



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 5**

**V CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020  
ISBN 978-65-89537-05-2

# V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

## ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA  
JÓNATAS MACHADO  
CARLA DE MARCELINO GOMES  
CATARINA GOMES  
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES  
LEOPOLDO ROCHA SOARES  
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO V  
CIDHCoimbra 2020  
VOLUME 5**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**1ª edição**

**Campinas /Jundiaí - SP - Brasil  
Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra  
2021**

© Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra - 2021

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes  
Capa e editoração: João J. F. Aguiar  
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo  
Revisão Geral: Comissão Organizadora do V CIDHCoimbra 2020

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins.

Conselho Editorial Editora Fibra: Dra. Maria Cristiani Gonçalves Silva (INPPDH), Dr. Francisco Evangelista (UNISAL), Ms. Jean Camoleze (CEDEM-Unesp-Casa do Povo), Dr. Jorge Alves de Oliveria (SEE-SP), Dr. Sidnei Ferreira de Vares (UNIFAI), Dr. Thiago Rodrigues (UNIFAI), Ms. Guilherme de Almeida (INPPDH), Dra. Daniela Ferreira (OBVIE-UP-Portugal), Dra. Louise Lima (OBVIE-UP-Portugal), Dr. Emerson Vicente da Cruz (UB/OAC-Barcelona-Espanha).

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9610 de 19/02/1998. Todas as informações contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

As figuras deste livro foram produzidas pelos autores, sendo exclusivamente responsáveis por elas. A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto.

Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato

Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo das mesmas com a obra.

A editora, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que o uso das mesmas resultará no esperado pelo leitor. Caso seja(m) necessária(s), as editoras disponibilizarão errata(s) em seus sites.

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do V CIDHCoimbra 2020 - Volume 5 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra, 2021.

466 p. Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-89537-05-2 / 978-65-86051-33-9

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica  
contato@edicoesbrasil.com.br / contato@editorafibra.com.br  
contato@edbrasilica.com.br

**V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar**

13 a 15 de Outubro de 2020 – Coimbra/Portugal

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**VOLUME 5 - Composição dos Simpósios:**

<b>Simpósio n.º. 23</b>
CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS <b>Coordenadores:</b> Izabele Guidoti Kasecker e Guilherme de Toledo Góes
<b>Simpósio n.º. 25</b>
EFETIVA APLICAÇÃO DAS <i>REGRAS DE BANGKOK</i> NO PROCESSO PENAL <b>Coordenadores:</b> Daniel Pacheco Pontes e Alexandre Sanches Cunha
<b>Simpósio n.º. 26</b>
ACESSO A JUSTIÇA PELA VIA DOS DIREITOS HUMANOS <b>Coordenadores:</b> Adriana Goulart Sena Orsini e Dorinethe dos Santos Bentes
<b>Simpósio n.º. 28</b>
RESOLUÇÕES ADEQUADAS DE LITÍGIOS. MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, ARBITRAGEM E NEGOCIAÇÃO <b>Coordenadores:</b> Alessandra Balestieri e Daniel Blume Pereira de Almeida
<b>Simpósio n.º. 30</b>
MEDIAÇÃO COMO MECANISMO E GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA <b>Coordenadores:</b> Guilherme Bertipaglia Leite da Silva e Hildebrando da Costa Marques

**ISBN: 978-65-89537-05-2**

**COMISSÃO CIENTÍFICA DO V CIDHCOIMBRA 2020:**

**Membros Titulares:**

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Mestre César Augusto Ribeiro Nunes; e Mestre Leopoldo Rocha Soares.

**Membros Convidados:**

Prof. Doutor César Aparecido Nunes; Prof. Doutor Rafael Mário Iorio Filho; Profa. Dra. Alessandra Benedito; Profa. Dra. Aparecida Luzia Alzira Zuin; Prof. Mestre Alexandre Sanches Cunha; Profa. Mestre Orquídea Massarongo-Jona.

## SUMÁRIO

Apresentação .....	10
La Dogmática del Derecho Penal Mínimo Frente a la Flexibilización de los Procedimientos Penales.....	12
Marina Oliveira Teixeira dos Santos	
Juiz das Garantias: a busca pela efetivação do sistema acusatório .....	25
Thiago Henrique Trentini Penna	
Auxílio Judiciário Mútuo Para Fins de Investigação Criminal no Ordenamento Jurídico Português: uma análise à luz do direito a um processo equitativo.....	37
Fernanda Silveira Costa	
Presunção de Inocência: da consagração à sua deturpação por meio de um processo penal do espetáculo.....	49
Nathaly Veloso Lehnen	
A Decrição Coativa de Smartphones e a Violação de Direitos Humanos de Arguidos.....	63
Bárbara da Rosa Lazarotto	
Neurociência e Direito Penal: a criação de um neurodeterminismo, seus reflexos na culpabilidade e a psicopatia como um exemplo prático.....	72
Amanda Francisca do Nascimento Carres	
Justiça Restaurativa e Direitos Humanos em Matéria Penal.....	86
Alexander Haering Gonçalves Teixeira	
A Influência de Precedentes de Cortes Internacionais nas Decisões do Supremo Tribunal Federal: análise do HC 152.752 e da ADPF N. 347-DF.....	94
Janaina Braga Norte	
Regra de Bangkok n. 62, uma Utopia Necessária: Breve Estudo Sobre a Aplicabilidade e os Desafios da Realidade Brasileira.....	108
Mariana Macedo dos Santos e Mozart Gomes Morais	
Regras de Bangkok e Encarceramento Feminino .....	117
Rúbia Cristina Rosa	
A Influência das Regras de Bangkok na Jurisprudência Brasileira.....	126
Maria Carolina Ramos e Marco Antônio de Souza Machado	

A Jurisdição Administrativa Como uma das Soluções à Morosidade do Poder Judiciário na Entrega da Prestação Jurisdicional: os exemplos dos tribunais de contas e do CARF .....	136
Marcelo Paar Santiago	
El Valor Jurídico de los Dictámenes de Órganos Internacionales de Naturaleza no Jurisdiccional en Materia de Derechos Humanos .....	150
Juan Bautista Cartes Rodríguez	
A Justiça Restaurativa Como Via de Efetivação do Acesso à Justiça no Brasil: as práticas restaurativas e a proteção dos Direitos Humanos .....	157
Newton Teixeira Carvalho e Wilson de Freitas Monteiro	
Fato do Príncipe e Danos Indiretos Causados por atos Ditatoriais: o caso dos ex-colaboradores da Panair do Brasil .....	169
Valéria Reis Gravino	
A Efetividade do Acesso à Justiça do Trabalho por Meio da Itinerância nos Interiores do Amazonas-Brasil e Realidade das Barreiras Socioambientais e Geográficas ... ..	179
Igo Zany Nunes Corrêa	
Os Obstáculos do Acesso à Justiça para Tutela do Patrimônio Público nas Ações Propostas Pelo MP/AM .....	193
Inna Carolina F. P. B. Nascimento	
A Administração da Justiça Como Mecanismo Para Efetivação de Direitos .....	203
Ana Carla Werneck	
Mediação Coletiva na Amazônia: usina hidrelétrica do Rio Madeira e projeto de assentamento Joana D'arc .....	214
Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza	
A Intercorrência dos Conflitos de Valor em Negociações e Mediações .....	229
Diego El-Jaick Rapozo	
A Mediação Como Mecanismo de Acesso à Justiça Para a Pessoa na Condição de Idosa .....	239
Nivea Corcino Locatelli Braga	
Resoluções Alternativas de Litígios nas Controvérsias Internacionais .....	247
Bruno Anderson Lima Costa e Tayssa Simone de Paiva Mohana Pinheiro	
Análise Comparativa dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos entre Estados Unidos e Brasil .....	260
Carla Maria Alcofra Tocantins e Bernardo Gicquel	

Validade Extraterritorial do Acordo de Mediação de Conflitos Realizado em Câmara Privada.....	269
Ana Cristina Freire Lima e Edivaldo Alvarenga Pereira	
A Contribuição do Ensino de Negociação e Mediação de Conflitos no Direito para um Novo Tempo de Paz.....	281
Adriana Goulart de Sena Orsini e Ronan Ramos de Oliveira Júnior	
Soluções Mediadas de Conflitos Ambientais.....	292
Cláudia Amaral Lima	
Dos Sujeitos Intervenientes nos Métodos Alternativos e Mais Adequados de Resolução de Conflitos: da participação do advogado como importante ator para a conciliação.....	304
Marina Cavalli Ribeiro da Silva	
O Estado Democrático de Direito e as Resoluções Adequadas de Litígios Como Métodos Aptos ao Maior Preenchimento do Vetor de Pacificação Social.....	314
Baldomero Cortada de Oliveira Bello	
Arbitragem de Consumo no Direito Português: limites e possibilidades para o Brasil.....	323
Luiza de Almeida Pereira Macedo	
Negociação por Valores - Resolução Estratégica de Conflitos em Momentos de Crise .....	335
Dulce Maria Martins do Nascimento	
Los Derechos Humanos y la Administración Pública Negocial.....	349
Renata Fabiana Santos Silva	
Implementação da Mediação Escolar.....	358
André Luiz Miranda de Abreu e Lorraine Queiroz Nogueira	
Arbitragem Tributária no Direito Brasileiro .....	370
Ivânia Cristina Camin Chagas Modesto	
Acesso à Justiça e Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos Online: um estudo do cenário pandêmico.....	382
Oswaldo Caetano Neto e Ana Paula Dantas de Moraes	
A Arbitragem como Direito Fundamental do Ser Humano .....	391
Fabrizio Bon Vecchio e Fernanda Ulysséa Pereira	
Em Qual Momento o Requerimento de Procedimento de Mediação Suspende o Direito de Ação? .....	400



Alessandra Balestieri

As Vertentes do Acesso à Justiça no Ordenamento Jurídico Brasileiro à Luz da Mediação .....408

Manuella Maria Varejão Costa

A Mediação Como Elemento do Acesso a Justiça no Sistema Jurídico Global: uma reflexão dos conflitos da pandemia da covid-19 a luz dos Direitos Humanos .....419

Fernando Alves de Sousa

A Mediação no Âmbito Judicial Como Forma de Solução e Pacificação de Conflito na Alienação Parental .....432

Maria do Rosario Arruda de Oliveira

A Preservação dos Direitos Fundamentais e a Facilitação do Acesso à Justiça Através dos Meios Adequados de Resolução de Conflito.....444

Aldo Aranha de Castro

Mediação no Âmbito do Divórcio Administrativo Amigável: análise comparativa dos sistemas jurídicos português e brasileiro.....455

Carolinna Nunes de Lima

## APRESENTAÇÃO

Os Anais de Artigos Completos do *V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra (V CIDHCoimbra 2020)* correspondem à publicação mais destacada deste evento internacional, realizado em sua última edição entre os dias 13 e 15 de outubro de 2020, no auditório da Reitoria da Universidade de Coimbra – UC. Reúnem-se nestes 09 volumes que apresentamos à comunidade acadêmica o total de 339 artigos científicos, todos eles elaborados e apresentados pelos/as participantes inscritos/as no evento e que cumpriram, exitosamente, um rigoroso processo de seleção dos seus respectivos resumos. Todos os volumes desta publicação compreendem os 46 Simpósios sobre Direitos Humanos que se realizaram, pela primeira vez na trajetória do Congresso, de forma remota por intermédio de uma plataforma de videoconferência. A realização dos Simpósios *Online*, por sua vez, se deu em razão das exigências mundiais que se criaram após a declaração de Pandemia de COVID-19 pela Organização Mundial da Saúde - OMS, em especial a necessidade de isolamento social e de adoção de medidas de restrições para deslocamento de pessoas com propósito de evitarmos a disseminação de um vírus letal e massivo.

A atual crise mundial causada pela pandemia de COVID-19 colocou em evidência maior o tema dos Direitos Humanos e, particularmente, a urgência de aprofundarmos o debate e a pesquisa acerca da insuficiente efetivação desses direitos em todo o globo. Tornou mais evidente, ainda, a fragilidade do humano e o insucesso dos atuais modelos produtivos de exploração dos recursos naturais da Terra. Enquanto alguns grupos podem aproveitar de uma certa segurança, alcançada por privilégios que possuem em razão de adquirirem determinados bens ou por acessarem determinadas políticas, outros contingentes de pessoas são submetidos a degradantes condições de vida, sem acesso a recursos mínimos para sua sobrevivência.

A partir da leitura dos diferentes trabalhos agregados a esta publicação, temos clareza de que nos diversos países do globo foram decretadas diferentes quarentenas e, conseqüentemente, alcançados diferentes resultados. Isto se deve ao fato de permanecer vital para os países em questão o desafio de superarem as desigualdades sociais e econômicas que continuam presentes, bem como os remanescentes efeitos históricos de discriminação que atingem grupos e pessoas em razão da sua raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, etc. Pelo ritmo acelerado de destruição da natureza, pela escandalosa concentração de

riqueza, pela extrema desigualdade social e pelo desprezo pela condição humana, a realidade evidenciada pela pandemia de COVID-19 exigiu de toda a comunidade global dispense esforços para evitar uma maior catástrofe humanitária e ambiental.

Diante deste cenário, a realização do V CIDHCoimbra 2020 marcou uma posição consciente e coletiva de entidades, pesquisadores, estudantes e profissionais com atuação no campo dos Direitos Humanos que se comprometem as ações de garantia desses direitos, ainda que em contextos sociais, econômicos, culturais e políticos diferentes. Em outras palavras, os destacados artigos reunidos nesta publicação serão para sempre reconhecidos como um marco importante para a história do Congresso, uma vez que reúnem textos propositivos e críticos acerca do atual momento da pandemia de COVID-19, em especial os seus efeitos para o tema dos Direitos Humanos.

Por fim, nosso registro especial de agradecimento as equipes de trabalho que formam as entidades realizadoras do Congresso de Portugal e do Brasil, respectivamente o *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC/ Centro de Direitos Humanos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos – INPPDH, sediado na cidade de Campinas-SP. Além desses colaboradores, a Comissão Organizadora do Congresso exalta o trabalho comprometido e dedicado dos/as pesquisadores/as que atuaram como Coordenadores dos inúmeros Simpósios oferecidos neste ano de 2020 e que, para nossa realização, formaram a maior edição do Congresso, mesmo com todos os desafios impostos pela pandemia global. Da mesma forma, os nossos agradecimentos a todos/as os/as participantes que prestigiaram e que contribuíram com sua atuação para que o Congresso alcançasse ainda mais destaque internacional. Esperamos que essa publicação possa servir de fonte e inspiração para novas e qualificadas pesquisas sobre Direitos Humanos.

Comissão Organizadora  
V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão  
transdisciplinar

# LA DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL MÍNIMO FRENTE A LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

**Marina Oliveira Teixeira dos Santos**

Doutoranda | Universidade de Salamanca. Mestre em ciências jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogada

## **Resumen:**

El Derecho Penal tiene como característica innata su subsidiariedad dado que es una herramienta con capacidad de generar graves violaciones en el núcleo más básico de derechos fundamentales de la persona humana. Con base en el principio de *ultima ratio* y en el de preferencias por reacciones no punitivas, el trabajo investigará el ascenso de la punibilidad en el seno de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, con base en los ejemplos de Brasil, que ha incorporado en su práctica jurídica el uso de la colaboración premiada, y de España, que hasta el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la STS 116/2017, adoptaba indiscriminadamente el principio de no indagación como medio para facilitar el uso de pruebas hechas en el extranjero, en el marco de investigaciones transfronterizas.

**Palabras Clave:** Dogmática penal; Derecho Penal mínimo; Derechos fundamentales; flexibilización de los procedimientos penales.

## **Una breve introducción al trabajo**

Este trabajo busca entender cómo, a partir de los fundamentos del Derecho penal, esenciales para la garantía de los derechos humanos, son tratados por la legislación y jurisprudencia dos institutos relacionados a la producción probatoria en Brasil y en España, respectivamente, la colaboración premiada y el principio de no indagación respecto a la utilización de pruebas producidas en el extranjero. Asegurar la existencia de un Derecho penal compatible con sus fundamentos, de *ultima ratio* y cuya aplicación respete el principio de subsidiariedad es esencial para el respecto de los derechos humanos. Solamente de esa manera no habrá penas más duras que lo necesario y se respetará la libertad de las personas.

Lo que se ve en la realidad, sin embargo y en las últimas décadas, es un

uso prioritario del Derecho penal, en especial en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. Por consiguiente, este trabajo estudiará esos dos institutos relacionados a la producción probatoria y al uso de la prueba en el proceso penal, según la visión de la ley y de la jurisprudencia en ambos países, con la finalidad de saber si ha sido una utilización congruente con los fundamentos del Derecho penal.

## **Fundamentos del Derecho penal: la *ultima ratio*, el principio de preferencia por reacciones no punitivas y las finalidades del ordenamiento jurídico penal**

Es desde el siglo XVIII que Beccaria propuso la idea de que el Derecho penal es una atrocidad en sí mismo por la posibilidad de aplicación de penas y la estigmatización del agente ya desde el comienzo de un proceso penal, haciéndose necesaria la existencia de un propósito útil para la sociedad para la aplicación de una pena. De tal manera que, aplicada una pena proporcionalmente a la conducta, y lo más mínima que pueda conforme las circunstancias, pueda ejercer impresión duradora sobre la sociedad para que los demás no incurran en el mismo hecho delictuoso y tal impresión menos tormentosa en el condenado para que él mismo no cometa nuevos daños a la sociedad<sup>1</sup>.

Dos siglos después, la visión sostenida por Beccaria persiste con Roxin, que defiende la *ultima ratio* de la tutela penal al proponer que el principio de subsidiariedad sea siempre levado en consideración como punto de partida antes de cualquier proceso legislativo en el campo penal. De manera que el Derecho penal solo interactúe cuando sea esencial para el restablecimiento de la paz social y la prevención de nuevos delitos<sup>2</sup>.

Conjuntamente a la noción de Derecho penal mínimo se encuentra la de la pena criminal de *ultima ratio*. De tal manera que, como consecuencia de la necesidad y subsidiariedad de la intervención penal, Jorge Figueiredo Dias señala el principio de preferencia por reacciones no punitivas como motor esencial de una política criminal a ser adoptada en un Estado Democrático y de Derecho<sup>3</sup>. Las exigencias de este principio serían la preferencia por la no aplicación de penas de arresto, cuando otras sean suficientes en concreto, la obligación al legislador de que se expandan las alternativas a la prisión, que las propias medidas de seguridad sean de aplicación exclusiva cuando las penas alternativas sean inadecuadas o insuficientes a la prevención y, para terminar, que la ejecución de las penas de arresto y de las medidas de detención solo ocurra cuando haya una vinculación con la socialización del agente<sup>4</sup>.

Es más, con relación a la garantía de un Derecho penal mínimo hay que subrayar la necesidad de compaginar las ideas relativas a un derecho sustanti-

1 BECCARIA, 2013, p.83.

2 ROXIN, 1989, p.5-9.

3 DIAS, 2013, p. 73.

4 DIAS, 2013, p.74-75.

vo mínimo con un proceso penal que mantenga la misma línea de raciocinio. Es decir, no se puede buscar mantener un derecho penal sustantivo mínimo sin que se garantice un proceso que siga las mismas líneas. De esta manera, la definición teórica de las finalidades del proceso penal por la doctrina portuguesa contemporánea es de relevancia. Definen que el derecho procesal penal tiene como finalidades (i) la realización de la justicia y la descubierta de la verdad material, (ii) la protección de los derechos fundamentales de las personas ante el Estado; y (iii) el restablecimiento de la paz jurídica puesta en causa con la práctica del crimen<sup>5</sup>. De manera que a partir de la armonización de estas tres finalidades se pueda llegar a un Derecho procesal penal con el máximo de contenido posible, optimizando las ganancias y minimizando las posibles pérdidas axiológicas y funcionales<sup>6</sup>.

Aún que en una visión muy limitada y encortada debido a los límites materiales de la investigación, este sigue siendo el panorama que conforma el actual Derecho penal, que, por lo menos en el mundo del deber ser, debe de ser llevado en consideración por los legisladores en el momento de la creación de tipos penales y instrumentos procesales y por los juristas en su interpretación de la norma y creación del cuerpo jurisprudencial vigente en determinado Estado.

## **La búsqueda por eficiencia en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada**

La realidad de muchos países cuyo Derecho penal tiene su origen en Europa continental, sin embargo, es distinta del marco presentado anteriormente. En especial tras la década de 90 del siglo XX y con el comienzo del siglo XXI, la crisis del Derecho penal, anteriormente sobre la incapacidad de gerenciamiento de la Administración de la Justicia que generó una ola de reformas en el sentido de la simplificación y búsqueda de alternativas al proceso penal, pasa a girar torno a la gran criminalidad organizada y transnacional. De tal manera que se recurren a mecanismos procesales que buscan facilitar la investigación y la persecución penal de los casos de criminalidad organizada<sup>7</sup>. En ese sentido, la investigación se basará en dos ejemplos, uno brasileño y otro español, de mecanismos procesales y entendimientos jurisprudenciales que buscan facilitar el proceso penal con el objetivo de obtener mayor eficacia en la punibilidad: la colaboración premiada en Brasil, según lo previsto en la Ley n°12.850/2013 y el desarrollo del principio de no indagación respecto a pruebas practicadas en el extranjero en España. Debido al propósito de la presente investigación, no será realizado un estudio exhaustivo sobre ambos institutos procesales, sino una interpretación según la hipótesis inicialmente levantada en el trabajo. Es decir, sobre el objetivo práctico de aumentar la

5 P. ej.: ANTUNES, 2016, p.14-15.

6 DIAS, 1987, p.13; DIAS, 1983, p.206.

7 En ese sentido conferir: SCHÜNEMANN, 2005, p.42; GARCÍA, 1997, p.41; y ARMEN-  
TA DEU, 2013, p.4.

eficacia del Derecho penal vs. las características básicas teóricas de ese mismo Derecho penal.

## **El caso brasileño: la colaboración premiada**

La colaboración premiada es un procedimiento previsto en la legislación brasileña desde el 2013 y que con el tiempo fue sufriendo expansiones debido a su amplia utilización en la práctica en casos mediáticos como la “Operação Lava Jato”. Es clasificada legalmente como un medio de obtención de prueba y un negocio jurídico procesal, según el art. 3º-A de la Ley nº12.850/2013. Y, aunque no quepa en la presente investigación un estudio más detallado de su procedimiento, es importante señalar que es un medio escrito y formal por lo cual un investigado (o ya encausado) puede realizar un acuerdo con el Ministerio Público y/o la policía en torno de la colaboración con la justicia, por medio de la concesión de pruebas, identificación de demás autores o de la estructura jerárquica de la organización criminal etc. (conforme art. 4º de la Ley nº12.850/2013), en cambio de uno o más beneficios previstos legalmente, como la concesión del perdón judicial, la disminución de la pena privativa de libertad o hasta el no ofrecimiento de denuncia por parte del Ministerio Público en algunos casos concretos listados en el §4 de este mismo artículo 4.

Lo que sí importa a la presente investigación es que el amplio uso dado a la colaboración premiada en Brasil supuso un abuso para los fundamentos del Derecho penal, por un lado, y, por otro, una falta de respeto a los propios mandamientos legales de la Ley nº12.850/2013. En ese sentido, aún en el 2017 Canotilho y Brandão señalaban, en un análisis de los acuerdos efectuados en el ámbito de la “Operação Lava Jato” la concesión de ventajas sin base legal a los colaboradores, como, por ejemplo, la reducción de la pena de multa, la extensión de los efectos de la ejecución de la pena al permitir su comienzo con la firma del acuerdo de colaboración premiada y la determinación en el acuerdo de los marcos para la progresión del régimen de cumplimiento de la pena de cárcel<sup>8</sup>. Otra ocurrencia muy común en la practica de la colaboración premiada era la amplia divulgación de los casos que involucraban colaboraciones por los medios de comunicación. En especial durante la “Operação Lava Jato”, durante la que, desde el 2014, los medios de comunicación y la población estuvieron muy presentes en las discusiones: los acuerdos de colaboración premiada, que deberían ser tratados en carácter de estricta confidencialidad entre el Ministerio Público, el colaborador y su defensor y, eventualmente, la policía, eran ampliamente difundidos, así como las deposiciones escritas y orales de muchos de los colaboradores<sup>9</sup>.

Con la reforma del 2019 a partir del “Pacote Anticrime” esas cuestiones, así como otras, han sido “resueltas” en el plano de la legalidad. En el artículo 4º, §7º fue añadido el inciso II que estipula la necesaria adecuación de los be-

8 CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p.157ss.

9 TERRA; CALDEIRA, 2016.

neficios acordados a los previstos en la propia Ley, mientras en el art. 7º, §3 se determinó la privacidad del acuerdo de colaboración premiada y de las deposiciones del colaborador hasta la recepción de la denuncia o queja, siendo prohibida la determinación de su publicidad por el juez.

Sin embargo, otras cuestiones relacionadas al núcleo de la colaboración premiada siguen y seguirán poniendo en riesgo los mandamientos del Derecho penal. El hecho de que la colaboración permita la reducción de la pena de cárcel, pero mantenga su imposición, puede ser vista como una falta de respeto, por ejemplo, al principio de preferencia por reacciones no punitivas. Otra cuestión más relevante, es que la posibilidad de no ofrecimiento de denuncia, aunque presentes los requisitos, pueda privar el investigado de un debido proceso legal o provocar una desigualdad entre distintos investigados, ya que el criterio de selección respecto quienes serán acusados o no, independientemente de las pruebas existentes, estará en manos del Ministerio Público según su evaluación particular de la colaboración prestada.

Son muchas otras las particularidades respecto a la colaboración premiada que pueden ser señaladas, dignas de un espacio propio. Sin embargo, lo que importa al presente trabajo es la motivación del uso de un medio procesal que facilita la persecución penal en el ámbito de la criminalidad organizada por medio de acuerdos que son verdaderas negociaciones entre un investigado y el miembro del Ministerio Público que, al final de un proceso y de la verificación de la eficacia de la colaboración, permiten su condena y la aplicación de una pena privativa de libertad (aunque reducida según el acuerdo inicial). Es un instrumento de naturaleza negocial, que se basa en la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal para la persecución penal y con fines a la aplicación de una pena de prisión. Justificado por la necesidad de persecución de casos de criminalidad muy graves, cuya complejidad hace necesaria la colaboración de uno o más de los sujetos involucrados para la producción probatoria.

## **El caso español y el principio de la no indagación**

El nivel de cooperación internacional de la Unión Europea configura una situación especial dado la profundidad de los lazos existentes entre los Estados miembros y de la confianza existente, resultado de una evolución cooperativa que ha ido fortaleciendo poco a poco la fuerza de la Unión Europea como institución supraestatal. El espacio europeo, en términos de cooperación jurídica penal, es fuerte lo suficiente como para admitir el principio del reconocimiento mutuo, la armonización y la existencia de estructuras policiales y judiciales europeas<sup>10</sup>. Sin embargo, como será mejor estudiado a partir del caso de las listas *Falciani*, ni siquiera este nivel de cooperación y armonización es capaz de superar – ni debe de hacerlo - el respecto a los principios fundamentales y constitucionales de un Estado soberano.

