximo da atividade jurisdicional do Estado, a pacificação também poderá ser alcançada através do uso das práticas auto compositivas, estando totalmente em consonância com os objetivos estatais e de toda a sociedade, representando, portanto, uma prática democraticamente constituída.

O modelo de resolução *online* de conflitos se originou das práticas alternativas de solução de litígios, sendo crucial a valorização do aspecto tecnológico de tais práticas, sob pena de comprometer a efetividade de sua utilização no ciberespaço.

Assim como ocorre nas práticas ADR, os métodos ODR exigem a presença de um terceiro sujeito imparcial, durante o processo no qual se buscará a melhor solução para determinada contenda, seja por acordo ou por decisão imposta desse terceiro imparcial.

No espaço virtual, contudo, a comunicação entre as partes e, entre essas e o sujeito imparcial, pode se dar de forma síncrona ou assíncrona.

Destacam-se como síncronas, as comunicações através de *skype*, *facetime* e videoconferência, enquanto as comunicações por correspondência eletrônica (*e-mail*) e, recentemente, pelo *whatsapp*, são tidas como assíncronas. Em outras palavras, os sistemas de *Online Dispute Resolution* se dividem em dois grandes grupos distintos: a) o representado por ferramentas computacionais, tais como *chats*, *e-mails*, *instant messaging*, *fóruns*, vídeos e chamadas de telefone, videoconferência, as quais contam com a intervenção humana de um terceiro facilitador; b) outro representado por sistemas automatizados (softwares e programas de computador) especializado na resolução objetiva de conflitos, programados com base na experiência multidisciplinar da ciência, valendo-se da matemática, filosofia, direito, inclusive, da inteligência artificial (CARNEIRO, 2014).

6 ONLINE DISPUTE RESOLUTION – ODR

Levando-se em consideração a virtualização das relações sociais, os métodos de resolução consensual de conflitos em ambiente virtual surgiram como alternativa não somente ao processo judicial, mas como instrumento de inclusão social e de participação popular democrática numa sociedade informatizada e massificada.

Durante a realização de conferência nos Estados Unidos, Gaitenby (2004 apud WARTERS, 2015) apresentou a seguinte definição para os métodos de *Online Dispute Resolution*:

Online Dispute Resolution is the application of Alternative Dispute Resolution (ADR) practices and theories with networked information technology to manage conflict. Comprised primarily of mediation, negotiation, or arbitration systems ODR also includes information

management tools for informal conflict management by individuals and organizations.

Partindo da premissa que cada método ODR pode usar diferentes sistemas tecnológicos, é possível destacar quatro sistemas distintos de *Online Dispute Resolution*, dentre as modalidades de plataformas de conciliação virtual: a) o sistema *online* automatizado de reivindicações financeiras, que se vale de algoritmos técnicos de modo a fornecer a melhor solução ao caso; b) o sistema de arbitragem *online*, que pode se apresentar sob duas formas a *binding* (obrigatória ou vinculativa) e a *non binding* (não obrigatória ou não vinculativa); c) o sistema de serviços *online* de *Ombudsman*, os quais consistiram nos serviços prestados por um órgão, instituição ou empresa, no sentido de receber críticas, sugestões e reclamações de usuários e consumidores de eventual produto ou serviço, devendo agir de forma imparcial no sentido de mediar conflitos entre as partes envolvidas; d) o sistema de mediação *online* que se apresenta, em duas espécies, a automatizada (espécie de inteligência artificial) e a assistida (representada por um ser humano).

Qualquer que seja a forma escolhida, as plataformas de *Online Dispute Resolution* melhoram o acesso à justiça para os litigantes, pois são capazes de resolver pequenos litígios, de forma diversa da tradicional, podendo-se afirmar que a vantagem em utilizar a internet está no fato de não existir fronteiras geográficas e políticas, devido à conexão e à proximidade das pessoas no ambiente virtual. (ZANFERDINI, 2015).