---

10 RODRIGUES, 2008, p.69.



De tal manera, cuando se indaga sobre el uso de las pruebas internacionales en el ámbito español, la primera pregunta es cuál es el origen de dicha prueba. Si la prueba necesaria para una investigación penal de carácter transfronterizo, o sea, aquel proceso penal que “se está desarrollando en un Estado pero es precisa, para su avance, la realización de alguna diligencia de investigación en otro”<sup>11</sup>, viene de un Estado-miembro de la Unión Europea, el procedimiento será facilitado por el principio de confianza mutua, de reconocimiento mutuo y por los acuerdos y directivas en vigor. Sin embargo, si esta prueba es obtenida en un Estado ajeno al espacio europeo el procedimiento a ser seguido dependerá de los acuerdos y tratados internacionales, ya sean bilaterales o multilaterales existentes entre España y ese tercero país.

Y en el nivel de cooperación internacional fuera de los espacios comunitarios como el de la Unión Europea, los Tratados e Acuerdos internacionales son claros respecto a la conformidad de cada propuesta de armonización con los ordenamientos jurídicos internacionales. Dado que, no obstante la preocupación por los organismos internacionales en dar una respuesta común a la delincuencia organizada, en especial las que toman forma de corrupción, terrorismo y tráfico de estupefacientes, los instrumentos y acuerdos firmados por los Estados participantes siempre dejan claro la posibilidad de adecuación del propuesto a las reglas internas de cada país.

Así, cuando hablamos sobre el uso de una prueba o de la obtención de una prueba en un país ajeno a la UE, como alguno de los países de Iberoamérica, por ejemplo, el escenario cambia. Esto porque, aunque tratemos de países con orígenes penales muy similares, con base en el modelo europeo continental de legalidad y oficialidad, cada uno de esos países poseen particularidades en el ordenamiento jurídico penal que dificultan esas articulaciones. Brasil, por ejemplo, con la evolución que sufrió en las últimas dos décadas en el escenario de lucha contra la delincuencia organizada, posee instrumentos de carácter procesales penales que modifican el proceso penal y traen el principio de oportunidad a su seno permitiendo verdaderas negociaciones dentro del marco del proceso a partir de las colaboraciones premiadas. De tal manera que eventual uso de la prueba producida en ese Estado con el objetivo de incoar una acción penal en España o instruir un proceso penal al que ya se haya dado inicio, será problemático respecto a la conformidad con los principios fundamentales del derecho español.

De cualquier modo, en España es muy limitado el ámbito internacional sobre la obtención de pruebas y apoyo en investigaciones transfronterizas. Fernando Gázon nos enseña que los textos aprobados en el seno de las Naciones Unidas poseen una aplicación muy restricta en la práctica y que, por lo tanto, las regulaciones básicas son las tres siguientes, todas de origen en el ámbito de la UE: el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959, el Convenio Europeo sobre transmisión de procedimientos en materia

---

11 GÁZCON INCHAUSTI, 2019, p.32.

penal de 1972 y el convenio Europeo relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión de 2000. Esos tres instrumentos, aunque no regulen específicamente la eficacia de las investigaciones transfronterizas, determinan elementos bases para la misma

a través de la combinación entre *lex loci* y *lex fori*: la cooperación se desarrollará por defecto conforme a la legislación nacional del Estado requerido (esto es, la *lex loci*), aunque la autoridad requirente podrá solicitar que se respeten ciertas provisiones o especialidades de su legislación interna (*lex fori*), a lo que habrá de acceder la autoridad requerida salvo que las considere incompatibles con su propio ordenamiento<sup>12</sup>.

Además, al pensar en cooperación jurídica internacional para la investigación y la producción probatoria también tener en consideración la legislación nacional. En España, no obstante la ausencia de regulaciones específicas el ámbito de la ley penal, la Ley Ordinaria del Poder Judicial (LOPJ) establece en el art. 278.1. 4º que la cooperación podrá ser denegada “cuando el objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público”. Dentro de tal noción, Fernando Gáscon apunta que entraría, por lo tanto, la infracción a garantías fundamentales como argumento para denegación de la cooperación<sup>13</sup>. Esta noción parece ser confirmada por el art. 27 de la Ley 16/2015, de 7 de julio, la que regula el estatuto de España como miembro nacional en el Eurojust, dispositivo que determina que “se considerarán validos en España los actos de instrucción realizados por el Estado que remite el procedimiento, siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español” y en caso de delitos no perseguibles en España, serán considerados validos “si la persona que tiene derecho a formular la acción penal expresamente acepta la investigación realizada, al tiempo que interpone la correspondiente querrela”. Además, complementa este entendimiento el art. 7.4 de la Ley 31/2010, de 27 de julio, que determina que se podrá utilizar como prueba la información o la inteligencia obtenida de los servicios de seguridad de otro Estado miembro desde que este exprese su consentimiento o ya lo haya prestado en el momento de transmisión de dicha inteligencia.

Respeto a la jurisprudencia española, es necesario apuntar una evolución en el posicionamiento del Tribunal Supremo que pasa a llegar a una consagración practica del principio de no indagación a, más recientemente, un cambio que abre espacio a las garantías y derechos fundamentales, así como a los principios fundamentales del propio ordenamiento jurídico español a partir de la STS 116/2017. Vale resaltar, entretanto, que esa conclusión hace referencia a la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo español y siempre con relación a la cooperación entre Estados miembros de la UE. De tal ma-

12 GÁSCON INCHAUSTI, 2019, p.34.

13 GÁSCON INCHAUSTI, 2019, p.34.

nera que no trataríamos en este trabajo, por el vacío jurisprudencial actual del uso de la prueba transfronteriza a partir de la cooperación con Estados ajenos al espacio europeo.

Anteriormente a la sentencia STS 116/2017 sobre las listas *Falciani* la posición del Tribunal Supremo era marcante en el sentido de que los tribunales españoles no tendrían la responsabilidad de custodiar la legalidad de actuaciones efectuadas en terceros países miembros de la Unión Europea, de que no sería ni exigible a los funcionarios de dichos países la aplicación de la legislación nacional española mientras actuasen en su propio territorio y aún menos que actuasen según la interpretación jurisprudencial hecha por el propio Tribunal Supremo<sup>14</sup>. Encima, según las reflexiones sobre la evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, hechas por Fernando Gázon, en sus decisiones se mantenía el principio de no indagación hasta en casos de diligencias de investigación hechas fuera del marco de un proceso penal abierto (por pedido de autoridades extranjeras en conformidad a acuerdos internacionales) en España; caso en el que, aunque no haya prueba transfronteriza, si hay una motivación y legitimidad ajena al Estado español, que podría contaminar la prueba obtenida e impedir la incoación de acciones penales – hecho al que contesta el Tribunal Supremo afirmando la aplicación del principio de no indagación. Es decir, que no hay por qué indagar la motivación y legitimidad del Estado miembro de la Unión Europea al producir dicha prueba y que la prueba obtenida sí podría ser utilizada en el marco del derecho español posteriormente<sup>15</sup>.

Por lo tanto, es solo con la STS 116 en el 2017, sobre las listas *Falciani*, que el Tribunal Supremo rompe con su propia doctrina al proponer que “el principio de no indagación no puede convertirse en la pieza maestra con la que resolver las dudas de ilicitud cuando los documentos bancarios ofrecidos por las autoridades policiales de un Estado extranjero han podido obtenerse con vulneración de algún derecho fundamental”. Y lo complementan al exponer que, aunque no cabe al juez nacional “verificar un proceso de validación de la prueba practicada conforme a normas procesales extranjeras”, sí tiene el deber de actuar frente a “flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales” en conformidad a los valores constitucionales<sup>16</sup>.

En ese juicio el Tribunal Supremo se deparó con la necesidad de juzgar la admisibilidad como prueba de unas listas elaboradas por el Sr. *Falciani* en Suiza, de manera particular debido a su puesto como trabajador en el banco HSBC, en las que había una relación de evasores fiscales de toda Euro-

14 En ese sentido: STS de 9 de junio de 2013 y GÁZCON INCHAUSTI, 2019, p.338-39.

15 Entretanto, y como una excepción clara a la hegemonía del principio de no indagación, en los casos involucrando entrega de personas condenadas en rebeldía el Tribunal Supremo se ha declarado a favor de los derechos fundamentales de la persona encausada, a la defensa y a un debido proceso, de manera que España no podría entregar esas personas, a no ser que se garantizara al extraditado el derecho a impugnar la condena en el Estado de origen (GÁZCON INCHAUSTI, 2019, p.44).

16 STS 471/2017, Sala de lo Penal, 23/02/2017, p.10.

pa. Esas listas fueron elaboradas por el Sr. Falciani, con el ánimo de lucro, a partir del cruzamiento de datos de clientes, de manera a infringir las normas contractuales que tenía con cada uno de sus clientes y el Código Penal Suizo, el que tipifica la conducta de vulneración del secreto bancario - conducta no delictiva en España. Así, debido a cada uno de esos hechos, el Tribunal Supremo se vio obligado a discutir la admisibilidad de las listas como prueba dentro del territorio español.

Para entender cómo se da la clasificación y la admisibilidad de la prueba en la legislación española, además, es necesario tener en cuenta la diferencia existente entre la prueba ilícita y la prueba irregular. Siendo la primera la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales y la segunda aquella obtenida con infracción de normas infraconstitucionales. Diferencia esa relevante dado los efectos procesales derivados, ya que una prueba producida ilícitamente determinará la no valoración de cualquiera otra prueba basada, apoyada o derivada de la anterior<sup>17</sup>, en un verdadero aprovechamiento de la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Mientras una prueba producida de manera irregular podría regenerar el aprovechamiento de pruebas derivadas. Esa doctrina inicial, entretanto, poco a poco fue sufriendo aperturas en las formas de excepciones a la regla general. Así, por ejemplo, se pasó a permitir el aprovechamiento de pruebas derivadas de un descubrimiento inevitable, de un hallazgo casual o de la confesión voluntaria del imputado<sup>18</sup>.

Es a partir de esas nociones dadas por la legislación y jurisprudencias nacionales sobre la prueba, por lo tanto, que el Tribunal Supremo pasa a analizar la admisibilidad de las listas *Falciani* en el paso que disminuye la importancia dada al principio de no indagación y así empieza a valorar la prueba producida en territorio extranjero según la legislación nacional. Vale notar, entretanto, que no obstante esa “evolución”, el Tribunal Supremo determinó la validez de las listas *Falciani* como prueba, ya que, aunque producidas por un particular, no habían sido producidas con la finalidad de constitución probatoria – y sin con un ánimo de lucro particular que no impediría su utilización en el marco de un proceso penal en España<sup>19</sup>.

Sin embargo, y como ya señalado anteriormente, ese tipo de decisión no era la normalidad en el ámbito del Tribunal Supremo con relación al uso de pruebas con carácter transnacional. Es decir, en relación con la prueba la jurisprudencia del Supremo Tribunal seguía la línea del principio de no indagación, basándose, por lo tanto, en una fuerte confianza mutua entre los países cooperantes. Y, así, no llegaba a averiguar la admisibilidad de pruebas hechas en el marco de una cooperación internacional.

Además, es de suma importancia la consideración hecha por Fernando Gascón en el sentido de que esa nueva concepción del Tribunal Supremo,

17 Doctrina dada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Conferir: CARRILLO DEL TESO, 2020, p.5.

18 CARRILLO DEL TESO, 2020, p.6.

19 CARRILLO DEL TESO, 2020, p.12.

tomada en la STS 471/2017, no ha sido un cambio contundente, sino uno posiblemente aspirado en los propios desarrollos normativos del legislador europeo con relación a la prueba transfronteriza y en la regulación de la orden europea de investigación<sup>20</sup>. Hasta porqué, aunque vigoraba en su casi totalidad el principio de no indagación, siempre había la posibilidad, concedida pela propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la falta de respeto a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español afectase el uso de la prueba en el marco del proceso penal interno si la persona afectada lo probase. Entretanto, este posicionamiento del Tribunal Supremo aún mantenía la soberanía del principio de no indagación y dificultaba la prohibición del uso de pruebas y diligencias investigativas obtenidas o producidas en el marco de una cooperación internacional o en un tercero país por el simple hecho de su adecuación al ordenamiento jurídico español.

De manera general, parece adecuado el cambio de posicionamiento del Tribunal Supremo español. La tendencia mundial es indudablemente la cooperación jurídica internacional en términos de derecho penal y procesal penal. Especialmente teniendo en cuenta que la delincuencia organizada cada vez más asume un carácter “transnacional”, una característica de la cual se aprovechan las organizaciones en un ánimo de lucro y como una manera de escapar de las persecuciones penales más duras. Sin embargo, no se puede olvidar de las diferencias culturales de cada país en lo que concierne a su formación jurídica. Cada Estado, aunque sea parte de una comunidad tan fuerte como es la Unión Europea en los últimos años y provenga de una misma tradición penal europea-continental, tiene su propia cultura y características que deben de ser respetadas en el marco de un proceso penal. En especial, todo respeto a la constitución y a las garantías y derechos fundamentales de la persona debe de ser tratado con cautela y garantizado siempre, incluso en procedimientos nublados que mezclan producción probatoria e investigaciones internacionales.

Eso porque al pensar en el ámbito del derecho penal siempre hay que tener en claro lo que se busca con la aplicación del derecho penal, esto es, sus finalidades más básicas y su configuración como un instrumento de *ultima ratio*. De tal manera que el uso de la prueba en el marco de un proceso penal, independientemente del país donde será ejecutado, deberá ser realizado según los principios básicos del derecho penal. Es decir, llevando en consideración su finalidad y su posición como un derecho penal mínimo.

Por lo tanto, la evolución del principio de no indagación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo juega un papel fundamental al, inicialmente, apartar los principios básicos del derecho penal y su misión a favor de una cooperación jurídica internacional más eficaz, más facilitada, que permita la mayor persecución penal posible de la delincuencia organizada transnacional.

La cuestión problemática respecto al uso indiscriminado del principio de no indagación por la jurisprudencia española, por lo tanto, está en la búsqueda

---

20 GÁSCON INCHAUSTI, 2019, p.47.

da por una eficacia al paso en que se deja de lado las cuestiones más básicas respecto al uso de la prueba en el marco de un proceso penal constitucional, o sea, uno que respete los principios fundamentales del Derecho Penal como *ultima ratio*, que respete las garantías y derechos fundamentales de la persona etc.

Esto porque hasta en el nivel interno, un proceso penal en España depende de una instrucción realizada dentro de un *due process of law*. Eso significa que la prueba ejerce un papel fundamental tanto en un primero plano, en relación a la presunción de inocencia existente contra cualquiera persona investigada o encausada en un marco de un proceso penal, sobre la que habrá que ser producida prueba que sostenga una condena, como en relación al *in-dubio pro reo*, principio que determina la imposibilidad de condenarse a alguien por un hecho penal si hay duda en relación a la prueba practicada. Es decir, la producción probatoria es esencial en el marco de cualquier proceso penal, aunque sea uno con rasgos transnacionales y dependiente de una cooperación jurídica internacional. Y debe de ser realizada según los mandamientos constitucionales y legales para que sea considerada válida y pueda ser sometida a una valoración por el juez competente en el marco de un proceso penal, de manera que, habiendo prueba suficiente y producida de manera legal, pueda haber una condena penal.

Por consiguiente, se puede cuestionar la apertura tan grande dada al uso de una prueba producida en un tercero país, según un ordenamiento jurídico particular (o hasta ilegalmente) en el marco de un proceso penal nacional sin el respeto que sería exigido si la misma prueba fuera producida dentro de los límites territoriales de España. La búsqueda por la eficacia no es exclusiva a la cooperación internacional respecto a las pruebas transnacionales, es un cuadro marcante de las últimas décadas en lo que toca la lucha contra la delincuencia organizada. Sin embargo, es importante que, aunque poco a poco, respecto a instrumentos procesales y a dirigencias probatorias o investigativas, se vuelva a los marcos constitucionales del derecho penal mínimo y garantista. De tal manera que la decisión del Tribunal Supremo sobre las listas *falciani* ejerce un papel importante al dar más relevancia a las garantías y fundamentos del ordenamiento jurídico español en detrimento de una no indagación completa respecto a pruebas producidas en el extranjero.

## Conclusiones

Los dos casos trabajados en este artículo son, en principio, completamente distintos. Empero, con relación al Derecho penal, llegan a tener consecuencias similares. El Derecho penal que debe de ser alcanzado según el mundo del deber ser sigue siendo el descrito en el primero apartado de esa investigación: uno basado en su propia subsidiariedad, en la búsqueda por la preferencia por reacciones no punitivas – es decir, no privativas de libertad – y que sea congruente con las finalidades penales y procesales penales.

Sin embargo, la realidad legislativa y muchas veces interpretativa hecha por los propios juristas de un Estado avanza en el sentido de priorizar una supuesta eficacia penal en perjuicio de los elementos más básicos penales. Esos fueron los dos casos estudiados brevemente en ese trabajo, el brasileño a partir de la colaboración premiada y el español a partir del principio de no indagación. Lo que se puede concluir, sin embargo, es que con el pasar del tiempo, la propia actividad legislativa e interpretativa de los magistrados, en ambos casos, intentaron conformar la búsqueda por eficiencia con las bases del Derecho penal. Las modificaciones hechas a la colaboración premiada en Brasil a partir de la Ley nº13.964/19 intentan, por lo menos con relación a algunos de los ítems, positivar algunas obligaciones que buscan conformar el procedimiento al principio de legalidad y traer más garantías y seguridad procesal (aunque, como señalado, en relación con otras características del procedimiento muchos otros problemas siguen y surgen). En el ejemplo español, por otro lado, la propia jurisprudencia nacional cambió un posicionamiento que podría ser excesivamente amplio y permitir una amplitud demasiada del Derecho procesal penal a fin de facilitar la obtención y el procesamiento de pruebas obtenidas en el extranjero, de manera a limitar el principio anteriormente aceptado de la no indagación.

Para concluir, actualmente la sociedad es una ya enteramente globalizada y que tiende a reclamar soluciones punitivas duras, en especial con relación a la delincuencia organizada (y transnacional). Con eso, muchos legisladores e interpretes del Derecho pasan a usar el Derecho penal como si no fuera un instrumento de *ultima ratio* que demanda el respecto a las garantías fundamentales más básicas de los sujetos involucrados – en especial de los investigados y encausado. Sin embargo, también es trabajo del legislador revisar sus normas y del interprete reformar la jurisprudencia para que se vuelva a conformar a los objetivos básicos del Derecho penal y procesal penal.

## Bibliografia

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

ARMENTA DEU, Teresa. Principio de legalidade vs principio de oportunidade: uma ponderación necessária. In: PICÓ I JUNOY, J. (dir). **Principios y garantías procesales**. Liber Amicorum en homenaje a la professora M<sup>a</sup> Victoria Berzosa Francos. Ed. Bosch: Barcelona, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pílares, 2013, p.83.

CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 25, n. 133, 2017, p. 133-171.

CARRILLO DEL TESO, Ana. **El diálogo judicial sobre las “listas falciani”**: los diferentes criterios de su admisión como prueba (en prensa), 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime.** Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O novo código de processo penal.** Lisboa: Centro para o acesso ao Direito, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. IN: **Para uma nova justiça penal.** Coimbra: Almedina, 1983.

GARCÍA, Nicolás Rodríguez. **El consenso en el proceso penal español.** J. M. Bosch Editor: Barcelona, 1997.

GÁSCON INCHAUSTI, Fernando. La eficacia de las pruebas penales obtenidas en el extranjero al amparo del régimen convencional: apogeo y declive del principio de no indagación. IN: GONZÁLEZ-CANO, Isabel (coord.). **El orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p.31-63.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **O Direito Penal Europeu Emergente.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROXIN, Claus. **La posizione della vittima nel sistema penale.** L'indice Penale, Ano XXIII, Edizione Cedam-Padova, 1989.

SCHÜNEMANN, Bernd. **La Reforma del Proceso Penal.** Madrid: Dykinson, 2005.

TERRA, Luiza; CALDEIRA, Felipe. Mídia e influência no julgamento criminal: (im)parcialidade judicial e a operação Lava Jato. In: SA; P.; BUSATO, P.; SCANDELARI, G. (org). **Perspectiva das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016. p. 170-182.



# JUIZ DAS GARANTIAS: A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

**Thiago Henrique Trentini Penna**

Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

A positivação legal do instituto batizado como “juiz das garantias” consubstancia notório avanço do processo penal brasileiro, buscando a efetivação do sistema processual acusatório. Embora alguns ainda insistam em fazê-lo, não há como negar que o sistema processual inquisitivo é o que permeou a substância do diploma legal que ainda constitui o principal alicerce do Processo Penal brasileiro. Nesse sentido, o instituto denominado de juiz das garantias objetiva salvaguardar a premissa fundamental do processo penal contemporâneo: a imparcialidade do julgador. Não há que se falar em sistema penal acusatório e garantias penais constitucionais sem que se preocupe com a imparcialidade. Por fim, impõe-se ainda a análise dos aspectos jurídicos, motivações e consequências da suspensão cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, da eficácia dos dispositivos legais que formalizaram o juiz das garantias. Toda a análise se baseia em pesquisa bibliográfica e documental, aferida de modo qualitativo.

**Palavras-chave:** Processo Penal; Juiz das Garantias; Imparcialidade; Sistema Acusatório.

## **Introdução**

Os desafios do Processo Penal contemporâneo parecem se perpetuar em meio às sucessivas alterações legislativas e incorporação de variados instrumentos processuais nesse campo do Direito.

Entretanto, os intermináveis obstáculos não devem causar espanto. Afinal, não se olvide que o diploma normativo basilar do Processo Penal foi originalmente batizado em 1941. Assim, o objetivo dos atuantes da área consiste nada menos na releitura do arcaico código sob a lente neoconstitucional oferecida pela Constituição da República de 1988.

Nessa perspectiva, destacou-se a lei n. 13.964/2019, que ficou conhecida como “pacote anticrime”. Entre as diversas mudanças na legislação penal e processual penal operadas pelo diploma legal em comento, o instituto nomea-

do de “juiz das garantias” foi um dos de maior relevância.

O juiz das garantias consubstancia uma das facetas da verdadeira efetivação do Processo Penal Constitucional. Nenhuma utilidade há nos transcritos constitucionais que contemplam garantias processuais fundamentais, como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, a presunção de inocência, entre tantos outros, se a prática forense é pautada por praxes arcaicas e idealizadas cerca de oitenta anos atrás.

O juiz das garantias busca concretizar a imparcialidade do magistrado no Processo Penal, fenômeno do qual emana a possibilidade de efetivação de todos os demais instrumentos assecuratórios do devido processo legal. A separação rígida da fase inquisitiva da persecução penal, em relação à etapa processual, é fundamental para que a parcialidade seja mantida, conforme será demonstrado. Nesse sentido, a figura do juiz das garantias é simplesmente indispensável.

## **Retrospecto histórico comparativo**

Inicialmente, convém tecer um breve cotejo histórico entre os sistemas processuais acusatório e inquisitivo.

A origem do sistema acusatório se remete ao direito grego, no qual o próprio povo detinha a prerrogativa de iniciar o processo acusatório. A sistemática adotada no âmbito penal se baseava pelos preceitos gerais do direito civil, o que justifica o papel acusatório nas mãos do povo, a ser desempenhado por ele de forma imediata<sup>1</sup>.

O sistema acusatório grego subsistiu no direito romano, durante a Alta República daquela civilização. O polo ativo da persecução era assumido espontaneamente por um cidadão comum. Assim, o exercício da ação penal era cometido a um órgão distinto do juiz, que nem sequer pertencia ao Estado, mas sim consistia em um representante voluntário do povo<sup>2</sup>.

Tal sistema, tanto na Grécia quanto em Roma, qualificava-se, em linhas gerais, pelas características básicas ainda hoje atribuídas ao sistema processual acusatório: atuação passiva do juiz na atividade instrutória; separação orgânica das atividades de acusar e julgar; existência do contraditório e da ampla defesa; predominância da oralidade no procedimento; publicidade dos julgamentos<sup>3</sup>.

Não obstante, o sistema acusatório deu margem a crescentes descontentamentos por parte do povo, muito em razão da percepção de que os meios adotados naquele sistema não estavam mais sendo suficientes à repressão dos delitos. Entre as causas dessa percepção, estava a inatividade das partes que muitas vezes assumiam a persecução penal, causando um senso de ineficácia

1 LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 215.

2 Ibidem, p. 216.

3 Ibidem, p. 216.

do procedimento e de impunidade dos acusados<sup>4</sup>.

Diante disso, percebeu-se uma gradual invasão dos órgãos julgadores estatais nas atividades típicas da acusação e das partes, notadamente em relação à produção probatória. Esse fenômeno paulatino também possibilitou a introdução posterior da tortura no processo penal romano<sup>5</sup>.

A adoção formal, pela Igreja Católica, do sistema de inquisitivo favoreceu a rápida disseminação desse novo modelo entre os ordenamentos jurídicos de diversos países europeus. Como “combustível” ao sistema em apreço, o combate à heresia ocupava a posição de justificativa máxima e legítima. Nesse contexto, a “verdade absoluta” era perseguida a qualquer custo, o que evidencia como a intolerância é a essencialidade da inquisição<sup>6</sup>.

No sistema inquisitório, o julgador deixa de ocupar posição de inércia e imparcialidade, assumindo o protagonismo na acusação, o que envolve a instauração de ofício das investigações, produção e gestão de provas e o julgamento final. Tudo desempenhado por um único órgão (o inquisidor). Nesse contexto, o acusado jamais era visto como sujeito de direitos, transmutando-se em mero objeto de investigação.

No clássico sistema inquisitório, a confissão era a prova máxima e absoluta. O procedimento era escrito e secreto. Não havia qualquer observância ao contraditório. Não se admitia a coisa julgada (o absolvido poderia ser reinquirido a qualquer momento). Ademais, o acusado, na maior parte das vezes, era mantido encarcerado durante todo o processo<sup>7</sup>.

As revoluções liberais do fim do século XVIII, notadamente a Revolução Francesa, introduzem a paulatina transformação nesse campo jurídico-social<sup>8</sup>. A elevação dos direitos individuais impõe o progressivo abandono do sistema inquisitório.

Pode-se concluir pela existência plena do sistema inquisitório em países e épocas em que o autoritarismo predominava, elevando a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais e fundamentais. É exatamente isso que a história é capaz de evidenciar.

## **O juiz e o sistema acusatório**

O juiz é a figura processual responsável pela asseguaração da eficácia de todo o sistema de garantias, consagrado na própria Constituição.

A partir da superficial e breve comparação contextualizada dos sistemas processuais inquisitório e acusatório, realizada acima, nota-se que a posição do juiz é elemento fundamental para que se possa determinar a existência de um ou outro sistema.

Sendo a parcialidade o princípio supremo do Processo Penal Constitu-

4 Ibidem, p. 217.

5 Ibidem, p. 217.

6 Ibidem, p. 224.

7 Ibidem, p. 222.

8 Ibidem, p. 227.

cional, caracterizado pela observância dos direitos fundamentais do acusado, é evidente que não há outra possibilidade senão a adoção do sistema penal acusatório. Nesse, o juiz é mantido afastado da iniciativa e gestão da prova, de modo a efetivar sua imparcialidade no desenrolar do processo e concretizar esse princípio fundamental.

Dentro do sistema acusatório, o magistrado não deve atuar, em nenhuma hipótese, com o objetivo de substituir as partes na resolução do litígio.

Ademais, apenas o sistema acusatório é capaz de assegurar o contraditório, princípio essencial à estrutura dialética do processo penal<sup>9</sup>. A separação orgânica das funções desempenhadas no processo possibilita a existência da verdadeira imparcialidade.

Diante disso, deve-se reconhecer que é inegável que a possibilidade de gestão probatória pelo magistrado acarreta a perda da imparcialidade.

Nesse sentido, conforme ensina Aury Lopes Jr., é necessário que se encontre o “núcleo fundante” para o fim de se identificar com precisão a predominância de um sistema ou de outro<sup>10</sup>.

Conforme leciona o mencionado autor, ainda que estudiosos se valham da falaciosa alegação de que o Brasil possui um “sistema processual misto”, o núcleo fundante de determinado sistema processual será sempre puro<sup>11</sup>: exclusivamente acusatório ou exclusivamente inquisitório.

Nesse sentido, devem ser destacados os dispositivos legais que exacerbam o fato de que a gestão da prova está, predominantemente, nas mãos do juiz, evidenciando o princípio inquisitivo na matriz processual brasileira – por exemplo, art. 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal<sup>12</sup>.

Assim, é forçoso reconhecer que o núcleo fundante do processo penal brasileiro é inquisitório<sup>13</sup>. Meras características próprias do sistema acusatório não são capazes de ilidir um núcleo essencial de caráter inquisitivo, pautado pela instrução probatória de ofício, sob o pretexto de possibilitar ao juiz o encontro da “verdade real”<sup>14</sup>.

No modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, atribuindo tão somente às partes a tarefa de colheita e produção das provas e consequentes interposições de pedidos.

É necessário que sejam instituídos e formalizados instrumentos hábeis a assegurar o sistema acusatório e a promover o abandono do sistema inquisitório, fundante de um processo penal que se escora em um diploma legal de 1941.

9 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 107.

10 LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 237.

11 *Ibidem*, p. 238.

12 *Ibidem*, p. 239.

13 *Ibidem*, p. 241.

14 *Ibidem*, p. 239.

## O juiz das garantias

A partir da análise realizada acima, o juiz das garantias se apresenta como ferramenta essencial à efetivação do sistema acusatório. A criação do instituto tem por objetivo reforçar a tutela das garantias individuais, dando concretude à dimensão normativa do princípio do juiz natural, que se espera seja imparcial e distante dos fatos<sup>15</sup>. Esse resultado tende a superar, parcialmente, o acalorado debate acerca da – evidente – influência que os atos decisórios tomados nas investigações policiais podem exercer sobre a capacidade cognitiva do juiz quando da condução do processo judicial propriamente dito.

Já consagrado formalmente no ordenamento jurídico de diversos países latino-americanos e europeus (há tempos), o juiz das garantias (que recebe também outras nomenclaturas em ordenamentos jurídicos estrangeiros) pode ser considerado a mais notável inovação trazida pela lei n. 13.964/2019, conhecida popularmente como “pacote anticrime”<sup>16</sup>.

É pressuposto elementar compreender que o instituto em apreço não se trata de um “juizado de instrução” ou de um “juiz instrutor”, uma vez que essa é uma figura arcaica e inquisitória<sup>17</sup>. O juiz das garantias não tem caráter inquisitório, não produz prova de ofício e não investiga<sup>18</sup>.

A lei n. 13.964/19 extraiu do Projeto de Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/10) a criação do juiz das garantias<sup>19</sup>. Ao magistrado em questão (atuante na fase do inquérito policial), cabe o controle de legalidade da investigação e a adoção de medidas cautelares pessoais ou probatórias na referida fase, sempre mediante requerimento ou representação da Polícia Judiciária e Ministério Público<sup>20</sup>.

O recém inserido art. 3º-B, do Código de Processo Penal<sup>21</sup>, ao dispor que cabe ao juiz das garantias a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, refere-se à utilização das cláusulas da reserva de jurisdição. Essas podem ser entendidas como aquelas medidas que, implicando o envolvimento de direitos e garantias individuais, são constitucionalmente protegidas com maior rigor.

Portanto, o papel do juiz das garantias se limita a receber e apreciar as representações e requerimentos dos órgãos estranhos ao Poder Judiciário em

15 PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 802.

16 BRASIL, lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2020.

17 LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 260.

18 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 141.

19 PACHELLI, op.cit., p. 802.

20 Ibidem, p. 802.

21 BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 03 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2020.

relação a medidas que necessariamente estão protegidas pela reserva de jurisdição, as quais exigem a determinação judicial para suas efetivações. Ao lado disso, o juiz das garantias também pelo controle da legalidade de todos os atos praticados no âmbito da investigação.

O juiz das garantias, em regra, atuará da fase pré-processual - de investigação policial - até o recebimento da denúncia. Realizado esse ato processual em questão, os autos devem ser encaminhados a outro juiz, o qual será responsável pela instrução processual e julgamento da causa. Desse modo, esse último (juiz de instrução e julgamento) não se contaminará com os elementos informativos colhidos durante a fase pré-processual.

Pontue-se, contudo, que o “recebimento da denúncia”, enquanto marco para a cessação da atuação do juiz das garantias, compreende o ato citatório, a apresentação da defesa preliminar e, inclusive, decisão acerca de eventual absolvição sumária<sup>22</sup>. Todos esses atos procedimentais se incluem no âmbito de atuação do juiz da investigação.

Assim, como é de se desejar em um sistema acusatório, o juiz das garantias é inerte, atuando mediante provocação e efetivando a imparcialidade judicial desde a fase investigativa da persecução penal, em que ele delibera, somente quando invocado, sobre medidas restritivas de direitos fundamentais e como garantidor da legalidade dos atos de investigação<sup>23</sup>.

## **Por que um mesmo juiz não pode “fazer tudo”?**

Inúmeros argumentos se prestam a demonstrar a viabilidade da adoção do instituto do “juiz das garantias” e, simultaneamente, o desacerto em manter um único juiz durante todas as fases da persecução penal. Abaixo, encontram-se os mais pertinentes e sólidos argumentos favoráveis à adoção do juiz das garantias.

Primeiramente, impõe-se reconhecer um fator de ordem eminentemente empírica e histórica. É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções em um único juiz, assim como a atribuição de poderes de produção de provas ao julgador<sup>24</sup>.

O acúmulo de funções, em um mesmo juiz, primeiramente, aproximaria a atuação do magistrado, no processo penal atual, à atuação do juiz inquisidor. Isso, porque o acúmulo de funções é característico do sistema inquisitivo, no qual o juiz detém uma anormal soberania no processo, acumulando poderes de investigação, acusação, instrução e, por fim, de julgamento.

Dessa forma, seria prudente e viável a formalização de instrumentos que rompessem por completo a atual estrutura do Processo Penal com as arcaicas raízes de caráter inquisitivo.

Como segundo argumento favorável, têm-se as inúmeras decisões do

22 LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 146.

23 Ibidem, p. 142.

24 Ibidem, p. 142.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente aquelas exaradas na década de oitenta, que consolidam o entendimento de que o juiz com atribuições de cunho investigatório é incompatível com a função judicante do Poder Judiciário<sup>25</sup>. Nesse sentido, os atos decisórios tendentes a balizar as investigações consubstanciam impedimento ao juiz na condição de julgador, no processo propriamente dito. Isso ocorre pela inevitável contaminação do julgador com os fatos e elementos apresentados ainda na fase investigativa<sup>26</sup>. O TEDH também desempenhou relevante papel na formação do conceito bipartido da imparcialidade, dividindo-a em subjetiva (em relação ao caso concreto, objeto do processo) e objetiva (em relação aos sujeitos envolvidos)<sup>27</sup>, de modo a enfatizar que ambas devem ser mantidas íntegras e preservadas para que se possa assegurar a existência de um juiz imparcial.

Para o fim de deslindar o terceiro argumento, utiliza-se, aqui, uma expressão designada por Aury Lopes Jr., consistente na garantia da “originalidade cognitiva”<sup>28</sup>. Tal garantia consiste no fato de o juiz da instrução processual – e do julgamento, conseqüentemente – somente ter algum conhecimento em relação à causa a ser apreciada no momento em que o contraditório judicial esteja em sua plenitude, na fase processual. Desse modo, seu convencimento motivado será formado exclusivamente pelas provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

De outro lado, ignorando-se a premissa da originalidade cognitiva, ter-se-ia um julgador cuja cognição seria indevidamente contaminada por todos os elementos informativos presentes na fase pré-processual. Esse julgador ingressaria na fase processual, em que seria formado o contraditório judicial, com a “imagem” dos fatos, conhecidos ainda no inquérito, já formada em sua mente.

Conforme explica o citado autor<sup>29</sup>:

Do contrário, o modelo brasileiro que se quer abandonar faz com que o juiz já entre na fase processual “sabendo demais”, excessivamente contaminado, já “sabedor” e, portanto, jamais haverá a mesma qualidade cognitiva com a versão antagônica (da defesa, por elementar). Não existe igualdade de condições cognitivas, não existe contraditório real (pois impossível o mesmo tratamento) e, portanto, jamais haverá um devido processo frente a um juiz verdadeiramente imparcial. Não podemos ter um juiz que já formou sua imagem mental sobre o caso e que entra na instrução apenas para confirmar as hipóteses previamente estabelecidas pela acusação e tomadas como verdadeiras por ele (e estamos falando de inconsciente, não controlável), tanto que decretou a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a prisão pre-

25 LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 108.

26 LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 73.

27 Ibidem, p. 73.

28 Ibidem, p. 143.

29 LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 143.

ventiva, etc. e ainda recebeu a denúncia. É óbvio que outro juiz deve entrar para que exista um devido processo. Do contrário, a manter o mesmo juiz, a instrução é apenas confirmatória e simbólica de uma decisão previamente tomada.

A partir dessa compreensão, fica muito clara a necessidade de se ter um diferente juiz para cada fase que compõe a persecução penal. É apenas com a existência de um juiz das garantias, cuja atividade se encerre quando do início da fase judicial, que se impedirá que o julgador (juiz do processo) tenha o indevido contato com as informações, diligências e elementos pertencentes à fase pré-processual.

## **A importância da separação dos autos do inquérito dos autos processuais**

O § 3º do art. 3º-C, do Código de Processo Penal, igualmente inserido no diploma em questão por meio da lei n. 13.964/19<sup>30</sup>, consagra a exclusão física dos autos do inquérito.

Abaixo, é transcrito o teor literal do dispositivo em comento:

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

A medida em apreço representa valiosa evolução no sentido de se evitar a contaminação do juiz do processo (de instrução e julgamento) com os elementos produzidos no âmbito da investigação criminal<sup>31</sup>.

Como bem se sabe, o inquérito policial se presta a possibilitar a colheita e a reunião de elementos informativos que demonstrem a materialidade do fato e os indícios de autoria, de modo que seja constituída a justa causa para a propositura da eventual ação penal<sup>32</sup>.

Desse modo, fica claro que o inquérito policial (ou qualquer outra investigação preliminar) serve ao órgão público incumbido do oferecimento da denúncia, não configurando fonte de elementos de prova para os fins de formação do convencimento do julgador, na fase processual.

Portanto, é de rigor que haja medidas que assegurem o “isolamento” da

30 BRASIL, lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2020.

31 LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 198.

32 BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 172.



fase preliminar da persecução penal da fase judicial. A exclusão dos autos do inquérito é capaz de evitar a contaminação do juiz do processo (aquele que irá julgar a causa) pelos elementos colhidos no âmbito do inquérito, os quais são produzidos sem o rigor garantista inerente ao processo penal e imposto expressamente pelos princípios constitucionais correlatos<sup>33</sup>.

Ademais, a medida em apreço constitui também primordial instrumento pelo qual a já mencionada “originalidade cognitiva” é efetivada e assegurada<sup>34</sup>. Afinal, não havendo o indevido contato do juiz da instrução com os elementos formados em tempo no qual sequer havia um processo judicial, garante-se que esse julgador terá conhecimento de cada nuance fático e probatório somente na fase processual da persecução.

Também nesse sentido, percebe-se que a exclusão dos auto do inquérito é instrumento intimamente vinculado com a própria essência do juiz das garantias. Afinal, com ambas as medias se busca separar rigorosamente a cognição em relação às fases pré-processual e processual: o juiz das garantias atua exclusivamente na fase preliminar, cujos autos e documentações não se comunicarão com os autos do processo judicial, fase em que o magistrado atuante será necessariamente distinto daquele primeiro.

Portanto, conclui-se que a exclusão dos autos do inquérito e o juiz das garantias são instrumentos complementares e interdependentes na busca pela efetivação da imparcialidade do julgador e da garantia do devido processo legal.

Por fim, fica registrado que, nos termos, do § 4º do mesmo art. 3º-C, é assegurado às partes (acusação e defesa) o amplo acesso aos autos exclusivos do inquérito policial, os quais devem se manter acautelados na secretaria do juízo das garantias.

## A suspensão cautelar da eficácia do “juiz das garantias”

Com a promulgação e publicação da lei n. 13.964/2019, diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, no dia 22/01/2020, o ministro Luiz Fux, relator das ADI's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, deferiu medida liminar nos autos das mencionadas ações<sup>35</sup>, para o fim de se suspender a eficácia “da implantação do juiz das garantias e seus consectários”, o que abrange os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal<sup>36</sup>. A suspensão de eficácia, por-

33 LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 198.

34 Ibidem, p. 198.

35 Supremo Tribunal Federal. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado**. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?pidConteudo=435253&ori=1>. Acesso em: 14 nov. 2020.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF.

tanto, alcança inclusive o mandamento legal relativo à separação dos autos do inquérito e dos autos processuais.

Para o ministro Fux, em sede de análise perfunctória, os dispositivos referentes ao juiz das garantias supostamente feririam a autonomia organizacional e financeira do Poder Judiciário.

Primeiramente, teria havido inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa legislativa da proposta de lei se tornou o “pacote anticrime” efetivamente promulgado. Sendo a proposta legislativa tendente a operar modificações substanciais na organização do Judiciário e da estrutura de seus órgãos, a iniciativa legislativa privativa do Poder Judiciário (art. 96, II, da Constituição Federal<sup>37</sup>) deveria ter sido observada.

O ministro vislumbrou também violação à autonomia financeira do Judiciário, em decorrência das naturais e inevitáveis despesas que sucederiam da concretização das medidas impostas. Conforme o seu entendimento<sup>38</sup>:

O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas.

Ademais, o ministro Fux também entendeu que as medidas contempladas pela reforma legislativa causariam impacto orçamentário, o que violaria o novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional 95/2016. Nesse sentido, também é transcrito abaixo o fundamento exarado pelo ministro relator<sup>39</sup>:

Outrossim, a criação do juiz das garantias viola o Novo Regime Fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016. O artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado por essa emenda constitucional, determina que “[a] proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.” Não há notícia de que a discussão legislativa dessa nova política processual criminal que tanto impacta a estrutura do Poder Judiciário tenha observado esse requisito constitucional.

Em suma, esses foram os fundamentos utilizados para o fim de se, lamentavelmente, suspender a eficácia dos dispositivos que haviam instituído o juiz das garantias e os demais institutos dele decorrentes.

37 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2020.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF.

39 Ibidem.

## Considerações finais

O presente trabalho se prestou a evidenciar a imensurável importância do instituto central do “juiz das garantias”, formalizado finalmente no ordenamento jurídico brasileiro pela recente reforma operada pela lei nº 13.964, de 2019.

Para tanto, foi inicialmente preciso tecer o devido cotejo histórico entre os sistemas acusatório e inquisitório, de modo a demonstrar suas raízes, fundamentos, motivações e discrepâncias.

Posteriormente, foi de suma importância situar a posição do juiz para o fim de se determinar o sistema processual como inquisitório ou acusatório. Ficou claro que o âmbito de real atuação do magistrado no desenrolar do processo é o que pode revelar o “núcleo fundante” do sistema processual. Nesse sentido, a gestão da prova nas mãos do julgador é suficiente para que se conclua que se está diante de um sistema de matriz inquisitória, em que a imparcialidade fatalmente é comprometida em face da posição ativa do julgador.

Demonstrado que o sistema processual brasileiro possui, como alicerces, normas e postulados de raízes inquisitórias, passou-se então a demonstrar os potenciais e inegáveis prejuízos decorrentes da presença de um único magistrado atuante durante toda a persecução penal. Entre os sólidos argumentos expostos, destacou-se a contaminação cognitiva do julgador que se comunica com os diversos elementos informativos colhidos exclusivamente na fase pré-processual, o que acarreta na inutilidade da tentativa de se estabelecer o contraditório na fase processual. Isso, porque o julgador, antecipadamente, terá formado sua íntima convicção com base no conhecimento dos elementos produzidos na investigação preliminar.

Também foi destacada a grande importância da exclusão dos autos do inquérito em relação aos autos processuais, os quais serão manejados pelo juiz da instrução e julgamento. Evidenciou-se que a separação dos autos é essencial à própria concretização do instituto do juiz das garantias e, conseqüentemente, à manutenção da imparcialidade do juiz que decidirá a causa.

Em sede conclusiva, foi analisada a decisão do ministro Luiz Fux, que, nos autos de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal em face da lei nº 13.964/2019, deferiu medida cautelar para o fim de suspender a eficácia dos dispositivos normativos que haviam tratado acerca do juiz das garantias. É evidente que tal medida adotada pelo ministro é lamentável e só tende a perpetuar um problema nocivo ao Processo Penal brasileiro. Em razão disso, espera-se que a decisão do atual presidente do STF seja revista, o quanto antes, para o fim de se, finalmente, atribuir efetividade e concretude ao instituto do juiz das garantias.

## Referências

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo:

Saraiva Educação, 2019.

BRASIL, **Decreto-lei nº 3.689, de 03 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL, **lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 802.

Supremo Tribunal Federal. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado**. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>. Acesso em: 14 nov. 2020.

# AUXÍLIO JUDICIÁRIO MÚTUO PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIRETO A UM PROCESSO EQUITATIVO

**Fernanda Silveira Costa**

Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.  
Advogada

## Resumo:

O presente estudo tem como objetivo analisar o auxílio judiciário mútuo para fins de investigação criminal no âmbito do ordenamento jurídico português, à luz do direito a um processo equitativo, especialmente no que tange a garantia de todos os meios de defesa e do contraditório, com o intuito de verificar, através da análise do modelo bilateral de cooperação atualmente aplicado, se o Estado português, na mesma medida em que facilita a instauração e promoção do processo penal, promove também a proteção dos direitos processuais individuais dos sujeitos visados. E isto no intuito de contribuir para a promoção da cooperação judiciária entre Estados, no combate à criminalidade transnacional, baseada numa relação de equilíbrio entre o poder de investigação estatal e os direitos de defesa dos sujeitos visados.

**Palavras-chave:** Cooperação judiciária internacional em matéria penal; Auxílio judiciário mútuo; Obtenção de meios de prova; Processo equitativo.

## Introdução

O auxílio judiciário mútuo pode ser entendido como: “(...) um conjunto de medidas que visam essencialmente a simplificação e a aceleração de procedimentos necessários à perseguição do crime e à realização das finalidades do processo, compreendendo também a execução dos atos necessários à apreensão ou recuperação de instrumentos, objeto ou produtos de infração penal (...)”<sup>1</sup>.

Esse instrumento de cooperação, também chamado de auxílio judiciário,

---

<sup>1</sup> ALCAIDE, Sandra Elisabete Milheirão. *Cooperação judiciária clássica vs. a convenção de auxílio judiciário mútuo em matéria penal de 29 de Maio de 2000*, in: Revista do Ministério Público. Lisboa. ISSN 0870-6107. Ano 31, N. 124 (2010), p.101.

auxílio mútuo a menor, pequena ajuda<sup>2</sup>, e ainda de auxílio jurídico ou assistência jurídica em matéria penal<sup>3</sup>, é uma das mais antigas formas de cooperação judiciária. Sua definição faz-se por exclusão aos demais instrumentos de cooperação judiciária internacionais tradicionais, sendo todas aquelas formas de cooperação internacional que não se referem à detenção ou captura para fins de extradição, transferência de presos para cumprimento de decisões estrangeiras e transferência de procedimentos criminais, estando assim delimitado por um consenso mundial na última década do século passado<sup>4</sup>.

A Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal atualmente é um dos principais instrumentos utilizados pelos Estados no combate à criminalidade a nível internacional. O seu passado é relativamente recente, situa-se entre finais do século XIX e começos do século XX<sup>5</sup>. Antes desse período histórico a cooperação entre Estados limitava-se nomeadamente ao mecanismo da extradição, que desde o Antigo Egito até à Idade Média, fundava-se na captura e entrega dos inimigos do Estado; era o instrumento utilizado para perseguir os inimigos do Rei<sup>6</sup>. Seu objetivo inicial era a transferência de presos políticos e não dos criminosos comuns.

A mudança desse paradigma, no sentido de valer-se da cooperação entre Estados não para perseguir os criminosos políticos, mas sim para promover a persecução de suspeitos e arguidos em processo penal pela prática de crime comum, está nomeadamente ligada ao fim da Revolução Francesa e o decurso da Revolução Industrial. Nesse contexto, a perspectiva de cooperação transformou-se radicalmente ante o advento dos ideais do Estado de Direito, da dupla jurisdição, positividade dos direitos de primeira geração, principalmente nas constituições europeias, visando a limitação do poder estatal em relação ao indivíduo, bem como da flexibilização das fronteiras dos Estados, fomentada pela maior circulação de mercadorias e pessoas<sup>7</sup>.

Assim, a cooperação internacional, “começou a se impor, sobremaneira, como necessária para os Estados que quisessem garantir a aplicação de suas leis”<sup>8</sup>. O sentido de punir também muda, posto que o os Estados se atêm menos à imposição de penas cruéis e mais à necessidade de administrar com máxima eficácia a justiça penal. Assim, a política criminal dos Estados de um

2 ROCHA, Manuel António Lopes; MARTINS, Teresa Alves. *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*. Lisboa: Aequitas e Editorial de Notícias, 1992, p.198.

3 Assim designado na doutrina brasileira, como por exemplo em: BALTAZAR, José Paulo; LIM, Luciano Flores de. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p.16.

4 FORNAZARI JUNIOR, Milton. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: Auxílio Direto Penal*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 53-54.

5 TRIUNFANTE, Luís de Lemos. *A Cooperação Judiciária Europeia em Matéria Penal: o espaço ibérico em particular*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 33.

6 CEVINI, Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação jurídica penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 44.

7 JUNIOR FORNAZAZZI, Milton. *Cooperação jurídica internacional: Auxílio direito penal*. 2º Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 15

8 *Ibidem*, p. 16.

modo geral também se transformou, em virtude da assunção, entre outros princípios, do dever do Estado de investigar e punir todos os crimes onde quer que os criminosos estejam. Por conseguinte, a cooperação entre os Estados, a partir de sua matriz paradigmática que é a extradição, deixou de ser seletiva, um mero ato político, para ser um procedimento ordinário e comum do direito penal<sup>9</sup>.

Nesse interim, nota-se também a edição de diversos tratados bilaterais, firmados na altura, estabelecendo a cooperação entre as autoridades judiciais dos Estados para oitiva e custódia de testemunhas, por exemplo, traçando o primeiro esboço do que hoje concebemos como auxílio judiciário mútuo<sup>10</sup>.

Na segunda metade do século XX, sob o impulso da globalização, o direito penal internacional assistiu ao acentuado crescimento da criminalidade organizada transnacional (aquela em que as diversas fases da prática do crime são realizadas em países distintos, marcada pela internacionalização dos seus atos e pela organização em sistemas de redes cada vez mais complexos, além de ser considerada também como criminalidade dos poderosos, de grande amplitude e sofisticação tecnológica)<sup>11</sup>. Em contrapartida, evidencia-se a inoperância da ação isolada dos Estados para combater esse tipo de criminalidade, potenciada pela distância geográfica, diferença entre os respectivos ordenamentos jurídicos, permeabilidade econômica das fronteiras nacionais, bem como pelo aumento da flexibilidade do controle de bens e pessoas. Desse modo, o recurso à cooperação judiciária internacional em matéria penal, apresenta-se imperiosa, porquanto, em última análise, o crime organizado transnacional também assola a soberania dos Estados e, portanto, põe em causa o interesse comum dos mesmos.<sup>12</sup>

Fator de igual importância, contemplado no cenário contemporâneo da cooperação judiciária internacional em matéria penal, é o chamado processo de universalização dos direitos humanos<sup>13</sup>. Nesse processo, o Direito Internacional assume o papel de impor limites às manifestações discricionárias de soberania dos Estados, ou seja, os Estados tiveram de aceitar “um olhar

---

9 CAEIRO, Pedro. *Direito Processual Penal - Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*. Notas de aula ministrada no Mestrado Científico com menção em Ciências Criminas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 23 de Outubro de 2018.

10 JUNIOR FORNAZZI, Milton. *Cooperação jurídica internacional: Auxílio direito penal*. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 17.

11 RODRIGUES, Anabela Miranda. *A globalização do direito penal: da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização*, in: RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 353.

12 TROTTA, Sandro Brescovit. *Os limites da cooperação judicial internacional em matéria penal*, in: *Revista Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 5, (2013). Disponível em: <<http://revistaeletronica.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenalviolencia>>. Acesso em 12 de março de 2019.

13 RODRIGUES, Anabela Miranda. *Princípio da jurisdição penal universal e Tribunal Penal Internacional: exclusão ou complementaridade?* in: *Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Goethe-Institut de Lisboa. Direito penal internacional para a protecção dos direitos humanos*. Fim de Século Editora, 2003, p.58.

da comunidade internacional sobre as condições de vida de seus cidadãos”<sup>14</sup>, bem como a “proibição de comportamentos contrários a certos princípios democráticos fundamentais”<sup>15</sup>. Neste íterim, e principalmente no período pós-Guerra Fria, o respaldo democrático dado pelos Estados e suas instituições aos temas humanitários, ambientais e sociais tornou-se cada vez mais necessário para garantir influência e projeção nas políticas externas nacionais<sup>16</sup>.