Não se pode deixar de consignar, contudo, que a criação dos principais métodos de *Online Dispute Resolution (ODR)* surgiu a partir da necessidade de se solucionar conflitos gerados no próprio ambiente virtual, decorrentes da má utilização da internet por seus usuários, principalmente para se resolver as disputas derivadas do comércio eletrônico.

Tendo derivado da fusão dos métodos de *Alternative Dispute Resolution (ADR)* com a Tecnologia da Comunicação e Informação (TCI), os métodos *ODR* deverão ser promovidos pelos respectivos *sites* provedores de modo que os princípios constitucionais do devido processo legal, boa-fé e da dignidade da pessoa humana sejam respeitados. Dessa forma, a internet tornar-se-á um ambiente seguro e confiável para a realização das práticas consensuais de resolução de conflitos (NASCIMENTO JUNIOR, 2016).

No mais, os métodos de resolução *online* de conflitos poderão envolver práticas conciliativas tais como a negociação, a mediação, a arbitragem e, até mesmo, a combinação dos três procedimentos, os quais serão realizados, inteira ou parcialmente, no ambiente virtual, estando disponibilizados em *sites* específicos, conhecidos tecnicamente como “plataformas ODR”.

Ressalta-se que “as práticas de *Online Dispute Resolution* servirão como importantes ferramentas de inclusão social no âmbito da Sociedade Digital, representando, portanto, uma alternativa moderna e eficaz de distribuição de justiça” (NASCIMENTO JUNIOR, 2016, p. 131).

Basicamente, os sistemas de *Online Dispute Resolution* serão aplicados para resolver as disputas decorrentes de relações virtuais (disputas *online* ou *e-disputes*), assim como poderão solucionar os conflitos tradicionais (gerados *off-line*), nos quais as partes, muitas vezes, se encontram impedidas de resolver diretamente seus conflitos, em razão da distância, da indisponibilidade de tempo, da falta de recursos financeiros, bem como por questões de segurança pessoal.

Por serem considerados parte integrante de um conjunto de ferramentas e técnicas conciliativas, os métodos ODR encontram respaldo tanto na tecnologia, como no Direito, de modo que alguns estudiosos sobre o assunto afirmam que tais métodos contribuirão significativamente para a evolução da lei no ciberespaço, tanto que tais técnicas passaram a ser admitidas durante a realização dos procedimentos conciliativos *off line* (ou presenciais).

Mediation and arbitration in the physical world are considered to be ‘alternative dispute resolution’ (ADR), alternatives to litigation. When used for disputes arising out of online activities, online dispute resolution is not likely to be considered to be an alternative to law since there is normally no litigation option for disputes arising out of online activities (KATSH, 2007, p. 101).

A introdução dos mecanismos de resolução *online* de conflitos no sistema convencional da justiça brasileira se faz necessária para que essas práticas sejam desenvolvidas no Brasil. É imprescindível que tais práticas sejam reconhecidas pelo Poder Judiciário, para que se aumente a confiança da população brasileira em relação à utilização dos métodos ODR, sobretudo, fora das Cortes de Justiça (ZANFERDINI, 2015, p. 73).

The lack of legal framework for the enforcement of the e-resolutions can be a problem, and also if there is a fee for this service, because

this burden of cost may scare consumers so they probably will prefer to seek redress in the traditional way, going to the Courts. ODR, like ADR, should be introduced in the mainstream justice system. A legal framework is very important to develop ODR in Brazil. These legislative instruments would be able to facilitate the trust in e-commerce activities, but we have to preserve the traditional judicial redress.

A procura em massa pelo Poder Judiciário, em crescente evolução, não é contextual. Apresenta-se como um elemento consolidado com o qual se deve necessariamente contar quando se trata de buscar soluções para resolver conflitos de forma célere, justa, eficaz e com baixos custos.