O século XX foi predominantemente marcado pela defesa jurídica internacional dos direitos humanos. Os direitos e garantias fundamentais do homem foram introduzidos pela primeira vez no cenário jurídico internacional pela Declaração Universal de 1948, adotada pela Organização das Nações Unidas, reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, resultado do movimento de internacionalização dos direitos humanos<sup>17</sup>, promulgando a “ideia de que a proteção dos direitos humanos não se deve reduzir ao domínio reservado ao Estado, pois revela tema de legítimo interesse internacional”<sup>18</sup>; bem como a intolerável desproteção do indivíduo em si mesmo, como axioma de sua pertença ao gênero humano<sup>19 20</sup>.

Posteriormente, outras Convenções, Pactos e Declarações Internacionais referentes à matéria foram firmados. Destacamos aqui a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa, em 1950, que irradia, pela primeira vez, a proteção desses direitos para um sistema regional, que diferentemente do modelo onusiano, traz uma Corte Europeia de Direitos Humanos, compostas por magistrados neutros, com competência para julgar causas relativas à violações contra direitos humanos que venham ser cometidas pelos Estados quem compõe esse sistema. O sistema europeu de proteção dos direitos humanos, é considerado como o sistema regional mais avançado em virtude dos seus profundos e constantes aprimoramentos<sup>21</sup>.

A partir da ideia de que “não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites

14 *Idem*, p.58.

15 *Ibidem*, p.59.

16 *Idem*.

17 PIOVESAN, Flávia. *Globalização e Direitos Humanos*, in: GUERRA, Sidney (org.). *Globalização: Desafios e Implicações para o Direito Internacional Contemporâneo*. Ijuí: Editora Unijui. p. 371-372.

18 *Idem*.

19 RODRIGUES, Anabela Miranda. *A globalização do direito penal: da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização*, in: RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 349.

20 A defesa jurídica internacional dos direitos humanos identifica o século XX pela mudança radical provocada nas relações entre os Estados, uma vez que, até então, “somente a soberania fazia parar a soberania e o direito não progredia senão pela reciprocidade”. Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Princípio da jurisdição penal universal e Tribunal Penal Internacional: exclusão ou complementaridade?*. In: Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Goethe-Institut de Lisboa. *Direito penal internacional para a protecção dos direitos humanos. Fim de Século Editora*, 2003. p.58, *apud* (BETTATI, 1996, p. 37).

21 MACHADO, Diego Pereira. *Direito Humanos*. 5ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 213.



do Estado a partir da ótica da humanidade”<sup>22</sup>. Nesse sentido, pode-se afirmar que o respeito e promoção dos Direitos Humanos deve prevalecer sobre as demais obrigações assumidas pelas Altas Partes em qualquer outro acordo internacional, de modo que, caso um tratado contenha dispositivos que as contrapõem, tais dispositivos serão pelo menos nulos.<sup>23</sup>

Desse modo, destaca-se o posicionamento de Paul Gully-Hart, ao defender que: “a prossecução dos objetivos da cooperação internacional (quer sob a forma de assistência jurídica mútua, quer sob a forma de cooperação entre agentes policiais ou autoridades centrais) não deve ter lugar à custa dos direitos humanos das pessoas envolvidas”<sup>24</sup>.

Isto posto, analisar-se-á o auxílio judiciário mútuo para fins de investigação criminal, no âmbito do ordenamento jurídico português, à luz do direito a um processo equitativo, especialmente no que tange a garantia de todos os meios de defesa e do contraditório, com o intuito de verificar, através da análise do modelo bilateral de cooperação atualmente aplicado, se o Estado português, na mesma medida em que facilita a instauração e promoção do processo penal, promove também a proteção dos direitos processuais individuais dos sujeitos visados. Metodologicamente, quanto ao enfoque realizou-se uma pesquisa teórica; quanto à natureza do produto final uma pesquisa de natureza investigativa; e quanto ao procedimento de coleta de dados, uma pesquisa bibliográfica e documental; os textos em língua estrangeira foram traduzidos de forma livre.

## **Direito a um Processo Equitativo e seus Desafios no Âmbito da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal**

A doutrina especializada ainda não alcançou um entendimento pacífico sobre o seu conceito, mas de uma maneira geral, os direitos humanos ou direitos do homem são hodiernamente entendidos como “aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ele é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política, pelo contrário, são os direitos que a sociedade política tem o dever de garantir”<sup>25</sup>. Desse modo, tem-se que a aspiração de proteger aqueles direitos básicos para o ser humano assenta na necessidade de salvaguardar a dignidade humana.<sup>26</sup> Os direitos humanos

22 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNHCR, San José, Costa Rica 2003, p. 206.

23 Cfr. Art. 53 da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, Viena, 1969.

24 GULLY-HART, Paul. *Cooperation between central authorities and police officials: the changing face of international legal assistance in criminal matters*, in: *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 76 (2015), p. 27 à 48, p. 32. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2005-1-page-27.htm#no42>>. Acesso em 08 de Janeiro de 2019.

25 HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gêneses dos direitos humanos*, Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994, p.30.

26 MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (coord.). *Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora,

vêm sendo afirmados como um “enquadramento moral, político e jurídico e como linha de orientação para desenvolver um mundo sem medo e sem privações”<sup>27</sup>.

Dentre esses direitos, destacamos o direito a um processo equitativo que tornou-se, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10), um dos pilares fundamentais do direito internacional para proteger os indivíduos contra eventuais arbitrariedades dos Estados.<sup>28</sup> O referido direito irradiou-se para inúmeros outros diplomas internacionais relativos aos direitos humanos, quais sejam, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (art. 14º e 15º); Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 (art. 6º e 7º)<sup>29</sup>; Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (art. 8º e 9º); Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 (art. 7º e 26º); Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (art. 40) ; Carta Árabe dos Direitos Humanos de 2004 (art. 15º e 16º). O direito a um processo equitativo ainda é salvaguardado pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (art. XXVI) e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (art. 47º a 50º).<sup>30</sup>

No âmbito europeu, há décadas o Tribunal Europeu de Direitos Humanos associou o direito a um processo equitativo ao primado do Direito e à sua efetividade, tal como constituídas no preâmbulo da Convenção Europeia de Direitos Humanos (*Golder v. Reino Unido* de 21 de fevereiro de 1975).<sup>31</sup> Nesse sentido, o direito a um processo equitativo está intimamente ligado a existência e o cumprimento efetivo de leis prévias, de conhecimento público e não discricionária, bem como ao dever de o Estado estabelecer instituições que salvaguardem o sistema jurídico, compreendendo tribunais (independentes e imparciais), procuradorias e polícias, sendo que todas as suas instituições devem vincular-se às garantias dos direitos humanos.<sup>32</sup> No âmbito processual penal, o direito a um processo equitativo está relacionado a uma correta administração da justiça, que contempla uma série de direitos individuais dos

---

2014, p. 44.

27 *Idem*.

28 DOSWALD-BECK, Louise. *Fair Trial, Right to, International Protection*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Heidelberg, 2012, pp.1-11, disponível em: <www.mpepil.com>, acesso em 24 de outubro de 2019.

29 Há previsão sobre o direito a um processo equitativo também nos artigos 2 e 4 do Protocolo nº 7 da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

30 DOSWALD-BECK, Louise. *Fair Trial, Right to, International Protection*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Heidelberg, 2012, pp.1-11, disponível em: <www.mpepil.com>, acesso em 24 de outubro de 2019.

31 BOTELHO, Catarina Santos; VAZ, Manuel Afonso. *Algumas reflexões sobre o artigo 6.º da convenção europeia dos direitos do homem - direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável*, in: e-Pública Vol. 3 nº 1, Abril 2016 (pp.230-242), p. 234.

32 MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (coord.). *Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.44.

suspeitos ou arguidos.<sup>33</sup>

O direito humano aqui analisado, em suma, estabelece que uma pessoa nunca deve ser condenada por um crime, a menos que tal condenação seja realizada por um tribunal de justiça respeitando todas as garantias judiciais básicas.<sup>34</sup> Para tanto, o direito a um processo equitativo estabelece o dever de os Estados implementarem os seguintes componentes básicos para que um processo seja justo: a) que o órgão julgador seja um tribunal competente, independente e imparcial; b) o julgamento deve ser público (forma de proteger os litigantes e de manter a confiança nos tribunais); c) a igualdade de armas, de modo que procedimentos sejam moldados de forma a assegurar às partes iguais oportunidades de expor e defender a sua causa; d) que sejam concedidos aos suspeitos ou arguidos todos os atributos de personalidade jurídica; e) o direito de acesso a um tribunal; f) o respeito ao princípio da presunção de inocência; g) que lhe seja ofertado todos os meios de defesa necessários; h) o direito a uma duração razoável do processo; i) a obrigação das autoridades de traduzirem ou interpretarem não apenas as declarações orais, mas também os documentos utilizados como prova; j) o direito do arguido de estar presente no seu julgamento; k) o direito de não produzir prova contra si mesmo; l) o direito de apelo a um tribunal superior; e a m) a proibição de ser julgado mais de uma vez pela mesma infração após o julgamento final ( *ne bis in idem* ).<sup>35</sup>

Isto posto, pode-se afirmar que o direito a um processo equitativo, assim como os demais direitos humanos, consiste em uma proteção institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos Estados. Desse modo, garantir esses direitos no âmbito da cooperação judiciária internacional em matéria penal é um desafio complexo e preocupante. Afinal de contas, como elucidado anteriormente, ao analisar a historicidade, de um modo geral, da cooperação judiciária na seara penal entende-se que ela se erigiu meramente como ato entre Estados, num contexto em que predominava uma política criminal traduzida na assunção do dever do Estado em investigar e punir todos os crimes onde quer que os criminosos estejam, bem como no interesse das Altas Partes contratantes em convencionar medidas meramente repressivas face à criminalidade internacional.

Na presente oportunidade, nos ateremos a análise específica do auxílio judiciário mútuo em matéria penal como instrumento de obtenção de meios de prova no exterior, sob a ótica do ordenamento jurídico português. A escolha desse objeto de pesquisa se deve ao fato de que, atualmente, o auxílio judiciário mútuo é um dos instrumentos mais utilizados no âmbito da cooperação judiciária penal, pois, em resposta ao dinamismo e celeridade exigidos pela pós-modernidade, são notórios os avanços alcançados pelo referido instru-

---

33 *Idem*.

34 DOSWALD-BECK, Louise. *Fair Trial, Right to, International Protection*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Heidelberg, 2012, pp.1-11, disponível em: <www.mpepil.com>, acesso em 24 de outubro de 2019.

35 *Idem*.

mento, especialmente quanto à simplificação dos procedimentos e otimização dos prazos de respostas dos atos realizados no exterior<sup>36</sup>.

Ao efetuar uma análise dos textos dos acordos bilaterais firmados por Portugal, sobre a referida matéria, com a Argélia, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Estados Unidos da América, Hong Kong, Macau, Marrocos, México e Tunísia ; bem como do texto da Lei 144/99, de 31 de agosto (Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal), buscou-se examinar a possibilidade ou impossibilidade de o suspeito ou arguido em processo penal requerer ou solicitar uma medida de cooperação judiciária internacional com a finalidade probatória, ou ainda de acompanhar o processo de produção de provas no exterior.

Nesse sentido, foi possível concluir que o Estado português no acordo firmado com a República Popular da China, o Governo da Região Administrativa Especial de Hong Kong, da República popular da China e com os Estados Unidos da América, proíbe de forma expressa a participação ativa da defesa nos atos de auxílio. Portanto, em eventuais processos penais em que a defesa necessite produzir meios de provas nestes Estados, a referida possibilidade nem sequer lhe é ofertada. Enquanto a acusação tem amplo acesso a este instrumento, respaldada por todo um sistema de cooperação transfronteiriça. O que pode causar irreparáveis danos aos arguidos no processo principal, cujo auxílio judiciário mútuo intervém de forma acessória ou instrumental.

Por outro lado, todos os demais tratados e a lei nacional de cooperação judiciária em matéria penal são omissos quanto a possibilidade de o suspeito ou arguido se valer do referido instrumento de cooperação, para produzir provas que se encontre sob a jurisdição de outro Estado. Quanto à possibilidade de participação passiva, ou seja, de o suspeito ou arguido acompanhar a execução da medida de investigação admitida em seu desfavor, quase todos os tratados e a lei nacional também se quedaram omissos<sup>37</sup>. E, por fim, quanto o necessário dever de cientificar o sujeito visado sobre eventual admissibilidade de realização da medida realizada em seu desfavor, bem como dos termos em que o ato será executado, como por exemplo, a data e o local da execução, enquanto tradução do fundamental direito ao contraditório; também não observa-se nenhuma disposição expressa nesse sentido, nem nos acordos bilaterais e nem na lei nacional de cooperação.

36 Esta modalidade de assistência judiciária é predominantemente marcada pela comunicação direta entre as autoridades competentes, ou seja, sem intervenção diplomática e pela tendencial adoção de procedimentos simplificados, culminando numa notória otimização dos prazos de respostas a atos realizados em outros Estados.

37 Os **únicos** tratados que a admitem expressamente são os firmados entre Portugal e o Canadá (art. 6º, nº2), de modo que, na medida em que não seja proibido pelo ordenamento jurídico do Estado requerido, as autoridades competentes do Estado requerente, o arguido e o advogado do arguido serão autorizados a assistir ao cumprimento do pedido e a participar nas investigações e processos no Estado requerido; e os firmados entre Portugal e a Argélia (art.5º nº 3), prevendo que, desde que a Parte requerida consinta, tanto a autoridade competente quanto a pessoa em causa da Parte requerente poderão assistir à realização do pedido.

Entende-se que esse tratamento dispar, abre espaço para medidas de cooperação mais agressivas como as de privações patrimoniais (como os embargos e sequestros), sejam expedidas e devolvidas sem notícia ou participação do envolvido, o que de fato já é um realidade bem comum no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal<sup>38</sup>. Desse modo, conseqüentemente, pode-se concluir que o mesmo acontece com as medidas de primeiro grau, menos severas (como por exemplo notificações, citações, perícias)<sup>39</sup>.

Portanto, a obtenção de meios de prova produzidos em outros ordenamentos jurídicos pela defesa e sua participação passiva nestas medidas, somente é possível, se realizamos uma interpretação extensiva dos dispositivos legais, tanto nacionais quanto internacionais. E, isto porque a Lei de Cooperação Judiciária nacional e alguns acordos, como o firmado com a Argentina<sup>40</sup>, além de não vedar expressamente tais possibilidades, admitem o princípio *forum regit actum*<sup>41</sup>. Desse modo, tem-se que uma vez solicitada a participação do sujeito visado pelo Estado requerente, tal possibilidade encontra-se respaldada pelo dever de o Estado requerido observar os termos de execução solicitados pelo Estado requerente.

A vedação do direito de prova instituída em desfavor da defesa, impedindo-a de se valer do auxílio judiciário mútuo para obtenção de meios de prova, desequilibra a relação processual, ferindo o direito a um processo equitativo e o princípio da igualdade de oportunidades que deve prevalecer nos sistemas jurídicos de estrutura acusatória como é o caso português. A faculdade de se defender provando em contraponto a investigação ou a acusação do Estado é um exercício fundamental na defesa do arguido. Obstáculos indevidos na produção de prova, para qualquer das partes em processo penal, refletem-se necessariamente no critério do juiz julgador e, por conseqüência, no provimento estatal final, sendo que uma decisão justa é do interesse não apenas da defesa, mas também de toda a sociedade.

Havendo a necessidade de a defesa obter meios de prova sob a jurisdição de outro Estado, a falta de respaldo ou acesso a uma rede organizada numa base transfronteiriça afeta severamente os direitos de defesa do suspeito ou arguido, posto que “as dificuldades linguísticas e financeiras, bem como a vantagem de ser capaz de entrar em contato com alguém do local torna-se um ativo valiosíssimo”<sup>42</sup>.

38 CEVINI, Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação jurídica penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.76.

39 *Ibidem*, p.77.

40 No caso do acordo firmado entre Portugal e Argentina (art.3º, nº 1), o pedido de auxílio deve ser executado observando o solicitado pelo Estado requerente, desde que não se oponham à legislação do Estado requerido e não causem graves prejuízos aos intervenientes no processo.

41 No acordo firmado entre Portugal e Brasil, Marrocos, México e Tunísia, via de regra, foi instituído o princípio *locus regit actum*. Contudo, é admitido o princípio *forum regit actum* na execução do auxílio se o Estado requerente o solicitar expressamente (conforme o art. 4º, nº 1 e nº 2 dos diplomas). O mesmo ocorre no acordo firmado com o Canada (art. 2º).

42 SILVA, Ana Paula Gonzatti da. *O Auxílio Direto à Luz dos Princípios da Ampla Defesa*

Desse modo, entende-se que este “cenário” não vai de encontro às garantias de todos os meios de defesa e do contraditório, traduções do direito humano a um processo equitativo. Tanto na fase de inquérito quanto de instrução processual o arguido já deveria poder investigar autonomamente, uma vez que já na fase de inquérito o mesmo pode ficar sujeito a medidas de coação privativas ou restritivas de direitos. Além do mais, a partir da acusação não se entende que o arguido não tenha o direito de ter seus requerimentos de produção de prova sempre deferidos, vez que somente a ele pertence decidir o que é ou não necessário e conveniente à sua defesa.<sup>43 44</sup>

## Conclusão

Ante todo o exposto, podemos afirmar que todos os tratados que vinculam o Estado português, bem como sua lei nacional relativa a cooperação judiciária em matéria penal seguem o prelúdio de considerar meramente bidimensional a relação estabelecida no ato de cooperação via auxílio judiciário em matéria penal, pois somente os Estados soberanos são concebidos como sujeitos de direitos e deveres. Vertente essa entendida como ultrapassada<sup>45</sup>, à luz de princípios importantes do direito internacional hodierno como o princípio da mais ampla cooperação possível, segundo o qual os limites devem ser observados como exceção e não como regra<sup>46</sup>; e o princípio da proteção dos sujeitos do processo, princípio que se vincula às garantias que devem contar os concernidos pelas medidas de assistência<sup>47</sup>; em outras palavras, a cooperação jurídica internacional deve servir as pessoas<sup>48</sup>.

O panorama descrito fere gravemente os princípios da garantia de todos os meios de defesa e do contraditório, instituídos como direitos humanos

---

*e do Contraditório*: Da experiência brasileira à inspiração europeia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.27, *apud* (GLESS, 2013, p.100).

43 Concordando com o posicionamento adotado por: SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal: noções gerais, elementos do processo penal*. Vol I. 5ª Ed. Lisboa: Verbo, 2011, p.164.

44 No domínio da cooperação judiciária é comum encontrarmos na prática procedimental, dificuldades impostas a defesa também quanto a aplicação de modalidades de auxílio admitido. A título exemplificativo, sugerimos a leitura do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo: 181/09.8PAVNO-B.C1, Relator Orlando Gonçalves, data do Acórdão: 16 de outubro de 2013.

45 CEVINI, Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação jurídica penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 78.

46 MOURO, Sergio Fernando. *Cooperação Jurídica Internacional em casos criminais*. In: JUNIOR BALTAZAR, José Paulo; LIM, Luciano Flores de. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p.16.

47 Os autores Raúl Cevini e Juarez Tavares completam ainda que essas garantias devem ser a essência de toda a política de cooperação penal, uma vez que a doutrina penal relativa à matéria tanto no âmbito internacional quanto internacional postula sentido e legitimidade ao serviço do homem. Cfr. CEVINI, Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação jurídica penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 145.

48 TRIUNFANTE, Luís de Lemos. *Manual de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*. Coimbra: Almedina, 2018, p.56.

(por tratados de direito internacional) e como garantias fundamentais do processo penal (pela Constituição da República Portuguesa), uma vez que apenas os meios mais tradicionais de cooperação, menos céleres e eficazes, são facultados à defesa, enquanto a acusação tem ao seu dispor todos os instrumentos de investigação. Por consequência, acabam por reduzir o direito de investigação defensiva dos arguidos em processo penal.

Portanto, a nosso ver, é imprescindível que o Estado português se reposicione frente ao tratamento dado aos suspeitos e arguidos visados por medida de cooperação judiciária internacional, nomeadamente por medida de auxílio judiciário mútuo, de modo a conferir à defesa, de forma inequívoca, os mesmos instrumentos de auxílio judiciário mútuo oferecidos à acusação, a fim de melhor se promover a paridade de oportunidades em processo penal e os direitos de defesa dos sujeitos visados, enquanto componentes do direito humano a um processo equitativo. Ademais, a adoção de posturas mais “garantistas” na seara não só do auxílio judiciário mútuo, mas também no âmbito da cooperação judiciária internacional em matéria penal como um todo, resultaria num maior grau de confiabilidade entre Estados, ante o respeito e proteção dos direitos humanos dos visados e evitaria o desperdício de esforços e recursos dos Estados despendidos na execução de uma medida de cooperação desperdiçados em consequência de possíveis nulidades processuais.

## Referência

ALCAIDE, Sandra Elisabete Milheirão. Cooperação judiciária clássica vs. a convenção de auxílio judiciário mútuo em matéria penal de 29 de Maio de 2000, in: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ISSN 0870-6107, Ano 31, nº 124, Outubro-Dezembro 2010, (p. 89-113).

BALTAZAR, José Paulo; LIM, Luciano Flores de. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

BOTELHO, Catarina Santos; VAZ, Manuel Afonso. Algumas reflexões sobre o artigo 6.º da convenção europeia dos direitos do homem - direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável, in: **e-Pública Vol. 3 nº 1**, Abril 2016 (pp.230-242).

CEVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação jurídica penal internacional no Protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DOSWALD-BECK, Louise. Fair Trial, Right to, International Protection, in: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Heidelberg, 2012, (pp.1-11), disponível em: <www.mpepil.com>, acesso em 24 de outubro de 2019.

GULLY-HART, Paul. Cooperation between central authorities and police officials: the changing face of international legal assistance in criminal matters, in: **Revue internationale de droit pénal**, vol. 76 (2015). Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2005-1-page-27.htm#no42>>.

Acesso em 08 de Janeiro de 2019.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos**

humanos, Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994.

JUNIOR FORNAZZI, Milton. **Cooperação jurídica internacional: auxílio direito penal**, 2º ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

MACHADO, Diego Pereira. **Direito Humanos**, 5ª edição, Salvador: JusPodivm, 2019.

MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (coord.). **Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos**, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MOURO, Sergio Fernando. **Cooperação Jurídica Internacional em casos criminais**, in: JUNIOR BALTAZAR, José Paulo; LIM, Luciano Flores de. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Globalização e Direitos Humanos**, in: GUERRA, Sidney (org.). **Globalização: Desafios e Implicações para o Direito Internacional Contemporâneo**, Ijuí: Editora Unijui, 2006.

ROCHA, Manuel António Lopes; MARTINS, Teresa Alves. **Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal**, Lisboa: Aequitas e Editorial de Notícias, 1992.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A globalização do direito penal: da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização**, in: RODRIGUES, Anabela Miranda. **O Direito Penal Europeu Emergente**, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Princípio da jurisdição penal universal e Tribunal Penal Internacional: exclusão ou complementaridade?** in: Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Goethe-Institut de Lisboa. **Direito penal internacional para a protecção dos direitos humanos, Fim de Século** Editora, 2003.

SILVA, Ana Paula Gonzatti da. **O Auxílio Direto à Luz dos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório: da experiência brasileira à inspiração europeia**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal: noções gerais, elementos do processo penal**, vol. I, 5ª Ed, Lisboa: Verbo, 2011.

TRINDADE, António Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, UNHCR, San José, Costa Rica 2003.

TRIUNFANTE, Luís de Lemos. **A Cooperação Judiciária Europeia em Matéria Penal: o espaço ibérico em particular**, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

TRIUNFANTE, Luís de Lemos. **Manual de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal**, Coimbra: Almedina, 2018.

TROTTA, Sandro Brescovit. **Os limites da cooperação judicial internacional em matéria penal**, in: **Revista Sistema Penal e Violência**, Porto Alegre, v. 5, (2013). Disponível em: <<http://revistaeletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenalviolencia>>. Acesso em 12 de março de 2019.



# PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DA CONSAGRAÇÃO À SUA DETURPAÇÃO POR MEIO DE UM PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO

**Nathaly Veloso Lehen**

Graduada pela Universidade de Cuiabá - Mato Grosso. Mestranda pela Universidade de Coimbra em Ciências Jurídico-Criminais

## **Resumo:**

O chamado processo penal do espetáculo, perante o cenário brasileiro, é caracterizado pelo clamor populacional punitivista auxiliado pela mídia que expõe o investigado, e as autoridades ignoram assim a forma e/ou norma, afastando a aplicabilidade das garantias e respeito aos direitos fundamentais para atender os anseios e serem bem visto na sociedade. Assim, a atuação judicial imediata das autoridades é a resposta vista pela sociedade como um meio satisfatório de se fazer justiça e manter a segurança social. Infelizmente a mídia o expõe de modo bárbaro nos meios de comunicação social o investigado como se fosse o verdadeiro culpado, o que inflama cada vez mais o ódio contra os direitos e garantias. Diante deste cenário há violação normativa consagrada por vários documentos nacionais e internacionais, em especial a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que elevou o princípio da presunção da inocência em âmbito processual penal.

**Palavras-chave:** Presunção de Inocência; Direitos Humanos; Meios de Comunicação Social; Espetacularização Processual Penal.

## **Breves comentários sobre os sistemas passados de avaliação probatória**

Duas grandes instituições humanas, a religião e o Direito, no decorrer dos anos passaram a assumir papéis de grande relevância e repercussão, pois foi a partir delas que a natureza das provas se formatou e evoluiu, refletindo de modo significativo em convicções culturais, filosóficas e religiosas que promoveram as transformações científicas, socioeconômicas e tecnológicas em cada momento vivido na história<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> BRAZ, José Alberto. *Evolução histórica da prova em processo penal (do pensamento mágico à razão) – Investigação do crime organizado no Estado de Direito*. Dissertação orientada pelo Prof<sup>o</sup> Doutor José Anes Duarte Nogueira e pela Co-orientadora Prof. Doutora Teresa Quintela

A linha tênue entre o Processo Penal e os meios de produção probatória<sup>2</sup>, pois ao longo do tempo o surgimento de princípios, valores ideológicos e de cunho civilizacional passaram a influenciar cada vez mais na organização político-social de uma sociedade<sup>3</sup>. Isso tudo foi possível através do surgimento da razão e atuação do homem perante a sociedade, enquanto um ser pensante, o chamado animal político (“*zoon politikon*”<sup>4</sup>) por Aristóteles, que foi o personagem principal de grandes avanços e retrocessos dos procedimentos aplicados de cunho jurídico ou não.

Sem maiores delongas, passamos na sequência a tecer maiores comentários sobre períodos de avaliação de prova considerando a três sistemas ou paradigmas probatórios, o sistema primitivo, das provas legais e prova científica<sup>5</sup>. Utilizarei o termo “fase” para tratar de cada um desses sistemas, as quais serão relatadas aqui, e a saber, não possuem uma exatidão linear nas datas, pois elas se sucederam a medida que os métodos foram caindo em desuso.

## Fase Mística ou religiosa

A principal característica da justiça nesse âmbito era por início e fim a vontade divina exteriorizada através de procedimentos naturalmente orais sem qualquer indício de investigação sobre as acusações existentes<sup>6</sup>, e muito menos a elaboração de inquéritos ou processo para que se pudesse apurar as provas produzidas e consequentemente conceder um espaço ao acusado para realizar a sua defesa.

Diversos métodos foram utilizados<sup>7</sup>, mas na história, os juízos de Deus

---

de Brito. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017, p. 18.

- 2 Claus Roxin referencia o Processo Penal ao chamado sismógrafo da Constituição Política do Estado, pois nele reside o verdadeiro Direito Constitucional a ser aplicado, permitindo a percepção da aplicação no âmbito sancionatório o nível de observação de um conjunto de direitos e garantias fundamentais que permitem a (re)afirmação do Estado ideológica e politicamente. *In. Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003, p. 10.
- 3 James Goldschmidt aduz que os princípios da política processual de uma nação não passam de segmentos de sua política estatal em geral, pois é possível afirmar que o processo penal em sua estrutura de uma nação é um termômetro dos elementos autoritários ou corporativos da sua Constituição (tradução minha). *In. Problemas Jurídicos y Políticos de Proceso Penal*. Barcelona: Editora Bosch, 1935, p.67.
- 4 Daniel Rodrigues Aurélio comenta sobre a expressão utilizada pelo filósofo grego Aristóteles de Estagira (384 A.C – 322 A.C), que fora discípulo de Platão, para descrever o homem em sua natureza, ou seja, um animal racional que fala e pensa em meio à sua interação essencial na “*pólis*” (cidade-Estado). *In. O animal político*. Disponível em: <http://kairoscotidianofilosofia.blogspot.com/2013/04/o-animal-politico.html>. Acesso em: 22 de junho de 2019. Esse chamado animal aristotélico é um tanto exaustivo e demanda estudo apartado para maiores compreensões detalhadas, portanto é indicado como leitura complementar obra “*A Política*” de Aristóteles.
- 5 Levo em consideração esses marcos que são trazidos por Jean Imbert e George Llavasseur na obra *O poder, os juízes e os Carrascos*- 25 séculos de repressão. Lisboa: Editora Estúdios Cor, 1ª edição, 1975.
- 6 Os ordálios (provas de fogo, água, baseados na resistência humana) e os juramentos eram os mais conhecidos e aplicáveis nesta época.
- 7 Faço o bom uso das palavras de Cesare Beccaria a instigar a reflexão crítica sobre

(“*Judicium Dei*”) <sup>8</sup> foram mais conhecidos por empregar meios absurdos e estranhos como punição ao indivíduo que cometeu alguma violação ou crime, a depender do período histórico e como eram as condutas reprovadas pela sociedade. Uma vez que, a morte era um destino comum para aqueles que não eram aceitos no âmbito societário.

## Fase da prova legal ou tarifada

A principal característica aqui é o aparecimento de uma longa e complexa trajetória em racionalizar o sistema probatório. O início do século XII é marcado pela expansão da Igreja Católica<sup>9</sup> e surgimento de novas estruturas de poder e administração da justiça com a consolidação do Estado feudal de forma autônoma conforme os planos eclesiástico, régio ou senhorial.

Havia uma espécie de tabela de valoração das provas prevista em lei que deveria ser considerada pelo juiz a depender da qualidade do acusado e a natureza do fato<sup>10</sup>, sendo que a apreciação da prova se baseava em experiências e regras da vida cotidiana tradicional vistas como seguras pela sociedade<sup>11</sup>. A produção de provas não passava de um meio a afirmar ou robustecer a confirmação de um juízo previamente realizado por suspeição subjetiva<sup>12</sup>.

---

esse procedimento quando o autor assim descreve: “*As coisas do céu regem-se com leis totalmente diferentes daquelas que regem as coisas dos homens. E por que comprometer umas com as outras? E por que colocar o homem numa terrível contradição: ofender a Deus ou concorrer para a sua própria ruína? De tal maneira que a lei, que obriga a um tal juramento, manda que se seja um mau cristão ou mártir. O juramento torna-se pouco a pouco uma simples formalidade, destruindo-se desta maneira a força dos sentimentos religiosos, único penhor da honestidade da maior parte dos homens. Quanto sejam os juramentos, fê-lo ver a experiência, pois cada juiz pode ser testemunha de que nenhum juramento alguma vez fez um réu dizer a verdade; fê-lo ver a razão, que declara inúteis e por consequência danosas todas as leis que se opõem aos naturais sentimentos do homem*”. In. *Dos delitos e das penas* (tradução de José de Faria Costa da obra original italiana *Dei Delitti e Delle Pena*, edição de Harlem, Livorno, 1766). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 2009, p.102.

8 Segundo o dicionário jurídico pode ser traduzido em julgamento de Deus em que a antiga lei inglesa impiedosamente chamava de julgamentos de provas por provações, por batalhas ou similares (tradução minha). In. *The Law dictionary & black's Law dictionary 2nd. Disponível em: <https://dictionary.thelaw.com/judicium-dei/>*. Acesso em: 22 de junho de 2019.

9 Isso fez com que o Direito canônico se torna-se emergente e o Direito Romano reaparecesse, pois a queda do Império Romano impulsionou o surgimento das principais fontes do Direito (resquícios do direito germânico, visigótico e costumeiro das estruturas de poder feudal e municipal da Idade Média) com o aparecimento de uma nova fase, o respectivo sistema de provas legais que predominou essencialmente até as época das Luzes. In. José Alberto Braz. *Op. cit.* p.25.

10 BRUM, Nilo de Barros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 55.

11 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1º volume, 1974, p.199.

12 Fei Nicola Emérico aduz: “[...] há homens fracos que, à primeira dor, confessam crimes que não cometeram, enquanto outros, teimosos e fortes, são capazes de suportar os maiores tormentos”. *Apud*. Valdir Sznick, In. “*Tortura: histórico; evolução; crime; tipos e espécies; vítima especial; sequestro*”. São Paulo: Editora e livraria Universitária de Direito Ltda, 1998, p.30.

## Fase científica

O cenário aqui é caracterizado pelo humanitarismo, pois inúmeras transformações que ocorreram especialmente no campo da ciência jurídico-penal. O movimento filosófico iluminista<sup>13</sup> que ocorreu em meados do século XVIII buscou deletar os resquícios religiosos e medievais que se tinha no período renascentista e toda uma crítica a metafísica, pois o que estava além da natureza passou a estar em favor da física. O momento era o da substituição do direito divino pelo direito natural, visto como fonte de todo poder, princípio das constituições, pois é ele quem conduz à tolerância e exprime a liberdade.

A obra de Beccaria<sup>14</sup> foi de grande influência nesta época, pois houve a partir dela a inserção de novos princípios e conceitos aos ordenamentos jurídicos, impondo limites ao poder de atuação punitiva do Estado, bem como traçou novos horizontes que foram seguidos pelo Direito Penal e Processual Penal. A repercussão intelectual foi tão grandiosa que Voltaire a considerou como um verdadeiro Código da Humanidade.

O juiz analisava as provas de forma livre<sup>15</sup>, mas a sua decisão devia ser fundamentada nos dados contidos nos autos e não podia se deixar levar por conclusões de cunho privado, pois os motivos que o levaram à decisão final deveriam ser explicitados. Isto é, devia haver um elo entre a lógica e a experiência para que não houvesse excesso.

Anteriormente, os meios de provas eram caracterizados pelo uso da ausência de regras processuais de modo racional, havia uma convicção condenatória baseada no ódio de cunho social que se traduzia em uma estratégia punitiva central ausente de garantias e de racionalidade onde o castigo era o ápice da incriminação e não a verdadeira análise de um fato ser punível ou não, ou a culpa ou absolvição do investigado devidamente comprovada.

---

13 As premissas iluministas estão majoritariamente ligadas a crítica racional adequada às pesquisas tecnológicas e científicas, aos direitos universais do homem e a desconfiança com o campo religioso com relação aos dogmas em favor do deísmo. O filósofo alemão J. Christian Wolff em sua obra *Pensamentos racionais sobre Deus, o mundo, a alma todas as coisas em geral* de 1720 retrata alguns pontos fundamentais, uma vez que *a razão humana tem a possibilidade de dissipar as nuvens da ignorância, do erro e da injustiça, ate iluminar, como um sol, o caminho da ciência que há-de permitir à humanidade o progresso e a felicidade*. In: J.M. Souza, *Iluminismo*, 29 de dezembro de 2009. Disponível em: [http://edtl.fcsh.unl.pt/encyclo\\_pedia/iluminismo/](http://edtl.fcsh.unl.pt/encyclo_pedia/iluminismo/). Acesso em: 28 de junho de 2019.

14 Em 1764 houve a publicação da obra “Dos Delitos e das penas” (*“Dei Delitti e delle pene”*), trazia o caráter questionador sobre as penas e meios de provas que eram aplicados, contrapondo uma valorização de modo preventivo do princípio da legalidade, universalidade e racionalização como uma forma de obter uma eficácia na administração da Justiça.

15 Para Jorge de Figueiredo Dias a liberdade de apreciação da prova, é no fundo, uma liberdade de acordo com um dever - o dever de perseguir a chamada verdade material-, de tal sorte que a apreciação há de ser, em concreto, reconduzível a critérios objetivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e de controlo (possa embora a lei renunciar à motivação e ao controlo efetivos). *Idem*. p. 202-203.

## Exposição histórica sobre o aparecimento da Presunção de Inocência

Em meio ao cenário iluminista, a Europa estava tomada por seus ideais, o Estado francês aprovou a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no dia 26 de agosto de 1789<sup>16</sup>. Foi de extrema importância o aparecimento deste documento, pois trazia expressamente a primeira positivação da presunção de inocência através do “*Art. 9.º - Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei*”<sup>17</sup>.

O texto por completo da declaração surgiu com objetivo de obstruir os abusos cometidos pelo Estado, pois este deveria ser reerguido sob uma estrutura caracterizada por um liberalismo e pela democracia. Ou seja, o indivíduo que era submetido ao processo penal deveria ter o tratamento digno sem que qualquer condição o levasse a submissão de algum instituto que o equiparasse como culpado<sup>18</sup>.

Uma nova perspectiva foi trazida ao processo penal no que diz respeito ao polo passivo<sup>19</sup>, muito diferente do que era utilizado em tempos passados conforme relatos feitos anteriormente. A partir deste momento ninguém mais poderia ser considerado ou sequer tratado como culpado sem que antes existisse uma sentença penal condenatória transitada em julgado que confirme sua culpa<sup>20</sup>.

Faça o bom uso das palavras de Ferrajoli quando afirma “*o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade - uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debata - contra o abuso e o erro*”<sup>21</sup>.

Em 1948 houve a universalização em reconhecimento global da presunção de inocência por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem,

16 BRAZ, José Alberto. *Op cit.* p. 35 e 36.

17 Texto integral da declaração disponível em: <https://pt.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

18 BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007, p. 39.

19 Vincenzo Manzini e demais integrantes da escola técnico-jurídica encontravam-se no polo oposto ao da presunção de inocência sob a afirmação de que “*se presume a inocência do imputado, pergunta o bom senso, por que então proceder contra ele?*”. Posicionamento atualmente superado. *Apud.* José Alberto Braz. *Op cit.* p. 38.

20 Francisco Caamaño aduz que “*Uma vez que a culpa não pode ser determinada independentemente da vontade de cada indivíduo, é claro que a culpa não pode ser presumida normativamente[...] Nessa perspectiva, a acusação contida na norma nunca poderá operar independentemente das condições particulares de conhecimento e vontade de cada infrator, pois, caso contrário, a norma torna-se um projeto de alcance geral que negaria à humanidade a característica da liberdade individual. É por esta razão que a proscrição das chamadas presunções objetivas de culpa encontra o seu lugar nesse produto típico da modernidade que é o Estado de direito: uma ação criada à medida da dignidade legalmente atribuída ao homem*” (tradução minha). *In. La garantía constitucional de la inocencia*. Universitat de València: Tirant lo Blanch, 2003, p. 201 e 202.

21 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: a teoria do garantismo penal* (tradução Ana Paula [et. al.]). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.502.

trazendo expressamente em seu artigo 11, 1 que “*Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa*”<sup>22</sup>.

Logo após sua elaboração outros documentos importantes foram surgindo não só em função da positivação da presunção de inocência como também para a proteção dos direitos humanos fundamentais. São exemplos disso, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem (1950)<sup>23</sup>, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)<sup>24</sup>, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)<sup>25</sup>, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000)<sup>26</sup>.

A Declaração dos Direitos do Homem e o Cidadão de 1789 foi a propulsora em traçar os contornos das manifestações<sup>27</sup> acerca das regras e modelo Processual Penal integradoras do princípio da presunção da inocência.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já manifestou posicionamento ao confirmar que um indivíduo é inocente até que sua culpabilidade seja devidamente comprovada, considerando o respectivo princípio subjaz o propósito das garantias judiciais<sup>28</sup>.

O postulado da presunção de inocência foi consagrado em Constitui-

---

22 Texto integral da declaração disponível em: [http://pdfc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem.pdf](http://pdfc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf). Acesso em: 29 de junho de 2019.

23 “Art. 6, 2 - 2. *Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*”. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 29 de junho de 2019.

24 “Art.14, 2- *Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida*”. Disponível em: [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto\\_internacional\\_sobre\\_os\\_direitos\\_civis\\_e\\_politicos.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf). Acesso em: 29 de junho de 2019.

25 “Art. 8º, 2- *Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 29 de junho.

26 “Art. 48, 1- . *Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa*”. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 29 de junho de 2019.

27 Jaime Vegas Torres aponta que são três as principais manifestações integrantes do princípios, a primeira é um princípio basilar, pois é em torno dele em que o processo penal liberal se constrói e estabelece garantias ao imputado perante a atuação coercitiva do Estado; é também um postulado que está vinculado ao tratamento do imputado ao longo do processo penal (inclusive fase pré – processual), sendo que partindo da ideia de inocência deve haver a redução das medidas restritivas de seus direitos; e por fim é uma regra relacionada diretamente ao juízo realizado por uma sentença penal, sua incidência é no âmbito probatório, o que resulta em vinculação de prova completa da culpabilidade do fato com carga absolutória ou acusatória. *Apud*. Aury Lopes Júnior. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 13ª edição, 2016, ISBN 978-85-472-0123-4 (e-book), p. 83 e 84.

28 Sentença prolatada em 12 de Novembro de 1997 sobre o caso Suárez Rosero vs. Equador, ponto XII nº 77 na página 21. O texto integral da sentença está disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_por.doc). Acesso em: 30 de junho de 2019.

ções em plano nacional e internacional passando a estruturar-se como um direito fundamental a ser garantido ao indivíduo a fim de alcançar a efetividade aos cumprimentos dos direitos humanos<sup>29</sup> que foram consagrados.

Na essência, a presunção de inocência serve como um verdadeiro princípio norteador dentro do processo penal<sup>30</sup>, devendo ser sintetizada na expressão de “dever de tratamento”, pois a complexidade de conceituação resulta em atuação em diferentes dimensões do processo penal, interna (tratamento a ser dado pelo juiz ao suposto acusado) e externa (relacionada aos limites da publicidade abusiva)<sup>31</sup>.

## Processo Penal do espetáculo

Como pudemos perceber, a pena era um meio de controle de expansão da “criminalização” e manutenção da segurança societária, pois havia um fascínio pela punição e nem sequer cogitavam em análise dos fatos concretos, uma vez que a verdade e a liberdade eram valores postos de lado.

Atualmente muitas dessas características têm sido percebidas ao longo do processo penal, que é chamado de espetacular porque na maioria das vezes a dialética entre as partes está sendo substituída pelo discurso do juiz a fim de agradar a sociedade. A tradição autoritária em que condicionava os espectadores (ator social que assiste e/ou atua) deixou resquícios na sociedade, pois no processo/julgamento, vulgo “espetáculo”, os direitos e garantias fundamentais são substituídos em nome dos anseios pela punição e da ideia da máxima eficiência da pena como um remédio de controle do crime.

A função essencial do processo penal como um meio necessário para manter o Estado Democrático de Direito através da imposição de limites ao exercício de poderes está se desvirtuando, afetando diretamente a garantia do processo e respectivos direitos dos investigados e acusados. Mas, no processo penal democrático o foco de reconstrução ética de um caso imputado ao réu é invertido no processo penal do espetáculo<sup>32</sup>, onde o enredo sobrepõe o

29 Para informações complementares, Fábio Konder Comparato traz relatos sobre os direitos humanos em sua obra *“A afirmação histórica dos Direitos Humanos”*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, 3ª edição revista e ampliada.

30 Aury Lopes Júnior explica que se há veracidade em afirma que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos também estarão pelas penas arbitrárias. Isso faz com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, bem como uma garantia de segurança ou defesa social. Pois enquanto segurança oferecida pelo estado de Direito se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. Isto é, é uma defesa que se oferta ao arbítrio punitivo. In. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p.181.

31 LOPES JÚNIOR, Aury (2016). *Op cit*, p. 319.

32 O autor Rubens Casara traz o conceito de que o espetáculo aposta na exceção: o respeito à legalidade estrita revela-se enfadonho e contraproducente; os direitos e garantias fundamentais podem ser afastados. As formas processuais deixam de ser garantias dos indivíduos contra a opressão do Estado, uma vez que não devem existir limites à ação dos mocinhos contra os bandidos (a forma passa a ser um detalhe que pode ser afastada de acordo com a vontade do “diretor”). Com a desculpa de punir os “bandidos” que violaram a lei, os “mocinhos” também violam a lei, o que faz com que percam a superioridade

fato e atende aos desejos da opinião pública fazendo com que o acusado se transforme em um mero objeto, que na maioria das vezes nem sequer é chamado para contribuir<sup>33</sup>.

Fala-se em uma falsificação da realidade ou uma descontextualização<sup>34</sup>, ou seja, a representação social é um tanto distante da real complexidade do fato posto à frente da análise do Poder Judiciário, onde dois valores entram em conflito, a liberdade versus verdade. Alguns casos penais tornam-se extremamente atrativos<sup>35</sup>, sendo vistos como uma luta entre o bem e mal, com mocinhos e bandidos resultando num verdadeiro show sensacionalista a ser apresentado. A consequência mais preocupante disso tudo não é só a violação de normas jurídicas, mas a posição de vulnerabilidade a que o indivíduo se encontra, uma vez que é visto como um vilão e torna-se culpado antecipadamente, e não sentença absolutória capaz de deletar toda a estigmatização social que ocorreu.

No processo penal do espetáculo todos os envolvidos querem exercer bons papéis, quase ninguém se atreve a agir contra os desejos de punir a qualquer preço, pois são sempre manipuláveis, seja por grupos econômicos ou por um “juiz-diretor talentoso” que atende os meios de comunicação de massa. Nesse cenário há também os atores jurídicos que são elevados à condição de verdadeiros heróis, mas são os menos encorajados, pois atendem ao desejo de punir clamado pela população por conta do medo de decidirem algo contra a opinião pública e assim acabam por violar a lei, e ocultar a verdadeira aplicação e respeito aos direitos fundamentais.

Mas o panorama atual processual penal brasileiro está por vezes ultrapassando limites, pois as repercussões sobre os casos penais estão cada vez mais explícitas e violadoras de direitos fundamentalmente assegurados pelo ordenamento jurídico. Infelizmente esse modo como o indivíduo é exposto<sup>36</sup>

---

ética que deveria distingui-los. Porém, o enredo que pauta o processo e é consumido pela sociedade, com o auxílio dos meios de comunicação de massa, não permite reflexões éticas ou miradas críticas. Tudo é simplório, acrítico e condicionado por uma tradição autoritária (o importante é a sedução exercida pelo poder penal e o reforço da ideologia dominante). *A espetacularização do processo penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 122, ISSN 1415-5400, 2016, p. 309-318.

33 *Idem*.

34 Rui Barbosa traz delineamentos interessantes sobre a atuação dos meios de comunicação social e a proliferação de informações em sua obra “A imprensa e o dever da verdade”, Brasília: Edições do Senado Federal, vol.272, 2019.

35 Um exemplo americano pertinente a ser lembrado foi o caso do O. J. Simpson acusado de assassinar a sua mulher e o namorado em 1994, inúmeros detalhes do processo foram divulgados e comentados por toda imprensa americana, havendo uma mobilização social frente às câmeras e horas antes do anúncio do veredicto o presidente, Bill Clinton, fora informado sobre medidas de segurança a serem aplicadas em casos de “distúrbios” de rua e Los Angeles entraria em estado de alerta total. Ou seja, no âmbito penal ele foi absolvido e ao mesmo tempo condenado pela mídia. Eleonora Rangel Nacif comenta sobre o caso em “*A mídia e o processo penal*”. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/a-midia-e-o-processo-penal-23316/>. Acesso em: 14 de novembro de 2019.

36 Torna-se pertinente exemplificar o caso cruel e triste da pequena Isabella Nardoni que



é um dos pontos mais graves que afeta diretamente a garantia da presunção de inocência e resulta em danos irreversíveis para sua vida.

Um processo penal dito como devido é aquele em que é assegurado primordialmente o contraditório, ampla defesa e demais garantias como a imprescindível defesa técnica, ou seja, ninguém deverá ser culpado sem que anteriormente haja um devido processo legal<sup>37</sup>. Essa ideia central visa assegurar uma maior proteção e previsão dos direitos (inclusive humanos) e está contida em instrumentos internacionais como na Convenção de Americana de Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)<sup>38</sup> e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos<sup>39</sup>, os quais foram incorporados aos sistemas nacionais de cada país que aderiu à esses documentos em suas respectivas Constituições.

O Processo Penal deve buscar tutelar pela liberdade<sup>40</sup> do indivíduo, o qual está amparado por dois textos legais que trazem a previsão basilar do princípio da presunção de inocência, pela Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, LVII e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ambos documentos já citados anteriormente.

Quando se tem a ocorrência de crimes bárbaros, a mídia cria literalmente uma cena em que o palco é o espetáculo do crime, a notícia é transformada e divulgada como se fosse uma sentença de condenação definitiva e não apenas como mera informação sobre o caso. Aquele que está na posição de suspeito passa diretamente a ser réu, uma vez que as circunstâncias do crime ainda não foram apuradas e são vistas como provas absolutas de autoria e materialidade. A matéria jornalística que circula é uma espécie de sentença de morte moral do indivíduo que ainda está sendo submetido às investigações, que na maioria dos casos mal iniciaram.

As informações que circulam através dos meios de comunicação em massa vão para além da lesão aos direitos da personalidade. Há sem dúvida uma violação direta à presunção de inocência e isso repercute no tratamento dispensado pelos próprios agentes estatais que são encarregados da persecução criminal. O chamado “clamor social” é visto como uma justificativa para

---

aconteceu no Brasil, o país passou dias e dias vivenciando o drama e o exagero divulgado pela mídia. Para maiores informações sobre o caso Isabella Nardoni está disponibilizado na íntegra a sentença deste caso, no seguinte site: <https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/2134591/integra-da-sentenca-do-caso-nardoni>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

37 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, LIV e LV. *Constituição da República Federativa do Brasil – até a Emenda 105/2019* (e-book). 55ª edição. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020, p. 27.

38 Artigo 8º, item 1. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. *Op cit*.

39 Artigo 14. *Pacto Internacional de Direito Cível e Político*, 16 de dezembro de 1966. *Op cit*.

40 A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, assegurou o direito à liberdade como sendo, ao lado do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, direito fundamental básico do cidadão, servindo como alicerce aos demais direitos descritos nos incisos consequentes do mesmo dispositivo. *Op cit*. p.18.

agravar o tratamento a ser dado ao acusado, isso significa dizer que a pressão produzida pela mídia, a fim de punir a pessoa investigada, acaba sendo acolhida pela justiça. A sociedade cria um sentimento de repulsa, uma antipatia face ao indivíduo que cometeu ou não o crime e isso resulta em um descontentamento, uma verdadeira comoção social envolvida por um sentimento negativo que grita por uma severidade na punição daquele.

Diante disso, os fatos e a suposta autoria expostos pela mídia são baseados tão somente em dados iniciais de investigação policial (elementos informativos e nem sempre são elementos de prova) é o bastante para que haja uma apuração sumária e que seja atribuída ao indivíduo a culpa destituída de qualquer possibilidade de defesa. Há uma exploração exagerada do fato criminoso seguida de divulgações que não condizem com a realidade fática, taxando o indivíduo previamente como culpado.

É por isso que é um tanto automático ao estarmos diante deste um cenário lembrarmos dos meios arbitrários aplicados aos julgamentos que existiam na Idade Média, uma vez que as garantias processuais eram postas definitivamente de lado e conseqüentemente o juízo de culpabilidade era antecipadamente e precipitadamente decidido. Estaríamos então infelizmente resgatando o antigo sistema?

É perceptível que houve um avanço na sociedade, principalmente impulsionado pelo processo de globalização tecnológica, mas por outro lado vestígios de retrocessos estão aparecendo e se voltando contra o próprio sistema. A publicidade excessiva é um dos grandes exemplos, em que foi consagrada através de grandes períodos de luta contra a censura e hoje tem sido utilizada de forma ampla e demasiadamente quanto ao processo penal. Desde os tempos passados, a publicidade é vista como um obstáculo.

Germano Marques da Silva afirma que um dos grandes problemas atuais é encontrar o equilíbrio entre a eficácia da investigação e a defesa do arguido, pois infelizmente temos a expansão dos meios de comunicação social com a liberdade de informação e o chamado jornalismo de investigação<sup>41</sup>.

Aury Lopes Júnior, para uma maior reflexão sobre tudo o que fora exposto nesse estudo, aduz que : *“Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”*<sup>42</sup>.

O Ministro Marco Aurélio comenta que a Constituição Brasileira possui força normativa suficiente a garantir aos cidadãos direitos individuais e coletivos, não devendo ser tratada como uma mera papel a ser rasgado sempre

41 SILVA, Germano Marques da. *Direito processual penal português- do procedimento (marcha do processo)*. Lisboa: Universidade Católica Editora, volume III, 2014, p. 96.97.

42 LOPES JÚNIOR, Aury (2016). p. 84.

que se depare com situações que contrariem a política momentânea, pois a melhor saída a ser encontrada em momentos de crise é justamente o respeito às normas constitucionais. Não devendo se fazer política criminal em face da Constituição, mas sim com amparo nela. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a guarda da Constituição, não podendo haver entendimentos que coloquem o próprio texto constitucional em vulnerabilidade, a taxatividade não deve ser ultrapassada (salvo em hipóteses de cautelaridade) e nem mesmo deve haver alteração jurisprudencial a dar-lhe interpretação “*in malam partem*”<sup>43</sup>.

Atualmente, os remédios processuais menos gravosos estão perdendo seu caráter provisório e excepcional e sendo substituídos pela definitividade aos olhos daqueles que não enxergam o processo penal à luz da carta magna e demais preceitos universalmente consagrados, e lamentavelmente a aplicabilidade das garantias ao processo penal tem sido interpretada como sinônimo de impunidade.