Nessa esteira, acredita-se que a utilização dos métodos ODR, no Brasil, pode ser mais vantajosa do que a utilização das técnicas ADR, devido à informalidade, simplicidade, facilidade de acesso, aproximação das partes geograficamente distantes, dentre outros aspectos, até, porque, além de serem práticas democráticas e inclusivas, a adoção dos métodos ODR possui respaldo dos referenciais éticos e teóricos do constitucionalismo contemporâneo, e, também, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Frise-se, outrossim, que em qualquer dos métodos de conciliação virtual escolhidos, não se fazem necessários encontros presenciais de forma que se eliminam barreiras geográficas, reduzindo-se custos de deslocamentos o que, ademais, contribui para evitar a emissão de CO².

A solução de conflitos pelos métodos ODR é bastante adequada, em especial, para os litígios decorrentes do comércio eletrônico. A criação de um sistema que permita a solução dos conflitos dele decorrentes, é uma extensão lógica da introdução e uso do próprio comércio virtual.

Cumprе salientar que a Lei 12.965/2014 estabeleceu as diretrizes para a regulamentação do uso da internet, indicando e afirmando a existência de novos direitos, tais como o direito à informação, à privacidade, ao estímulo e ao uso de boas práticas na internet, à natureza participativa e à neutralidade da rede, os quais serão essenciais para a propagação e consolidação dos métodos de *Online Dispute Resolution*.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fazer parte do cotidiano da maior parte das pessoas, a internet alterou significativamente seus respectivos modos de vida, bem como suas respectivas relações interpessoais. Com isso, não há mais fronteiras geográficas nas comunicações.

A rede mundial de computadores revolucionou a sociedade contemporânea, contribuindo significativamente para torná-la massificada e integralizada, assim, a utilização de seus próprios recursos para a resolução dos conflitos dela decorrentes, se faz bastante razoável.

A utilização das novas tecnologias da informação possui um caráter universal e massificante das relações sociais, revelando-se, atualmente, como ferramentas essenciais para a comunicação em nível global.

Dessa maneira, é preciso adequar os métodos de solução de conflitos ao contexto de desenvolvimento tecnológico vivenciado, nos dias de hoje, na sociedade pós-moderna ou da informação.

Tendo encontrado diversas dificuldades em se prestar a tutela jurisdicional, o Poder Judiciário tem procurado por alternativas divergentes do processo judicial para resolver a grande quantidade de conflitos levados aos mais diversos Tribunais, especialmente, aqueles gerados a partir da violação dos novos direitos acima mencionado.

A virtualização das relações sociais deu origem a novos conflitos, os quais se tornaram altamente complexos e frequentes, especialmente, por terem sido gerados num contexto em que tanto as pessoas como as empresas se distanciaram muito umas das outras.

Tendo se originado a partir da fusão dos métodos de *Alternative Dispute Resolution* com as novas tecnologias empregadas nas áreas da Informática e da Comunicação Social, as práticas de *Online Dispute Resolution* representam um eficiente e contemporâneo mecanismo de distribuição de justiça, resultam de uma nova interpretação do princípio do acesso à justiça frente a uma sociedade massificada e informatizada.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, as alternativas à jurisdição passaram a ser mais respeitadas pelos profissionais do direito e pela própria sociedade brasileira, tornando-se uma prática efetiva e consolidada no Brasil, não

sendo mais adequado que o estudioso do direito confunda acesso à justiça com o acesso à jurisdição.

Sendo assim, devemos abandonar a cultura da litigiosidade para assumirmos uma cultura conciliativa e pacificadora, deixando a solução judicial como última opção para a resolução dos conflitos gerados na atual sociedade de massa.

Considerando que os meios de comunicação de massa passaram a exercer uma grande influência na sociedade contemporânea, os métodos de *Online Dispute Resolution* surgem como uma vantajosa e eficiente resposta aos principais problemas enfrentados pelo Poder Judiciário quanto à resolução adequada de conflitos.

Destacou-se, também, a importância das redações do artigo 46 do Marco Civil da Mediação e do § 7º do artigo 337, do Novo Código de Processo Civil, pois são dispositivos legais criados especificamente para incentivar e propagar as práticas conciliativas no ambiente virtual, ou, por outro meio de comunicação à distância.