## Notas conclusivas

Diante do que foi exposto neste trabalho pôde se perceber a importância da presunção de inocência, que possui respaldo a nível universal em se tratando de efeito normativo e status garantidor ao indivíduo que é submetido à um processo penal. Isto é, a presunção de inocência segundo a legislação brasileira é um direito fundamental do indivíduo. A luta travada ao longo dos anos resultou não só no surgimento desse princípio, mas também em direitos e garantias que foram sendo aperfeiçoados com o passar da evolução da sociedade.

O chamado processo penal do espetáculo não passa de uma inversão processual que resulta na violação de preceitos e garantias processuais penais e constitucionais, sobretudo no que diz respeito ao juízo de culpa. O indivíduo é tido culpado antes mesmo de se terminarem as investigações com base na exposição midiática trazida pelos meios de comunicação e pelo fervor de punição exalado pela população. O juiz cede ao clamor do populismo e da mídia em prol da aplicação de pena como se isso fosse um meio satisfatório de se fazer justiça e manter a segurança social. O princípio da presunção de inocência em especial é mutilado e a vida de um indivíduo é maculada por causa das criações midiáticas e isso se torna uma marca indelével. As proteções constitucionais são ignoradas e o garantismo penal não possuem espaço quando se tem a “justiça” como um espetáculo.

É indiscutível o fato de que crime cruelmente praticado provoca um sentimento de ódio no ser humano e isso desperta desenfreadamente o desejo

43 STF - RHC: 144293 RJ - RIO DE JANEIRO 4000052-43.2017.1.00.0000, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, data de Julgamento: 19/03/2018, Data de Publicação: DJe-057 23/03/2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559807848/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-144293-rj-rio-de-janeiro-4000052-4320171000000> . Acesso em: 20 de novembro de 2019.

de vingança, mas ninguém está incumbido de julgar mortalmente outro ser humano. A universalidade da presunção de inocência até que se comprove devidamente a culpa, por sentença penal transitada em julgado, do acusado é assegurada por Convenções e Constituição que foram citadas no corpo deste trabalho. Nem a mídia, nem o povo e muito menos o juiz deve privar a liberdade de um indivíduo sem antes haver a comprovação concreta dos elementos de autoria e materialidade acerca do fato ocorrido. A razoabilidade, proporcionalidade e direitos assegurados devem fazer parte dos processos, fazendo jus ao devido processo legal e não deixar que resquícios do sistema punitivo anterior venha a ganhar espaço novamente. Por isso tornou-se pertinente a exposição dos sistemas de avaliação de provas que vigoravam antigamente, em que era completamente provido de “achismos” e convicções divinas antecipadamente condenatórias ausentando o devido processo legal. E é isso que tem se percebido em muitos processos penais brasileiros, e por sinal demais países, como foi citado o caso americano do jogador de basquete.

Pois, se a ideia é a de vivermos em um Estado Democrático de Direito onde os direitos, deveres e garantias são verdadeiras limitações constitucionais ao poder estatal, diante desse atual quadro, impõe-se que deve haver o resgate dos verdadeiros axiomas/princípios e normas basilares/pilares do processo penal como um instrumento de garantia contra a opressão e, (sobretudo no que diz respeito a atuação profissional e ética dos agentes integrantes da máquina estatal e seus poderes) instrumento de validade e eficácia quanto as garantias daquele que está a ser submetido as mazelas do processo.

E fundamental é a fortificação da atuação ética das autoridades, pois são os verdadeiros detentores de poder, mas infelizmente esse campo acaba por estar além “dos dotes” do processo penal, pois muitos vícios ainda se encontram enraizados em nossa sociedade.

Só por meio de uma conjugação de eficácia normativa e atuação ética conforme os moldes da lei é que poderemos iniciar a caminhada de tentar afastar o “pré-julgamento” midiático e populista influenciadores das decisões tomadas no processo.

## Referências

AURÉLIO, Daniel Rodrigues. **O animal político**. Disponível em: <http://kairoscoidianofilosofia.blogspot.com/2013/04/o-animal-politico.html>.

BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. Brasília: Edições do Senado Federal, vol.272, 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** (tradução de José de Faria Costa da obra original italiana *Dei Delitti e Delle Pena*, edição de Harlem, Livorno, 1766). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 2009.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Direito Processual brasileiro**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.

BRAZ, José Alberto. **Evolução histórica da prova em processo penal (do pensamento mágico à razão) – Investigação do crime organizado no Estado de Direito**. Dissertação orientada pelo Prof<sup>o</sup> Doutor José Anes Duarte Nogueira e pela Co-orientadora Prof. Doutora Teresa Quintela de Brito. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – até a Emenda 105/2019** (e-book). 55ª edição. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020.

BRASIL. **STF** - RHC: 144293 RJ - RIO DE JANEIRO 4000052-43.2017.1.00.0000, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, data de Julgamento: 19/03/2018, data de Publicação: DJe-057 23/03/2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559807848/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-144293-rj-rio-de-janeiro-4000052-4320171000000> .

BRUM, Nilo de Barros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CAAMAÑO, Francisso. **La garantía constitucional de la inocencia**. Universitat de València:Tirant lo Blanch, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição revista e ampliada.São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto\\_internacional\\_sobre\\_os\\_direitos\\_civis\\_e\\_politicos.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf) .

COSTA RICA, San José. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_american.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_american.htm).

COSTA RICA, San José. **Corte Interamericana de Direitos Humanos - Caso Suárez Rosero Vs. Equador**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_por.doc) .

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1º volume,1974.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal** (tradução Ana Paula [et. al.]). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOSEN, Maurício. **Íntegra da sentença do caso Nardoni**. Disponível em: <https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/2134591/integra-da-sentenca-do-caso-nardoni>.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - 1789**. Disponível em: <https://pt.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos de Proceso Penal**. Barcelona: Editora Bosch, 1935.

IMBERT, Jean; LAVASSEUR, George. **O poder, os juízes e os Carrascos- 25 séculos de repressão**. Lisboa: Editora Estúdios Cor, 1ª edição, 1975.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva,13ª

edição, 2016, ISBN 978-85-472-0123-4 (*e-book*).

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

NACIF, Eleonora Rangel. **A mídia e o processo penal**. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/a-midia-e-o-processo-penal-23316/>.

PORTUGAL, Ministério Público. **Pacto sobre os Direitos Civil e Políticos**. Disponível em: [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto\\_internacional\\_sobre\\_os\\_direitos\\_civis\\_e\\_politicos.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf).

PORTUGAL. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf).

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003.

SILVA, Germano Marques da. **Direito processual penal português- do procedimento (marcha do processo)**. Lisboa: Universidade Católica Editora, volume III, 2014.

*The Law dictionary & black's Law dictionary 2nd*. Disponível em: <https://dictionary.thelaw.com/judicial-dei/>.

# A DECRIPÇÃO COATIVA DE SMARTPHONES E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE ARGUIDOS

**Bárbara da Rosa Lazarotto**

Aluna no Mestrado em Direito Judiciário na Escola de Direito da Universidade do Minho. Pós-Graduada em Direitos dos Animais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Pós-Graduada em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba

## **Resumo:**

Este artigo visa abordar a decifração coativa de *smartphones* no ordenamento jurídico português e suas eventuais repercussões com relação a direitos humanos dos arguidos. Para isso primeiramente abordaremos a Lei do Cibercrime e a pesquisa de dados informáticos como meio de obtenção de prova, em seguida abordaremos em que contexto a decifração coativa poderia ser determinada judicialmente. Por fim, trataremos a respeito da possibilidade de violação de direitos humanos de tal coação.

**Palavras-chave:** Decifração coativa; Smartphones; Pesquisa de dados informáticos; Direitos humanos.

## **Formulação e delimitação do problema em análise**

O telefone foi um aparelho inventado há 145 anos atrás que visava permitir a comunicação pessoal. A invenção foi um sucesso tendo em vista que perdura até os tempos de hoje, contudo, o telefone sofreu grandes modificações, muitas delas influenciadas pela tecnologia.

Por volta dos anos 80 e 90 do século passado, houve a transformação do telefone em telemóvel, o que possibilitou que os usuários estivessem sempre em comunicação, esta por si só já foi uma grande mudança, contudo a evolução do telemóvel não parou por aí, a longo dos anos os telemóveis passaram a ganhar mais funções, tais como, mensagens de texto e câmaras fotográficas. Contudo, foi a união da internet com os telemóveis que modificou a tecnologia e a forma que vemos o mundo para sempre.

A união da internet com os telemóveis os transformou em aparelhos inteligentes e deu surgimento ao termo *smartphone*. Os *smartphones* se diferen-

ciam dos telemóveis simples, pois tem conexão à internet, o que os permite oferecer mais ferramentas para o usuário, como por exemplo, correio eletrônico, músicas, filmes, vídeos, redes sociais, acesso à contas bancárias, tudo isto ficou acessível através dos *smartphones*. Diante da praticidade e dos diversos serviços oferecidos, estes aparelhos se popularizaram, é estimado que em 2006 74,4% da população portuguesa declarou que tinha telemóvel, já em 2010 o número passou para 88,7%.<sup>1</sup>

Para cada função exercida pelo telemóvel, diferentes dados são produzidos e armazenados, por exemplo, correio eletrônico, fotos, vídeos, músicas, contactos, mensagens de texto. São tantas informações acerca do utilizador que não tardou que estes dados se tornassem alvo de interesse no âmbito do direito. Anteriormente, os telemóveis poderiam ser alvo de escutas telefónicas como um telefone comum, entretanto a existência de dados se tornou uma nova possibilidade de prova.

Inicialmente, a legislação não foi capaz de acompanhar a evolução tecnológica. Por isso, o regime das escutas telefónicas foi estendido para possibilitar a obtenção de tais dados conforme disposto no já revogado art. 189.º do CPP. Entretanto, tal extensão provou-se ser incompleta sendo necessária uma lei específica para abordar a questão, surgiu assim a Lei do Cibercrime.

A Lei do Cibercrime foi o resultado da ratificação de Portugal à Convenção sobre Cibercrime de Budapeste e é uma lei bastante abrangente que cria novos tipos penais restritos à crimes em âmbito digital bem como dispõe de novas regras processuais penais, como novos meios de obtenção de prova específicos para o ambiente digital.<sup>2</sup>

Dentre estes novos meios de obtenção de provas foi criada a pesquisa de dados informáticos, que é uma espécie de busca em âmbito digital e visa buscar os dados apontados como relevantes em âmbito processual penal.

Contudo, conforme mencionado anteriormente, para cada função exercida pelo telemóvel, diferentes dados são produzidos e armazenados. Diante do conteúdo e da variedade destes dados, os próprios fabricantes de telemóveis criaram um sistema de proteção que impede o acesso indesejado de terceiros, chamado de “criptação”. Ao longo do tempo, este sistema atingiu um nível de sofisticação que tornou-se virtualmente impossível aceder os dados sem a colaboração do utilizador.

Diante desta situação, sem a colaboração do arguido e sem qualquer disposição na Lei do Cibercrime acerca de tal situação, a pesquisa de dados informáticos não poderá ser realizada. É neste contexto é que encontramos o tema central deste estudo.

Em razão da impossibilidade de aceder aos dados armazenados nos telemóveis por meio da pesquisa de dados informáticos, haveria a possibilidade

1 LIMA, Tiago, CARDOSO, Gustavo, ESPANHA, Rita. A apropriação dos Telemóveis na Sociedade em Rede. *A Sociedade em Rede*, janeiro, 2011.

2 FIDALGO, Sónia - A recolha de prova em suporte electrónico - em particular, a apreensão de correio eletrônico. *Revista Julgar* nº 38, maio-agosto 2019, pp. 151-160.



de coagir o arguido a decriptar o seu telemóvel pessoal? Caso positivo, quais direitos humanos seriam violados por tal coação?

## Legislação pertinente

A Lei do Cibercrime surgiu no contexto de uma série de falhas legislativas e da insuficiência da Lei da Criminalidade Informática que vigorou desde 1991 até 2009. Diante disso, o legislador ao elaborar a lei procurou criar dar-lhe abrangência a fim de que que cobrisse toda a temática acerca da criminalidade informática, por isso, foram criados novos tipos penais mas também, novas normas processuais penais.

Dentre as normas processuais penais, encontra-se no art. 15.º a pesquisa de dados informáticos, um meio de obtenção de prova, semelhante ao regime das buscas presente no CPP, adaptado para o ambiente digital. A pesquisa poderá ser realizada em qualquer dispositivo informático, como CD, pen drives, computadores e telemóveis.<sup>3</sup>

Desta forma, uma vez que algum dado informático seja necessário para a busca da verdade no âmbito processual penal, a pesquisa de dados informáticos poderá ser utilizada e o dado em questão será pesquisado. Para que isto se efetive, a pesquisa deverá ser determinada por uma autoridade judiciária competente através de despacho que irá especificar os dados que deverão ser pesquisados e em quais dispositivo deverá ser realizada a pesquisa.

É importante ressaltar que, conforme dispõe o art. 11.º da Lei do Cibercrime, as disposições processuais poderão ser aplicadas tanto com relação a crimes no âmbito digital quanto a crimes comuns previstos no Código Penal, o que dá uma grande abrangência à pesquisa de dados informáticos.

De todo modo, a Lei do Cibercrime não dispõe como se deve proceder no caso dos dados se encontrarem inacessíveis em razão de proteção por encriptação. Assim, existem duas possibilidades de resolução:

Na primeira, o arguido poderá ceder acesso aos dados armazenados, seja cedendo a chave de acesso ou decriptando-os por si mesmo. Já na segunda resolução, o arguido poderá recusar-se a ceder acesso aos dados, impossibilitando a obtenção de prova e obstando a pesquisa de dados informáticos.

Entretanto, surge a possibilidade de uma terceira resolução, através da coação do arguido. Para abordarmos tal questão nos utilizaremos das disposições do Código de Processo Penal – *lex generalis* – acerca do dever de colaboração do arguido.

---

3 Art. 2º da Lei do Cibercrime: a) «Sistema informático», qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em que um ou mais de entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, protecção e manutenção;

## O dever de colaboração do arguido

Desde a implementação do sistema acusatório, o arguido deixou de ser objeto de prova do processo penal e passou a ser considerado um sujeito detentor de direitos. Entretanto, pese embora este papel de sujeito processual, o arguido ainda tem alguns deveres aos quais ele terá de se sujeitar os quais estão dispostos no art. 61.º, n.º 6 alíneas a) à c) do CPP, sendo eles: o dever de comparecer perante o juiz, o Ministério Público ou órgãos de polícia criminal quando a lei o exigir e quando tenha sido convocado; o dever de responder com verdade às perguntas relativas à sua identidade e por fim, o dever de sujeitar-se à diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas em lei e ordenadas por autoridade competente.

Nota-se portanto que em algumas situações, o arguido terá de sujeitar-se à diligências de prova, sendo este o ponto central para este estudo. Seria possível inserir a decifração coativa de telemóveis no âmbito do dever de sujeitar-se a diligências de prova? Vejamos.

No que tange ao dever do arguido de sujeitar-se à diligências de prova, a jurisprudência dos tribunais portugueses afirmam que o arguido tem o dever de participar de acareações, muito embora possa manter-se em silêncio, bem como o dever de participar de reconhecimentos pessoal, provas dactiloscópicas, fotográficas e provas periciais.<sup>45</sup>

Os dados alvos da pesquisa são arquivos digitais, compostos de bits<sup>6</sup> os quais deverão ser traduzidos para uma linguagem não técnica para que sejam utilizados em âmbito processual e sejam compreendidos pelos operadores do direito, para que isto seja realizado é necessário um trabalho pericial especializado, sendo desta forma, considerada uma espécie de prova pericial conforme disposto no art. 151.º do CPP.<sup>7</sup>

Conclui-se então, que sendo a prova eletrónica uma prova pericial, de forma geral haverá um dever de cooperação do arguido na diligência de prova, especificamente na pesquisa de dados informáticos.

4 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 14/2014, de Fixação de Jurisprudência, in DR I Série de 21 de Outubro de 2014: Os arguidos que se recusarem á prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exm.º Magistrado do M.º P.º, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1 b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária.

5 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 412

6 Bit, é a menor unidade de informação ser armazenada ou transmitida na comunicação de dados. Os computadores possuem comandos que testam e manipulam bits. O valor de um bit é armazenado como uma carga elétrica dentro de um dispositivo de memória, mas também podem ser representados fisicamente por vários meios, como pela eletricidade, através de fibras óticas, ou em leitores e gravadores de discos, por ondas eletromagnéticas, como nas redes wireless. Disponível em: <https://www.significados.com.br/bits/>

7 Art. 151.º - A prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos.

Uma vez determinada que há a possibilidade de coagir o arguido a decriptar o telemóvel para fins de realizar-se a pesquisa de dados informáticos, surge o questionamento de quais direitos humanos poderão ser violados.

## Direitos humanos violados

Inicialmente, apontamos que o presente estudo irá focar-se na Convenção Europeia dos Direitos do Homem tendo em vista ser este o sistema regional europeu. Isto posto, o TEDH realiza a análise de eventuais violações a direitos humanos em duas etapas: A primeira etapa faz uma análise do caso concreto a fim de apontar se e quais direitos humanos foram violados. A segunda etapa por sua vez, faz uma análise das eventuais consequências jurídicas para as evidências obtidas em razão da violação dos direitos humanos.

Diante disso, primeiramente iremos apontar duas possíveis violações de direitos humanos na decriptação coativa de telemóveis, nomeadamente: a proibição da tortura e o direito a um processo equitativo.

## Proibição de tortura, penas e tratamentos desumanos ou degradantes

A proibição da tortura, penas e tratamentos desumanos ou degradantes está localizada no art. 3.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Esta proibição, de acordo com o entendimento do TEDH, é absoluta tendo em vista ser a base de uma sociedade democrática.<sup>8</sup> Apesar disso, não há um conceito de tortura na Convenção, cabendo ao TEDH determinar os padrões de quais atitudes serão consideradas tortura ou tratamento desumano ou degradante.

Neste contexto, o Tribunal de certo modo mescla os conceitos de tortura, tratamento desumano ou degradante, ao definir que tortura é um tratamento desumano ou degradante agravado, e que a diferença principal entre eles é a intensidade e severidade do tratamento. Contudo, de forma geral ambos violam a dignidade da pessoa humana.<sup>9</sup>

O TEDH tem a difícil tarefa de encontrar o equilíbrio entre a atuação estatal e a preservação dos direitos dos arguidos, por isso, estabelece um limiar de violação que irá variar de acordo com as circunstâncias do caso e as características do arguido.<sup>10</sup> De todo modo, o TEDH é firme ao afirmar que haverá pena ou tratamento desumano ou degradante quando o ato coagir pessoas a agir contra a própria vontade ou consciência.

8 HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, BATES & Ed, BUCKLEY, Carla. *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2ª edição, 2009, p. 422

9 SHABAS, William. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 1ª edição, Oxford, 2015, p. 171

10 "(...) However, the Court reiterates its case-law to the effect that ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case (...)" Vide *A, B and C v. Ireland*.

Assim, ao analisarmos o facto do arguido ser coagido a decriptar o telemóvel pessoal para que a pesquisa de dados informáticos seja efetuada, e assim, dados informáticos pessoais sejam acedidos no âmbito de um processo penal, é possível afirmar haver um tratamento desumano ou degradante.

A dignidade da pessoa humana é um princípio-base de um Estado Democrático de Direito, que coloca o ser humano e a natureza humana no centro da existência Estatal. É com base na dignidade da pessoa humana que o arguido é considerado um sujeito de direitos no âmbito do direito processual penal, não sendo mais utilizado apenas como um objeto para fins de atingir a verdade dos factos.

Desta forma, uma vez que o arguido é coagido a agir contrariamente a sua vontade, para fins de obtenção de prova, haverá, sem dúvida alguma, um tratamento desumano e degradante, diante da ofensa da dignidade da vítima.

## O direito a um processo equitativo

O direito a um processo equitativo está localizado no art. 6.º da Convenção Europeia. No entendimento do TEDH, este direito pode ser subdividido em diversos outros direitos, tais como o direito ao silêncio, direito a não autoincriminação e o direito a presunção de inocência, esta inclusive está disposta no n.º 2 do referido artigo.<sup>11</sup>

Quando falamos da decriptação coativa de telemóveis estamos a falar de duas das valências do direito a um processo equitativo: o direito a não autoincriminação e a presunção de inocência.

A presunção de inocência é o princípio que requer que o arguido seja considerado inocente e o processo seja conduzido sem com a ideia pré concebida que o arguido tenha cometido o crime do qual é acusado.<sup>12</sup> Isto terá diversas repercussões ao longo do processo, a principal delas é a acusação terá o ónus da prova<sup>13</sup> e o arguido terá ao seu favor o *in dubio pro reo*.

Outra repercussão da presunção de inocência é o direito a não autoincriminação, que é, acima de tudo, o respeito pela vontade do acusado e pela dignidade da pessoa humana<sup>14</sup> que determina que o arguido não será utilizado como meio de prova para fins de auxílio a sua própria acusação, reforçando novamente o ónus da prova da acusação.

Contudo, o direito a não autoincriminação não é um direito absoluto, o entendimento do TEDH é firme no sentido de que o arguido poderá ser coagido a realizar de exames que utilizem evidências tangíveis que existam independentemente da vontade do arguido, tais como sangue, hálito e urina.<sup>15</sup>

11 Saunders v. United Kingdom

12 *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)*. Council of Europe, 2014.

13 Telfner v. Austria

14 Saunders v. United Kingdom

15 HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, BATES, Ed, BUCKLEY, Carla. *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2ª edição, 2009, p.

Entretanto, ao analisarmos a decifração coativa de telemóveis percebemos que as evidências que serão obtidas são evidências que não existem materialmente, portanto intangíveis, e que existem em razão da vontade do acusado. Desta forma, podemos pressupor que este entendimento não é aplicável ao caso foco do presente estudo.

Inclusive, em análise do entendimento do TEDH observa-se que a interpretação do direito a não autoincriminação tem sido ampla, no sentido de compreender que uma interpretação restritiva deste direito não corresponde aos interesses exarados na Convenção.<sup>16</sup>

Isto posto, a decifração coativa de telemóveis é uma determinação que é contrária ao art. 6.º da Convenção por diversas razões, sendo elas, a transferência do ónus da prova para o acusado, o desrespeito pela sua vontade de não colaborar com a investigação, o que por si só já é uma violação da presunção de inocência e dignidade do arguido.

### **Consequências jurídicas de tais violações**

Uma vez determinadas as eventuais violações dos direitos humanos da proibição de tortura, penas e tratamentos desumanos ou degradantes e o direito a um processo equitativo, cumpre agora apontar quais seriam as consequências jurídicas, de acordo com o TEDH, de tais violações para fins de provas.

De modo geral o Tribunal faz categorização das consequências jurídicas de violações de direitos humanos para fins de prova: Na primeira categoria estão as violações de direitos tais como privacidade, tais violações pese embora reprováveis não contaminarão a prova obtida, que poderá ser utilizada; Na segunda categoria estão outros direitos da Convenção, nesta hipótese o Tribunal irá realizar uma ponderação acerca da evidência e da violação para fins de análise de admissão de prova; Na terceira categoria estão as violações de direitos as quais resultarão em uma total inadmissão das provas.<sup>17</sup>

Isto posto, no que tange às violações da proibição da tortura o Tribunal tem tido um posicionamento firme ao entender que evidências obtidas em resultado de tortura e tratamento desumano ou degradante bem como violações do direito a um processo equitativo não poderão ser utilizadas, independentemente do seu valor probatório e da existência de demais provas no âmbito do processo.<sup>18</sup>

Inclusive, no que tange a violação do art. 6.º da Convenção, em razão das regras de caráter processual penal, o TEDH tem adotado algumas teorias amplamente utilizadas no âmbito do processo penal, tais como os frutos da

---

422.

16 *Delcourt v. Belgium*

17 PINAR, Ölçer, F. *The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights. Exclusionary Rules in Comparative Law*. Springer, Dordrecht, 2013. pp. 371-399.

18 *Gäfgen v. Germany*

árvore envenenada e a descoberta inevitável para fins de admissibilidade ou não de prova.

## Considerações finais

Considerando a perspectiva abordada, é possível concluir que existe uma brecha legal no ordenamento jurídico português através da qual é possível que o arguido seja coagido a realizar a decifração de telemóveis para fins de diligência de prova.

Diante desta premissa, este estudo realizou uma análise dos possíveis direitos humanos violados por tal coação conjuntamente com uma análise das principais decisões exaradas pelo TEDH. Por fim, chegamos a conclusão que a decifração coativa de telemóveis tem o potencial de violação do direito a proibição a tortura, penas e tratamentos desumanos ou degradantes bem como ao direito a um processo equitativo, na sua variação do direito a presunção de inocência e direito a não autoincriminação.

Em seguida, realizamos uma análise das eventuais consequências jurídicas de tais violações, mais especificamente no que tange a admissibilidade das provas obtidas. Assim, observamos que a violação da proibição de tortura, tratamentos e penas desumanos ou degradantes e do direito a um processo equitativo são violações ditas absolutas, ou seja, as provas advindas de tais violações não poderão ser utilizadas no âmbito do processo penal.

Isto posto, faz-se necessário então, promover o debate em sociedade primeiramente a respeito da importância dos dados armazenados nos telemóveis para fins processuais, como eles deverão ser utilizados e para que fins. Além disso, é importante debater a respeito da capacidade lesiva da possibilidade jurídica, e até mesmo da constitucionalidade, da decifração coercitiva dos telemóveis tendo em vista cada vez mais as pessoas estão conectadas através de *smartphones* e cada vez mais dados estão a ser armazenados nestes aparelhos.

## Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 3ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.

FIDALGO, Sónia. A recolha de prova em suporte electrónico - em particular, a apreensão de correio electrónico. **Revista Julgar nº 38**, maio-agosto 2019, pp. 151–160.

CE. **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)**. Council of Europe, 2014.

HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, BATES & Ed, BUCKLEY, Carla. **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2ª edição, 2009.

LIMA, Tiago, CARDOSO, Gustavo, ESPANHA, Rita. A apropriação dos Telemóveis na Sociedade em Rede. **A Sociedade em Rede**, janeiro, 2011.

PINAR, Ölçer, F. The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights. **Exclusionary Rules in Comparative Law**. Springer, Dordrecht, 2013. pp. 371-399.

SHABAS, William. **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, Oxford University Press, 1ª edição, Oxford, 2015.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 14/2014, de Fixação de Jurisprudência, in DR I Série de 21 de Outubro de 2014.

Julgamento de mérito proferido em Câmara, *A, B and C v. Ireland*, n.º 25579/05, ECHR, 2005.

Julgamento de mérito proferido em Câmara, *Delcourt v. Belgium*, n.º 2689/65, ECHR, 1965.