Acreditamos que o futuro dos métodos ODR no Brasil é promissor, pois com o aumento do acesso da população à internet, novos conflitos surgiram, sobretudo, no ambiente virtual, exigindo da sociedade brasileira uma resposta rápida, barata e eficaz.

Em se tratando de novos direitos e novos conflitos gerados a partir de uma sociedade massificada e informatizada, tornou-se, portanto, indispensável o diálogo científico e multidisciplinar para que se obtenha soluções rápidas, modernas e eficientes, tais como a promoção e o desenvolvimento das práticas de *Online Dispute Resolution*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Herivelto de. **Acesso à justiça e mediação coletiva**. 2016. 313 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2016.

ANDRADE, Adriano. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

ANTUNES, Ruy Barbedo. Direitos fundamentais e direitos humanos: a questão relacional. **Revista da Escola de Direito de Pelotas**, Pelotas v. 6, p. 334, jan./dez. 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo:

Malheiros, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República. **Pesquisa brasileira de mídia 2015**: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Brasília: Secom, 2014. 153 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 168 p.

CARNEIRO, Davide; NOVAIS, Paulo; ANDRADE, Francisco; ZELEZNIKOW, John; NEVES, José. Online dispute resolution: an artificial intelligence perspective. **Artificial intelligence review**, Cidade, v. 41, n. 2, p. 211-240, 2014.

INTERNET users by country (2016). Disponível em: <<http://www.internetlivestats.com/internet-users-by-country/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1-5.

KATSH, Ethan. Online dispute resolution: some implications for the emergence of law in cyberspace. **International Review of Law, Computers & Technology**, Cidade, v. 21, n. 2, p. 97-107, jul. 2007.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais, estado social, sociedade inclusiva. In: AVANÇOS e desafios na construção de uma sociedade inclusiva. Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva; PUC - MG, 2008. p. 22-34.

NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas. **Resolução alternativa de conflitos em ambiente virtual como meio de efetivação da cidadania**. 1984. 148 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2016.

QUERINO, Ana Célia; SILVA, Juvêncio Borges; TAVARES NETO, José Querino. A era informacional instituída pela sociedade global: uma forma de exclusão ou

promoção da cidadania na contemporaneidade? In: SILVA, Juvêncio Borges; LEHFELD, Lucas de Souza. **Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 259.

RANGEL, Paulo Castro. A reforma do mapa judiciário no contexto da política de justiça. In: ASSOCIAÇÃO JURÍDICA DO PORTO. **Novas exigências do processo civil**: organização, celeridade e eficácia. Coimbra: Coimbra, 2007.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **O processo civil coletivo e sua efetividade**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. Reconhecimento da escala mundial da rede como fundamento do marco civil da internet. In: MARCO Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHNEIDER, Caroline. Decisões judiciais e a insegurança jurídica. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de (Org.). **Acesso à justiça e concretização de direitos**. Birigui; São Paulo: Boreal, 2014. p.1-26.

SILVA, Rosane; OLIVEIRA, Gislaine Ferreira de. A universalização do acesso à internet como novo direito fundamental: das políticas de inclusão à educação digital. In: ROVER, Aires José; CELLA, José Renato Graziero; AYUDA, Fernando Galindo. (Org.). **Direitos fundamentais e democracia I**: a humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI. Florianópolis: Funjab, 2014. p. 228-253. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b31595206d7115e>>. Acesso em: 25 maio 2017.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 237-253, ago. 2012a. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da justiça. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [S.l.], v. 5, n. 1, mar. 2012b. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/158>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli ; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Online dispute resolution in Brazil: are we ready for this cultural turn? **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, ano 20, n. 24, p. 68-80, jan./dez. 2015. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/589>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

WARTERS, Bill. **ODR - what is It?** Disponível em: <http://www.campus-adr.net/ODRmodule/odr__what_is_it.html>. Acesso em: 29 maio 2017.