Julgamento de mérito proferido em Câmara, *Gäfgen v. Germany*, n.º 22978/05, ECHR, 2005.

Julgamento de mérito proferido em Câmara, *Saunders v. United Kingdom*, n.º 19187/91, ECHR, 1991.

Julgamento de mérito proferido em Câmara, *Telfner v. Austria*, n.º. 33501/96, ECHR, 1996.

# NEUROCIÊNCIA E DIREITO PENAL: A CRIAÇÃO DE UM NEURODETERMINISMO, SEUS REFLEXOS NA CULPABILIDADE E A PSICOPATIA COMO UM EXEMPLO PRÁTICO

**Amanda Francisca do Nascimento Carres**

Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Assessora de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

## **Resumo:**

O presente trabalho desenvolve um estudo acerca da repercussão das novas descobertas neurocientíficas realizadas por Benjamin Libet no Direito Penal, principalmente no que diz respeito ao conceito material da culpabilidade e, conseqüentemente, na responsabilização penal do indivíduo. Desse modo, este estudo pretende analisar como o funcionamento do cérebro, quando da tomada de decisões e execução dessas, pode influir diretamente no fundamento material da culpabilidade, assentado sobre a premissa do livre-arbítrio, consistente na exigibilidade de conduta diversa, ou seja, na possibilidade de agir em conformidade com o ordenamento jurídico, e não em face dele – de modo a cometer um fato típico e antijurídico –, bem como trazer propostas de como lidar com os resultados dessa influência, e, por fim, apresentar um exemplo prático dos influxos da neurociência no âmbito penal, qual seja a questão do psicopata e sua imputabilidade.

**Palavras-chave:** Neurociência; Neurodeterminismo; Culpabilidade; Livre-arbítrio; Psicopatia.

## **Introdução**

Como é cediço, o fundamento material da culpabilidade, após a criação de diversas teorias que a sustentassem, passou a recair na ideia da possibilidade de agir de outro modo, orientando-se pela concepção da existência do livre-arbítrio; entendido, por seu turno, como a possibilidade de autodeterminar-se conforme o mandamento das normas jurídicas.

Nada obstante, a teoria do delito continuou a evoluir e, assim, os doutrinadores pós-finalistas começaram a perceber os problemas do referido fundamento material da culpabilidade, o que acabou por conduzi-los a proposição



de novos conceitos para culpabilidade, com o intuito de reafirmar a responsabilidade penal dos indivíduos.

Ainda assim, apesar das diversas críticas e soluções propostas, a noção que ainda se encontra em voga é aquela de que para que haja a reprovabilidade de uma conduta, é imprescindível que seu autor tenha liberdade para adotá-la, ou não. Destarte, caso alguém não seja livre para agir, o juízo de reprovabilidade não mais se sustenta.

Nesse sentido, a mais nova crítica ao livre-arbítrio, proveniente da revolução neurocientífica, que resultou no neurodeterminismo, procura comprovar, por meio de técnicas de neuroimagem e mapeamento de células neuronais, que áreas do cérebro inacessíveis à consciência do sujeito determinam sua vontade, sendo capaz, conseqüentemente, de comprovar a inexistência da liberdade de vontade do ser humano.

## Neurociência

A neurociência, de forma sucinta, pode ser definida como o estudo do sistema nervoso; mais especificamente do encéfalo – conjunto do tronco cerebral, cerebelo e cérebro –, objetivando compreender “como o fluxo de sinais elétricos através de circuitos neurais origina a mente” (KANDEL, SCHWARTZ, JESSEL, 2014, p. xxv) e como eles se relacionam com os processos mentais. Em outras palavras, busca-se entender “a base da biologia da consciência e os processos encefálicos pelos quais o ser humano sente, age, aprende e lembra” (KANDEL, SCHWARTZ, JESSEL, 2014, p. 5).

Lent (2010, p. 5-6) retrata a neurociência como, em verdade, neurociências, e as classifica de acordo com níveis de análise, quais sejam: neurociência molecular, que estuda as moléculas funcionais no sistema nervoso e suas interações – chamada também de neuroquímica ou neurobiologia; neurociência celular, que trata da estrutura e função das células que formam o sistema nervoso – conhecida, ainda, como neurocitologia ou neurobiologia; neurociência sistêmica, a qual considera aglomerados de células nervosas localizadas em várias regiões do sistema nervoso, constituintes de sistemas funcionais (visual, auditivo, motor, etc.) – que pode levar, também, o nome de neuro-histologia ou neuroanatomia, quando em relação a uma abordagem morfológica, e neurofisiologia, quando no prisma funcional. Ainda, expõe-se a neurociência comportamental, dedicada aos estudos de estruturas neurais produtoras de comportamentos e fenômenos psicológicos – conhecida por psicofisiologia ou psicobiologia; e, por fim, neurociência cognitiva, que trata das capacidades mentais complexas, normalmente intrínsecas ao homem, como por exemplo a linguagem e a memória – chamada também de neuropsicologia.

A neurociência cognitiva é responsável pelo estudo de mecanismos latentes à cognição, especificamente “nos substratos neurais dos processos mentais e suas manifestações comportamentais” (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 45).

Nesse sentido, há de se destacar que a cognição é definida no dicionário como “conjunto de processos mentais conscientes que se baseiam em experiências sensoriais, pensamentos, representações e recordações” (MICHAELIS, 2018); ou seja, cabe dizer que a neurociência cognitiva procura entender como sistemas sensoriais humanos, sistemas motores, atenção, memória, linguagem e outras funções, como emoções e até mesmo a consciência, surgem da estrutura e da função cerebral (SNEAD, 2010, p. 4).

Com isso, cabe afirmar que as pesquisas neurocientíficas buscam explicar como o cérebro atua na ocasião da realização de uma conduta, além de como, e em qual momento, a conduta manifesta-se nos processos mentais em si, levando-se também em consideração a consciência e vontade dos sujeitos no bojo do surgimento e realização de suas ações.

### **As recentes descobertas neurocientíficas**

De acordo com Paulo Cesar Busato (2014, p. 49), recentes resultados de pesquisas neurocientíficas ressuscitaram algumas premissas de estudos anteriores, reascendendo opiniões “que pretendem pôr em xeque certos paradigmas utilizados pelo Direito penal, em especial, pretendem questionar os fundamentos da culpabilidade” (BUSATO, 2014, p. 49).

Tais pesquisas relacionam-se ao mapeamento do funcionamento do cérebro, com a evidenciação de células neuronais que atuam em momento anterior à tomada de consciência da vontade do agente; ou seja, na ocasião de execução de um ato voluntário, o cérebro é ativado anteriormente ao conhecimento do sujeito acerca de sua vontade subjetiva. Esses experimentos foram realizados por Benjamin Libet, nos Estados Unidos, Patrick Haggard e Martin Eimer, no Reino Unido, e, mais recentemente, por John-Dylan Haynes, em Berlim (SANT’ANNA, 2014, p. 75).

Uma das descobertas mais citadas pelos autores acerca da neurociência no que tange à tomada de decisões é a de Benjamin Libet, professor e pesquisador na área da consciência humana na Universidade de Califórnia, nos Estados Unidos (BUSATO, 2014 p. 50), que, no ano de 1979 realizou um experimento consistente na flexão rápida de um dedo da mão direita ou do punho todo, dentro de um período de tempo, enquanto a atividade cerebral era medida por eletromiograma (LIBET, 1985, p. 530).

Segundo o cientista, os sujeitos eram livres para escolher realizar o ato a qualquer momento em que o desejo, a decisão e a vontade surgissem neles, e também eram livres para não atuar a qualquer desejo ou decisão inicial de agir, sendo que todos relataram casos frequentes de intenções abortadas (LIBET, 1985, p.530).

Para Libet (1985, p. 530), a liberdade do sujeito de agir no momento de sua escolha consistia no elemento crucial do estudo, já que o objetivo era, de fato, comparar o tempo de início da intenção consciente de agir e o tempo de início dos processos cerebrais associados.

Os sujeitos participantes da pesquisa deveriam apontar exatamente o momento em que tivessem a percepção temporal de decidir flexionar o dedo ou o punho (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 119), “a partir da observação de uma espécie de esfera-cronômetro, que circulava mais rapidamente que um relógio normal e se disparava no momento da instrução” (BUSATO, 2014, p. 51), na qual o ponteiro possuía uma volta completa de 2,56 segundos, em vez de 60 segundos (BUONICORE, 2018, p. 32).

Com isso, Libet pretendia relacionar as atividades cerebrais às manifestações da experiência consciente e da ação desejada. Isso porque, conforme Cortina Adela (2011, p. 156-157 apud HAMMERSCHMIDT, 2017, p.118), “nos casos das ações livres, os sujeitos deveriam ser conscientes tanto de sua intenção de realizá-las como também de quando iniciam a ação”.

Em seu artigo “Do We Have Free Will?”, publicado em 1999, no “Journal of Consciousness Studies”, Libet (1999, p. 47), destacou ter tomado uma abordagem experimental para a questão, relatando que atos livremente voluntários são precedidos por uma mudança específica no cérebro (o potencial de prontidão, PR) que começa 550 ms antes do ato, ao passo que os sujeitos ficaram cientes da intenção de agir 350-400 ms após o início da PR, isto é, 200 ms antes do ato motor. Segundo o cientista, o processo volitivo é iniciado inconscientemente, mas a função consciente ainda poderia controlar o resultado, vetar o ato.

Nesse sentido, ante à descoberta de que o processo volitivo é iniciado inconscientemente; surge a questão acerca da existência de algum papel para a vontade consciente no desempenho de um ato voluntário (LIBET, 1985, p. 529). Dessarte, Benjamin Libet desenvolveu a teoria do veto, segundo a qual a consciência tem capacidade de vetar um ato inconscientemente iniciado (HAMMERSHIMIDT, 2017, p. 120). Não obstante, para o cientista, esse veto não deve ser confundido com o livre-arbítrio.

De acordo com o pesquisador, o ato será uma função da vontade do sujeito quando: a) surgir endogenamente, e não como resposta direta a um estímulo externo; b) não existirem restrições impostas externamente ou compulsões que controlem direta ou indiretamente a iniciação e performance do ato; c) os sujeitos sentirem introspectivamente que estão realizando o ato por sua própria iniciativa, vendo-se livres para iniciá-lo ou não (LIBET, 1985, p. 529-530).

Consequentemente, do último requisito, isto é, da liberdade de não iniciar o ato, surge a noção de veto, “sendo este o fator impeditivo das ações motoras conclusivas do processo iniciado no consciente do sujeito” (HAMMERSHIMIDT, 2017, p. 120). Nesse diapasão, a vontade consciente poderia decidir por permitir pela conclusão do processo volitivo, resultando no ato motor em si; ou poderia bloquear ou “vetar” o processo, de modo que nenhum ato motor ocorresse (LIBET, 2004, p. 138).

Não obstante, o próprio pesquisador propõe, ao invés disso, que o veto consciente não requer ou é resultado direto de processos inconscientes an-

teriores. Para ele, o veto consciente trata-se de uma função de controle, diferente de tornar-se consciente de um desejo de agir. Isso pelo motivo de que inexistente imperativo lógico em qualquer teoria cérebro-mente; não havendo, também, evidência experimental contra a possibilidade de que o processo de controle possa aparecer sem desenvolvimento específico por processos inconscientes anteriores (LIBET, 2004, p. 146).

Desse modo, é possível deduzir que a vontade de agir nasce de processos inconscientes, que concluem-se, ou não, através de um controle realizado conscientemente; ou seja, infere-se que o livre arbítrio não trata-se, então, da liberdade de iniciar um ato, mas sim na liberdade de concluí-lo.

Nessa conjuntura, depara-se com a criação de um neurodeterminismo, que, por sua vez, reascende a crença do já conhecido determinismo, mas com uma nova roupagem, qual seja, científica, e contradita à teoria da culpabilidade firmada no Direito Penal, colocando-a em dubiedade.

## **Neurodeterminismo**

A polêmica acerca da tese determinista sobre a ação humana e a consequência por ela trazida no âmbito da responsabilidade é antiga (BUONICORE, 2018, p. 19). É cediço que a discussão entre a existência, ou não, do livre-arbítrio sempre existiu, e quanto mais descobertas são realizadas no campo científico sobre o comportamento humano, mais embates a respeito do tema surgem (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 72).

Desse modo, os estudos neurocientíficos modernos criam “condições para a retomada da submissão de determinados postulados à ciência natural, no momento em que se indica que as decisões humanas são fruto de predisposição orgânica, social, psicológica ou cerebral” (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 72).

Nesse ínterim, Fábio Roque Araújo (2018, p. 153) afirma que a neurociência, através das pesquisas anteriormente expostas, procura demonstrar a inexistência do livre-arbítrio; não se falando mais, então, da impossibilidade de sua demonstração, mas sim na possibilidade de demonstração de sua existência.

Isso posto, é imperioso destacar que o neurodeterminismo leva a teoria determinista aos seus extremos, pois considera que o pensamento e a vontade do ser humano dependem da arquitetura e das correlações biológicas do nosso sistema nervoso (GIMÉNEZ-AMAYA E MURILLO, 2009, p. 20).

Nessa perspectiva, poder-se-ia dizer que, no neurodeterminismo, as circunstâncias que antecedem uma ação são as atividades cerebrais, e que são elas, portanto, que determinam como o indivíduo age, excluindo qualquer chance de que ele o faça de maneira diversa.

## **Culpabilidade e responsabilidade penal**

O conceito de culpabilidade desenrola-se em três significados quando

compreendido no âmbito do Direito Penal, sejam eles a culpabilidade como elemento da responsabilidade subjetiva, a culpabilidade como pressuposto e fundamento da responsabilidade penal e a culpabilidade como limite e dosimetria de pena.

Nessa perspectiva, no presente trabalho caberá realizar uma análise estante de seu conceito como pressuposto e fundamento da responsabilidade penal, ocasião em que caracteriza-se por um “conjunto de condições que dão ao sujeito imputado capacidade de lhe ser atribuída responsabilidade penal” (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 171).

Primeiramente, cumpre entender que a responsabilidade penal é concebida como um procedimento apreciativo de imputação, pelo qual a infração penal é atribuída à conduta humana quando da associação de características específicas, consistentes, por sua vez, na tipicidade, antijuricidade e culpabilidade (BITENCOURT, 2015, p. 438).

Nesse ínterim, segundo Hammerschmidt (2017, p. 172), a culpabilidade, em síntese, traduz-se na “reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação lesiva”, melhor dizendo, em “um juízo de reprovação ou de censura pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo”. Da mesma maneira, Hans Welzel (2015, p. 110) a explica como a reprovabilidade de uma declaração de vontade antijurídica, sendo que o indivíduo poderia escolher, no lugar dessa declaração, outra que fosse consoante com os termos da norma.

Portanto, a culpabilidade “refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal” (BITENCOURT, 2015, p. 437), sendo que, para isso, são exigidos requisitos mínimos fundados na capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa/em conformidade com a norma, os quais, por sua vez, integram o conceito dogmático da culpabilidade (BITENCOURT, 2015 (p. 437).

Por esse ângulo, a culpabilidade é entendida como a capacidade do ser humano de tomar decisões livres e conscientes de agir ou não conforme a norma, e é nessa perspectiva que as novas descobertas neurocientíficas podem desenvolver e discutir bases filosóficas acerca do livre-arbítrio, sobre o qual constrói-se um sistema jurídico de imputação, que por sua vez pode vir a ser questionado.

## **Repercussão das descobertas neurocientíficas no Direito Penal**

As recentes descobertas neurocientíficas, focadas no cérebro humano, procuram provar que áreas específicas dele, inacessíveis ao consciente, determinariam a vontade das pessoas, razão pela qual o embate sobre a liberdade é retomado. Tais estudos indicam, também, que o comportamento humano é determinado pelo inconsciente, considerando-se, por isso, a ideia do livre-arbítrio uma mera ilusão, tendo em vista que o ser humano se veria reduzido a

um autômato (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 229).

Dessa forma, como consequência, a concepção naturalista traz o abandono ao princípio da culpabilidade, já que, não havendo a liberdade de autodeterminação, não há como se falar em reprovação pessoal por um comportamento típico e antijurídico (BUONICORE, 2018, p. 47).

Com isso, chega-se à questão central do trabalho: poderiam os resultados das novas descobertas neurocientíficas abolirem o conceito jurídico de liberdade e ensejarem uma nova teoria do delito?

Como resposta, Hammerschmidt (2017, p. 239) exprime que as repercussões dos estudos da neurociência no Direito Penal, especialmente na culpabilidade, geram posicionamentos distintos, sendo que alguns adotam um caráter conciliatório, à medida que outras nem tanto.

Convém, portanto, analisar essas tendências, iniciando-se pelas conclusões de Demetrio Crespo, professor espanhol que focalizou seus trabalhos na sustentação de um pensamento conciliatório acerca da questão, ponderando que nem o indeterminismo e nem o neurodeterminismo são sustentáveis. Isso porque o primeiro é estabelecido em uma conjectura metafísica absolutamente inconciliável com os conhecimentos resultantes das ciências empíricas que realizam a análise do comportamento humano, e o segundo conduz a uma imagem do homem marginalizado em relação ao ideal de liberdade que suporia um retrocesso na evolução filosófica e política moderna, sendo que ambos os extremos impossibilitariam qualquer correlação entre as neurociências e o Direito Penal (CRESPO, 2013, p. 38).

Assim, Crespo (2013, p. 38) propõe uma solução conciliadora entre as ciências biológicas, particularmente entre as neurociências e o Direito Penal, com base em um compatibilismo humanista, justificado na compatibilidade entre as ciências empíricas e o Direito Penal e repousado na dignidade humana, pelo qual conhecimentos empíricos obtidos por técnicas modernas de neuroimagem que demonstrem que penas estavam sendo aplicadas a comportamentos criminosos resultantes de déficits cerebrais devem ser levados em consideração em favor do autor, mas, ao mesmo tempo, qualquer medida adotada com alternativa à pena tradicional deve respeitar os limites e garantias estabelecidos pelo Estado de Direito.

Winfried Hassemer (2014, p. 3), em disparidade, estabelece que as consequências das discussões neurocientíficas na justiça penal são evidentes; entretanto, para ele, é necessário que elas sejam eliminadas por meio de uma manobra de fuga. O autor (2014, p. 6) explica que a ideia determinista de que o livre-arbítrio seria uma ilusão não deixa espaço para liberdade de vontade nem para uma consciência intermitente, apesar disso, fala sobre um erro categorial, consistente na presunção de que as ciências empíricas teriam potencial de julgar cientificamente se outras ciências estariam permitidas a desenvolver ou não um conceito de liberdade, isto é, se a liberdade existe de fato ou não. Tal presunção traria como pressuposto necessário a afirmação da existência de hegemonia entre as ciências, a qual, por seu turno, é inexistente, assim

como a idealização de um conceito geral de liberdade (HASSEMER, 2014, p. 9).

O que existe, portanto, é a liberdade de cada ciência para determinar sua estrutura, sendo que a do Direito Penal é rica, bem ordenada e de provada valia, de sorte que a responsabilidade não trata-se de um conceito de conhecimento puro e simplesmente da biologia humana, mas sim das razões sociais (HASSEMER, 2014, p. 11).

Finalmente, verifica-se que as novas descobertas neurocientíficas são reputadas como relevantes no que se refere ao conhecimento do funcionamento do cérebro humano; não podendo, contudo, implicar imediatamente interferência na esfera da responsabilidade jurídica (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 251). É claro que tais descobertas produzem, sim, importantes repercussões no contexto da culpabilidade penal, principalmente no seu conceito material fundado na possibilidade de agir de outro modo; por isso a importância dos experimentos neurocientíficos ao reforço crítico que promove novas reflexões e alternativas ao conceito de culpabilidade (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 251).

Outrossim, no que concerne à admissão dos impactos neurocientíficos na responsabilidade jurídico-penal a ponto de conduzirem a sua exclusão ou alteração, Hammerschmidt (2017, p. 251) afirma ser necessário lembrar que a fonte de inspiração determinista deu “frutos amargos colhidos pelas leis de eugenia da Alemanha nazista” (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 251), e não pode voltar sem seu forte caráter garantista.

Nesse imbróglio, o neurodeterminismo afasta e impede a materialização do princípio da liberdade individual, o mais básico e fundamental do Estado Social e Democrático de Direito, sendo que o declínio do seu conceito produz a negação ou o enfraquecimento da culpabilidade jurídico-penal, bem como do próprio Estado Social e Democrático de Direito (BUONICORE, 2018, p. 52).

O que se deve realçar, portanto, é que as pesquisas neurocientíficas, ainda que disponibilizem resultados relevantes e afirmem autoridade em comprovar a inexistência do livre-arbítrio, não afetam a cautela que se requer quando se trata de aceitá-las precipitadamente como certezas absolutas (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 252), devendo-se levar em conta o que já ocorreu ao longo da história da humanidade com outras certezas científicas reputadas como absolutas; quer dizer, certezas científicas de uma época, às vezes, são desmentidas em outros tempos (GUARAGNI e GUIMARÃES, 2014, p. 190).

Por conseguinte, verifica-se que a revolução neurocientífica produz, sim, repercussões no âmbito da culpabilidade e da responsabilidade penal e, por meio de seus argumentos, seus resultados deveriam ser levados em consideração pelo direito penal, especificamente no que tange ao conceito material da culpabilidade.

Não obstante, os estudiosos penalistas que discutem tal assunto afiguram-se incisivos ao afirmar que, apesar de dever-se considerar os experimen-

tos da neurociência no ordenamento jurídico, não se pode aceitar que eles insiram uma visão determinista absoluta no Direito Penal e modifiquem, ou até mesmo excluam a culpabilidade. Isso porque, ainda que a neurociência apresente que o cérebro humano é constituído por cadeias causais, revelando que as ações se iniciam no plano do inconsciente, a liberdade não é construída tão somente a partir de tais parâmetros, mas sim por uma construção social.

## **Influências anteriores da neurociência no Direito Penal: a psicopatia como um exemplo prático**

Como é cediço, a psicopatia é um transtorno de personalidade que, por seu turno, é classificado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) (1993, p. 197) na Classificação Internacional de Doenças – 10 (CID – 10) como uma perturbação grave da constituição do caráter e das tendências comportamentais do indivíduo. Comumente, envolve ramos da personalidade, com tendência de aparecimento no final da infância ou na adolescência, sendo improvável seu diagnóstico antes dos 16 ou 17 anos de idade.

Cabe ressaltar que, a Organização Mundial de Saúde (1993, p. 196) descreve os transtornos de personalidade como refletores de desvios significativos do modo como o homem médio, em uma dada cultura, pensa, sente, percebe e se relaciona com os outros, identificando-se como condições de desenvolvimento que, por sua vez, apresentam-se na infância ou adolescência e prosseguem pela vida adulta.

Nesse sentido, verifica-se que, devido ao perfil comportamental dos seus portadores, a psicopatia reputa-se como um transtorno de personalidade e não como uma doença mental, haja vista não manifestar-se por meio de sintomas, mas sim por comportamentos antissociais (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 279). Assim, segundo Morana, Stone e Filho (2006, p. 575), os transtornos de personalidade não são exatamente doenças, mas anomalias do desenvolvimento psíquico, conhecidas na psiquiatria forense como perturbação da saúde mental.

Em vista disso, no que se refere ao transtorno de personalidade antissocial (TPAS), esse é caracterizado pela ausência de empatia, agressividade, alto poder de persuasão (PAZ e SANCHES, 2015, p. 13), arrogância, vaidade excessiva, impulsividade (DEL-BEN, 2005, p. 28), egoísmo, falta de sentimentos de culpa ou remorso quanto a comportamentos que seriam horrendos para os modelos impostos pela sociedade (TRINDADE, 2010, p. 166), entre outras características. Em outras palavras, é possível dizer que TPAS é marcado por uma insensibilidade aos sentimentos alheios; sendo que, quando essa insensibilidade apresenta-se em grau elevado, acarretando uma indiferença afetiva no indivíduo, pode leva-lo a adotar um comportamento criminal, assumindo, então, o caráter de psicopata (MORANA, STONE, FILHO, 2006, p. 575).

A partir disso, Trindade (2010, p.166) discorre que a psicopatia é um transtorno que acarreta mentiras patológicas, julgamento pobre, desconside-



ração das convenções sociais, comportamento antissocial, incapacidade de amar ou de estabelecer relações de confiança, inexistência de *insight*, de habilidade de controle de impulsos e de comprometimento com cumprimento de obrigações.

Em relação aos critérios diagnósticos para o referido transtorno, atualmente este vem dependendo da “*psycopathy checklist/revised (PCL-R)*4, elaborada pelo psicólogo canadense Hare, mediante a qual se obtém uma pontuação, em atenção a que concorram na pessoa determinadas características de personalidade que se expressam em sua conduta (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 289). No Brasil, essa escala foi validada por Morana (2004, p. 42-43), com a pontuação de zero a dois para cada item, totalizando 40 pontos, dos quais um resultado acima de 25 ou 30 pontos revelaria a figura do psicopata, a depender das características culturais do local em que se realiza o teste.

Nesse momento, vê-se necessário apontar, também, que os psicopatas não se sentem responsáveis pelos seus atos, ao passo que colocam a culpa de seus erros em outras pessoas e, em razão disso, não conseguem aprender com a experiência (TRINDADE, 2010, p. 166), de modo que, com fulcro nesse aspecto, surgem as discussões acerca da culpabilidade desses indivíduos, já que lhes faltam a capacidade de valoração do crime (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 286).

No Direito Penal brasileiro, os critérios de aferição da imputabilidade pautam-se pela base biopsicossocial, prevendo-se circunstâncias especiais que possibilitam a variação da penalidade em razão de condições pessoais aptas a modificar capacidades éticas ou de autodeterminação em variados graus (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 286). Nesse sentido, a decretação da imputabilidade, semi-imputabilidade ou inimputabilidade, presentes no código penal brasileiro, dependem diretamente da avaliação da capacidade de compreensão e determinação do indivíduo que tenha praticado um injusto penal (SILVA, 2008, p. 19).

Assim, realizando uma análise ao elemento da culpabilidade referente à potencial consciência da ilicitude, ou seja, a capacidade de entender que um ato é lícito ou ilícito, a qual é substancialmente dependente da capacidade cognitiva, verifica-se que essa é conservada no transtorno de personalidade antissocial, bem como na psicopatia (MORANA, STONE, FILHO, 2006, p. 577). Enquanto isso, a capacidade de controle de vontade, em outras palavras, de determinar-se conforme o entendimento da ilicitude do fato, dependente da capacidade volitiva, pode encontrar-se parcialmente comprometida nos psicopatas, levando-os portanto, em tese, a uma condição de semi-imputabilidade (MORANA, STONE, FILHO, 2006, p. 577).

Ainda assim, cumpre ressaltar que não existe uma regra absoluta para chegar a uma conclusão específica no que concerne à imputabilidade ou não do psicopata, sendo necessário uma cuidadosa observação pericial do indivíduo em casos de suspeita de transtorno psicopático, a fim de identificar seu funcionamento mental no momento do crime e aplicar-lhe o tratamento ade-

quado (SILVA, 2008, p. 21); isto é, a penalidade tradicional ou a medida de segurança.

Nada obstante, pesquisas de neuroimagem e avaliações neuroquímicas, identificadoras da anatomia e do funcionamento das áreas cerebrais (PAZ e SANCHES, 2015, p. 9), indicam que indivíduos portadores de TPAS e psicopatas possuem alterações volumétricas no lobo frontal, correlacionadas a uma diminuição da resposta autonômica a um evento estressante (DEL-BEN, 2005, p. 29).

Tais estudos realizados com técnicas de ressonância nuclear magnética funcional demonstram que criminosos psicopatas, quando comparados com criminosos não psicopatas, possuem atenuação da ativação de alguns complexos neuronais (PAZ e SANCHES, 2015, p. 12). Outrossim, pesquisas relacionadas ao processamento das emoções negativas revelaram que pacientes com TPAS apresentam aumento de sinais na amígdala e no córtex pré-frontal, em direção oposta aos controles, o que comprova que pacientes que padecem desse transtorno necessitam de um esforço maior para o processamento de emoções (PAZ e SANCHES, 2015, p. 12).

Os resultados mostram, portanto, que o cérebro do psicopata diminui a ativação das áreas correlacionadas tanto às emoções primárias, quanto às emoções morais e, por outro lado, aumenta a atividade das áreas pré-frontais, ligadas aos circuitos cognitivos da razão pura (MAGESTE, 2014). Em suma, eles confirmam o envolvimento de áreas cerebrais específicas em pacientes de TPAS e psicopatas, bem como denotam um novo grande passo da neurociência que, futuramente, poderá vir a tornar-se um padrão de avaliação fundamental nesses transtornos.

Acerca da culpabilidade, destaca-se que esses estudos não têm, ainda, o condão de derrubá-la, o que não significa, contudo, dizer que seus resultados sejam irrelevantes na perspectiva jurídico-penal. Assim, sendo o estudo sobre o transtorno psicopático uma área ainda em construção, é possível dizer que em um futuro não muito distante a psicopatia poderá atuar como uma causa de inimputabilidade.

## **Considerações finais**

Pois bem, a despeito dos argumentos neurodeterministas, chega-se à conclusão de que a culpabilidade deve ser entendida como uma maneira de legitimar e limitar a intervenção estatal na esfera punitiva. Dessa forma, não se pode conferir ao conhecimento científico a concepção de verdade absoluta – até porque as ciências desenvolvem-se a partir da premissa de que suas descobertas estão em constante aperfeiçoamento.

Caso fossem aceitas cegamente as alegações da neurociência, a eventual modificação ou extinção da culpabilidade consagraria um sistema punitivo respaldado exclusivamente na prevenção e fundado tão somente na defesa social; o que acarretaria, por sua vez, um Direito Penal do autor.

Assim, a liberdade assume um novo papel, diferente do livre-arbítrio tradicional – pautado na expressão da liberdade de vontade –, consubstanciada na possibilidade de participação do cidadão na democracia e na formação das normas jurídicas, à medida que o próprio ordenamento jurídico fornece ao indivíduo uma liberdade que implica, no ramo do Direito Penal, autonomia ética e jurídica.

Nada obstante, a despeito de não comprometerem de forma definitiva as estruturas dogmáticas que fundamentam a responsabilidade criminal, não se nega que a revolução neurocientífica tenha, de fato, repercussão na esfera penal, já que as pesquisas da neurociência têm servido para oxigenar e ressignificar os alicerces da culpabilidade, no sentido de que o Direito Penal seja direcionado às justificações cada vez mais bem construídas e melhor orientadas sobre a liberdade.

## Referências

ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, Livre-Arbitrio e Neurodeterminismo**. Os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUONICORE, Bruno Tadeu. Direito Penal: o neurodeterminismo e seu déficit de normatividade para a fundamentação da culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 141, ano 26, p. 15-60, 2018.

BUSATO, Paulo César. Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal. In: BUSATO, Paulo Cesar (org.). **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, p. 49-82, 2014.

CRESPO, Eduardo Demetrio. “Compatibilismo Humanista”: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.); CALATAYUD, Manuel Maroto (coo.). **Neurociencias y Derecho Penal**. Madrid: Edisofer S.L., p. 17-42, 2013.

DEL-BEN, Cristina Marta. Neurobiologia do transtorno de personalidade anti-social. In: **Revista de Psiquiatria Clínica**. São Paulo, v. 32, n. 1, p. 27-36, 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-60832005000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832005000100004)>. Acesso em: 22 out. 2018.

GIMÉNEZ-AMAYA, José M.; MURILLO, José I. Neurociencia y libertad. Una aproximación interdisciplinar. **Scripta Theologica**, Navarra: Serviços de Publicaciones de la Universidade de Navarra, 2009, vol. 41, issue 1. Disponível em: <<https://dadun.unav.edu/handle/10171/11320>>. Acesso em 24 set. 2018.

GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Réginer Chemim. Neurociência, livre-arbitrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para sustentação da culpabilidade. In: BUSATO, Paulo Cesar (org.). **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, p. 165-214, 2014.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito Penal, Psicopatia & Neurociências**: Apresentação de Miguel Kfourri Neto e Mirentxu Corcoy Bidasolo – Prefácio de Maria Casado González. 1ª Ed. Paraná: Juruá, 2017.

HASSEMER, Winfried. Neurociências e Culpabilidade em Direito Penal. In: BUSATO, Paulo Cesar (org.). **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, p. 1-16, 2014.

KHALED Jr., Salah H. O Problema da Indemonstrabilidade do Livre-Arbitrio: a culpabilidade jurídico-penal diante da nova concepção de homem da neurociência. **Revista Sociologia Jurídica**. n. 10, p. 1-28, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/handle/1/2432?show=full>>. Acesso em 22 out. 2018.

KANDEL, Eric R. et. al. **Princípios de Neurociências**. 5ª Ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

LENT, Roberto. **Cem Bilhões de Neurônios?** Conceitos fundamentais de neurociência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2010.

LIBET, Benjamin. Do We Have Free Will? **Journal of Consciousness Studies**. Imprint Academic, v. 6, n. 8-9, p. 47-57, 1999. Disponível em: <<http://www.idemployee.id.tue.nl/g.w.m.rauterberg/lecturenotes/DGB01%20ADD/libet-1999a.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Mind Time**. The Temporal Factor in Consciousness. Cambridge: Harvard University Press, 2004. Disponível em: <[https://zodml.org/sites/default/files/%5BBenjamin\\_Libet%2C\\_Professor\\_Stephen\\_M.\\_Kosslyn%5D\\_Min.pdf](https://zodml.org/sites/default/files/%5BBenjamin_Libet%2C_Professor_Stephen_M._Kosslyn%5D_Min.pdf)>. Acesso em 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action. **The Behavioral and Brain Sciences**. Cambridge: Cambridge University Press, v. 8, p. 529-566, 1985. Disponível em <<http://selfpace.uconn.edu/class/ccs/Libet1985UcsCerebralInitiative.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2018.

MAGESTE, Paula. Psicopata: você conhece um. **Revista Época**. Edição n. 314, 12 mai. 2004. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG64487-6014,00.html>>. Acesso em: 27 out. 2018.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2018. Dicionários Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=VbGz>>. Acesso em 14 ago. 2018.

MORANA, Hilda C. P. **Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial**. 2004. Tese (Doutorado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. doi:10.11606/T.5.2004.tde-14022004-211709. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-14022004-211709/pt-br.php>>. Acesso em: 24 out. 2018.

MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. In: **Revista Brasileira de Psiquiatria**. São Paulo, v. 28, suppl.2, p. 574-579, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462006000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005)>. Acesso em: 22 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10:** Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas. Porto Alegre: Artmed, 1993.

PAZ, Mariana Farias de Miranda; SANCHES, Thalita Pinheiro. A utilização da Neuroimagem no Auxílio ao Diagnóstico do Transtorno de Personalidade Antissocial. **Revista Unilus Ensino e Pesquisa.** v. 12, n. 26, p. 5-16, 2015.

SILVA, Déborah de Meira. O Psicopata na Visão do Direito Penal: aspectos da imputabilidade e da medida de segurança. **Revista Jurídica CESUT.** Jataí, ano 8, n. 10, p. 5-31, 2008. Disponível em: <<https://www.cesut.edu.br/wp-content/uploads/2013/06/Revista-Juridica-2008.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018.

SNEAD, O. Carter. **Cognitive Neuroscience and the Future of Punishment.** 2010. Disponível em: <<https://www.brookings.edu/research/cognitive-neuroscience-and-the-future-of-punishment/>>. Acesso em 18 jul. 2018.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal.** Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

# JUSTIÇA RESTAURATIVA E DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA PENAL

**Alexander Haering Gonçalves Teixeira**

Mestrando em direito pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER, sob orientação do Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Especialista em Direito e Processo Penal pelo Centro Universitário UniOpet. Especialista em Direito Militar pela Universidade Candido Mendes - UCAM. Advogado. Assessor de apoio para assuntos jurídicos da 5ª Região Militar. Membro da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (biênio 2019/2021)

## **Resumo:**

O presente trabalho propõe-se ao estudo da Justiça Restaurativa como novo modelo de administração dos conflitos em matéria penal, a partir do diálogo com a temática dos Direitos Humanos. Considerando os apontamentos da Teoria Crítica do Direito e da Criminologia crítica, situamos a Justiça Restaurativa junto ao Direito Penal mínimo, a partir da introdução de uma racionalidade ética à racionalidade jurídica. Nessa busca, vemos que o modelo da Justiça Restaurativa, modelo em construção, mostra-se como uma das alternativas que propõem uma crítica ao dogmatismo jurídico e ao sistema punitivo, além de devolver a voz aos atores sociais envolvidos no delito, para que, em conjunto, possam pensar nas medidas do dano e na sua subsequente ressignificação. Trata-se o presente estudo de análise empírico-teórica, com a utilização de metodologia quantitativa.

**Palavras-chave:** Justiça Restaurativa; Direitos Humanos; Criminologia Crítica; Direito Penal Mínimo.

## **Introdução**

A Justiça restaurativa, modelo em construção, revela-se como um caminho alternativo que sugere uma crítica ao modelo dogmático-jurídico e ao sistema punitivo, ademais, devolve o protagonismo aos sujeitos sociais envolvidos no delito, com o objetivo de proporcionar uma reflexão sobre os caminhos para amenizar o dano. A ideia de restauratividade representa a restauração das relações sociais fustigadas pelo conflito, de forma que a atividade restaurativa possui como objetivo fornecer alternativas para diminuir o dano

ocorrido, seja pela imputação ao ofensor, seja pelo envolvimento da sociedade.

A atividade restaurativa teve seu início dentro de momentos sociais que tiveram a necessidade de repensar um modo alternativo de resolução de conflitos para acontecimentos específicos, várias vezes de cunho transitório. Em inúmeras tribos indígenas ou em áreas marcadas por discrepância étnica e culturais, as atividades restaurativas foram a forma encontrada por essas comunidades para solucionar o conflito.

Ademais, o artigo objetiva explicitar a forma da Justiça Restaurativa no âmbito penal, associando-o à proteção dos Direitos Humanos enquanto dever do Estado Democrático de Direito. Para isso, serão usados como base os apontamentos apresentados pela Teoria Crítica do Direito e pela Criminologia Crítica.

É notório que as teorias e modelos da Justiça Restaurativa deduzem características demasiadas variadas, pois seu bojo é consequência de diferentes entendimentos filosóficos, sociológicos e políticos, possibilitando a atividade restaurativa ser fundamentada no enaltecimento da vítima, culpabilização do acusado, independência da sociedade e perspectiva de diálogo entre as partes.

Por fim, objetiva-se refletir sobre o conhecimento jurídico e sua influência na cultura, principalmente no que cerne ao sistema penal e aos mecanismos de controle social realizados pelo Estado.

## **Teoria Crítica do Direito, Criminologia Crítica e Direito Penal Mínimo**

A compreensão do Direito Penal partindo da Criminologia Crítica situa sua base da Teoria Crítica do Direito, corrente de pensamento que dita uma ultrapassagem do positivismo jurídico e do jusnaturalismo. A teoria crítica se inicia no campo da filosofia e suas construções foram realizadas pela Escola de Frankfurt, da qual os protagonistas foram Horkheimer, Marcuse, Benjamin, Adorno e Harbermas, teóricos que dispunham como estudo a crítica da ciência, discussão acerca da indústria cultural, o Estado e seus aspectos de legitimidade (FREITAG, 1986, p.8).

O desenvolvimento de uma teoria crítica como classe e argumentação de legitimidade, fundada pela Escola de Frankfurt, situa sua teoria no racionalismo, que por sua vez, refere-se ao criticismo kantiano, perpassando através da dialética ideal hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e terminando na reinvenção do materialismo histórico marxista (WOLKMER, 2001, p. 5). Possuindo como inspiração o Neomarxismo, o alvo fundamental de crítica dos intelectuais de Frankfurt que teorizaram sobre o Direito é o positivismo jurídico. De acordo com Bray (2005), o intuito é trivializar a legalidade dogmática tradicionalista, assim como acercar o Direito às ideologias, ao poder e às atividades sociais. Citando Wolkmer, podemos definir a Teoria Crítica como:

O instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora. Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um a priori dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais. (2001, p. 5)

A teoria jurídica crítica confere inéditos padrões, sugerindo caminhos diferentes, não repressivos e emancipatórios de atuação jurídica, que se manifestam através da mediação, conciliação, arbitragem, conselhos e tribunais populares (BRAY, 2005).

## **Criminologia Crítica e Esfera Penal**

A criminologia crítica nasce com uma visão mais sistemática sobre a ocorrência do crime, a começar do qual interroga a corrente da Defesa Social, abrangendo a vítima e a regulação social. A Criminologia Crítica como vertente da Teoria Crítica do Direito Penal, justifica-se no julgamento ao intervencionismo penal, defendendo que a sanção não atinge sua finalidade, e na argumentação de um aumento de sua área de interferência para outros componentes que permeiam o direito, antes de imputada ao transgressor.

Essa fase inédita da criminologia pretende ultrapassar as teorias patológicas e determinísticas da criminalidade, a começar de uma ligação com outros ramos do conhecimento, como é característico das teorias críticas. Nesse diapasão, Carvalho (2009, p. 304) aduz que a apuração criminológica pode ser compreendida em três áreas de saber: jurídico-penal, sociológica e psicólogoico-psiquiátrica.

Por meio da Sociologia Jurídica se pode entender as similaridades efetivas entre Direito, dominação e poder, ao acreditarmos o campo jurídico não como uma área apartada de outras áreas de dominação social, porém como um dos caminhos de realidade das interações sociais de uma determinada sociedade e, mais estritamente, como uma forma de legitimidade do poder. Nesse sentido, nota-se que existe um diálogo entre o monopólio exercido pelo Estado e o Direito (ROJO; AZEVEDO, 2005, p. 28), não entendendo o direito como imutável, imune e puro em si próprio.

O entendimento crítico da Criminologia atual põe em instabilidade, assim, a corrente rasa de discriminação que o Direito apregoa entre determinação interna conformista (positiva) e determinação divergente (condenável), sobre o suporte da aceitação acrítica de um dever interno condenável, que dirige ao imprescindível princípio do bem e do mal que qualifica o modo de pensar penal, realizada também em cima de um suporte de aceitação acrítica da gama de valores e formas de comportamento assegurados pela sistemati-



zação penal, como um rol de preceitos positivos de ação social partilho pela sociedade ou pela maioria dos consórcios (ROJO; AZEVEDO, 2005).

A apuração sociológica evidencia que a parte interna de sua comunidade atual subsiste, em conformidade à sua constituição plural de conflitiva, em consonância com juízos e mandamentos característicos de círculos variados ou contrastantes. Sendo assim, uma análise sociológica historicista e crítica constata a condicionalidade de toda a logística de juízos e de mandamentos sociais, em um momento da evolução da constituição social, e em virtude disso, também a condicionalidade da logística de mandamentos que são protegidos pelas leis de Direito Penal (BARATTA, 2002, p. 75-76).

## **Direito Penal Mínimo**

O Direito Penal Mínimo tem sua base acerca do princípio penal totalmente consagrado. O da intervenção mínima (AZEVEDO, 2008). Nos ensinamentos de Santiago Mir Puig (In TORON, 1996, p. 40), refere-se a uma obrigação de economia social coesa com os princípios do estado social, que precisa primar pelo bem social com menor custo social. O objetivo é diminuir ou fracionar a atividade da área penal, descriminalizando e despenalizando as condutas. Alberto Zacharias Toron (1996) diferencia despenalização e descriminalização, admoestando que esta significa a retirada da origem criminal, conservando as sanções na esfera civil e administrativa.

O Direito Penal Mínimo avoca o contorno mais abrandado com o garantismo, na medida em que esta corrente de pensamento sugere a ratificar fundamentos de racionalidade e civilidade à interferência penal, invalidando qualquer tipo de coerção social maniqueísta que propõe o amparo social superior aos direitos e garantias individuais. Percebendo assim, a corrente garantista possibilita o nascer de uma ferramenta prática-teórica confiável à proteção dos direitos, combatendo a irracionalidade dos poderes públicos ou privados. (CARVALHO, 2002, p. 19).

Efetuando um contraste à corrente de pensamento juspositivista tradicional – quando o fácil estudo dos processos formais era considerável para sua validação – a corrente garantista, apoiado por Ferrajoli (1999) que nomeia de Estado Democrático de Direito, traz uma nova racionalidade de administração das leis, baseado em um novo arquétipo, que deve delimitar a normatização estatal atual.

Ferrajoli (1999, p. 22) aduz:

(...) el paradigma del Estado constitucional del derecho – o sea, el modelo garantista, no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo la vigencia y la validez, la forma y la substancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación substancial o, si se quiere, la ‘racionalidad formal’ y la ‘racionalidad material’ weberianas.

Como se observa, de acordo com o pensamento garantista, afirma-se fulcral a submissão da característica substancial da norma jurídica aos conceitos inaugurados pela Lei Maior.

## **Justiça Restaurativa, Direito Penal Mínimo e Direitos Humanos: Apresentando Possibilidades**

Walgrave (2008, p. 11) defende que a Justiça Restaurativa não se refere somente a um novo caminho pra lidar com o crime, e sim, um modelo ético e social. Sendo assim, as novidades trazidas pela forma restaurativa na seara penal viabilizam a existência de debates teóricos-críticos relacionados com a função do Direito e do sistema penal.

### **Modelo Restaurativo e Direito Penal Mínimo**

No presente artigo, com base nas teorias críticas do direito e do direito pena mínimo, colocamos a Justiça Restaurativa no mesmo locus que a noção de um Direito Penal mínimo, estabelecendo uma aproximação que excede as fronteiras da dogmática jurídica e de que a pena é a única forma de repressão estatal ao crime. Embora concorda-se com a teoria abolicionista, entende-se que deve haver um minimalismo em substituição ao abolicionismo no que concerne a aplicação da Justiça Restaurativa, levando em consideração a sua introdução no sistema penal, tornando imprescindível o emprego de sanção ao fato delituoso. Refere-se, então, ao confronto do delito a começar de uma proposição despenalizadora, e não descriminalizadora, tendo em vista que a ação continua sendo típica, porém, consegue resposta sancionatória que não seja a pena (DEDAVID, 2011).

Sendo assim, defendemos a indispensabilidade de uma análise que permeia a problematização do Direito Penal, sendo caracterizada pela adequação à realidade atual e que possa atuar de acordo com os *labirintos do controle penal* (ANDRADE, 2006, p.182) visando um caminho equilibrado. De acordo com Andrade (2008, p. 182), a saída que se adequa à realidade em que estamos inseridos não é a inclinação para o minimalismo ou abolicionismo, porém, a competição desonesta entre o efficientismo e abolicionismo, conciliados pelo suposto acordo seguro entre minimalismos de dupla identidade.

A colocação de limites e conceituação da obrigação do titular da pretensão punitiva do sistema jurisdicional já são requisições defendidas pela corrente garantista. Não se notam, por conseguinte, de acordo com Konsen (2007, p. 98), contradições ou obstáculos para o convívio harmonioso do desse modelo restaurativo com o modelo garantista. Por conta disso, em substituição às penas alternativas, sugestiona-se uma mudança da radica forma de lidar com os resultados do crime como algo exclusivamente exercido pelo poder estatal. A questão em comento não é unicamente uma problemática jurídica, e sim, um caminho para se adotar o desenvolvimento de novas ou outras acepções.

O modelo restaurativo defende uma forma que não destina-se especifi-

camente para o abolicionismo, sequer unicamente busca soluções à punição. O que apregoa a restauratividade é um novo método encarar o delito, com participação dos legítimos interessados, no início, durante ou após a atuação da jurisdição, com a introdução de possíveis e legítimos acertos.

Levando em consideração que a Justiça Restaurativa não necessita da tutela jurisdicional para a sua execução, defendemos que a sua proposta vai se acordo com os interesses do Estado Democrático de Direito e com os Direitos Humanos, objetivando conciliar-se com justiça formal no que se fizer necessário.

## **Modelo Restaurativo e Direitos Humanos**

Com a inauguração do modelo constitucionalista, observamos os Direitos Humanos sendo positivados e gozando de um status privilegiado dentro do ordenamento jurídico. Nesse diapasão, entende-se que os Direitos Humanos são o apoio e o parâmetro do Estado Democrático de Direito.

O modelo restaurativo, como nova forma de administração dos conflitos dentro do sistema penal, procura humanizar o processo penal, a começar do envolvimento das “partes” envolvidas no crime, para que estes, detidos de direitos, consigam encontrar uma solução para a reparação dos danos. Nesse ponto de vista, levamos em consideração que o resguardo aos Direitos Humanos, como limitador do poder normativo estatal, deve ser o apoio de todos os procedimentos que se intencione regulamentar o conflito social. Seguindo esse raciocínio, a inquietação trazida pelo garantismo, teoria que apregoa um freio à repreensão estatal está de acordo com os ideais do Estado Democrático de Direito, e que contrapõe o modelo de Estado Policial ou Penal.

Contrapondo a corrente que critica o processo adotado pela Justiça Restaurativa, a simplicidade do procedimento e o acercamento do réu e da vítima não está, de maneira nenhuma, defendendo uma fraqueza ou adulteração das garantias processuais penais. O dito, intenta dar uma falsa conclusão de que a justiça restaurativa visa acabar com a proteção dos direitos humanos, como se sua proteção material ocorresse somente mediante regulação normativa que permeia o processo penal tradicional. No mesmo sentido, ao se sugerir um modelo que possa realizar-se a esmo do contexto judicial - anteriormente ou após o processo penal, a crítica também definha, no que concerne a gerência ou eficiência, para justificar atividades restaurativas a começar da rapidez processual e da diminuição das demandas judiciais.

Esse objetivo, ainda que alcançado em virtude de processos restaurativos, não norteia o modelo de justiça restaurativa, tendo em vista que ele apregoa uma outra maneira de compreender o delito e não somente de contestar a ele. Diversas vezes, o que se responde é o contrário, tendo em vista a indispensabilidade de desenvolvimento de encontros restaurativos, a começar da introdução da vítima e da sociedade dentro do processo, transformando os processos em mais longos e demorados, não sendo um argumento eficiente

que torne possível uma crítica ao modelo restaurativo.

Dentro do discutido, Scuro Neto (2005) aduz que, na América Latina, o contato com as ferramentas alternativas de resolução de conflitos e contro-vérsias, baseiam-se na ideia de um sistema de justiça eficiente, cuidadosamente adulterado por agências como USAID, PNUD, Work Bank e BIRD, para países em desenvolvimento. Essa ficção objetiva que a Justiça seja eficiente em juntar cada conflito na sociedade com um caso judicial - tarefa que, em realidades que possuem um crescente aumento do crime e insuficiência de recursos, consequentemente leva a um impasse.

## Considerações Finais

Com base nos auxílios da Teoria Crítica do Direito e do Direito Penal, foi possível alargar a compreensão do fenômeno do crime, introduzindo-o em um sistema complexo, que se menciona não somente à figura do criminoso e ao crime em si, porém aos motivos determinantes para a criminalização a partir do controle social. Partindo da teoria crítica, vislumbrou-se a relevância de refletir sobre o liame entre a proteção dos Direitos Humanos, origem do Estado Democrático de Direito, e os objetivos da Justiça Restaurativa.

Se a justiça possui como meta constante a manutenção da ideia da convivência humana, faz-se mister pensar em como tornar possível que essa humanização ocorra no interior do sistema penal, nas relações entre as partes da justiça, e como a Justiça Restaurativa, nas suas similaridades com os Direitos Humanos, viabiliza essa harmonização. A inclusão da dialética do encontro, de entrega ao outro o status de sujeito e a busca de compreensão em razão do ideal ético, traz ao processo penal uma nova forma de pensar, que se volta para o abrandamento do conflito partindo de uma partilha social da responsabilidade pelo delito.

Da mesma forma que o ideal restaurativo sugere, aqui também se almeja fazer o bom uso da palavra, procurando muito mais questões a serem suscitadas para a construção de um saber crítico. Concorda-se com a colocação feita por Souza (2008), ao sugerir que a Justiça Restaurativa talvez não seja a melhor denominação para esse entendimento, mas sim Justiça Instaurativa – instauração de um âmbito, instauração de uma janela, instauração de um encontro, instauração de um novo racionalismo em matéria penal. Para Zuge (2010, p. 118), instauração também de uma fantasia.

Diante disso, finaliza-se o presente artigo refletindo sobre a lancinante necessidade de que os estudos que tangem aos novos modelos de manuseio da justiça em matéria penal sejam alargados, possibilitando a criação de novos caminhos e novas perspectivas ao complicado fenômeno do conflito penal.

## Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista**

**Sequência**, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. **Sistema Penal e Constituição**. Resumo de material. Texto exclusivamente autorizado para alunos da disciplina de Direito Penal I, Faculdade de Direito, UFRGS, 2º semestre 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à Crítica do Direito Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 29-30.

BRAY, Renato Toller. **Um estudo sobre a relação entre a teoria jurídica crítica e o pluralismo jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 849, 30 out. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7503>. Acesso em: 30 mar. 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, IBCCRIM, Ed. Revista dos Tribunais, ano 17, n. 81, p. 293-338, nov-dez 2009.

DEDAVID, Juliana Aguiar. **Justiça Restaurativa e Direitos Humanos**: por um possível diálogo em matéria penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 122. 2011.

FREITAG, Barbara. **A Teoria Crítica**: ontem e hoje. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROJO, Raul Enrique; Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociedade, direito, justiça**. Relações conflituosas, relações harmoniosas? Sociologias, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 16-34.

SCURO NETO, Pedro. **Manual de Sociologia Geral e Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SOUSA, Edson Luis André de; ZÜGE, Márcia Barcellos Alves. **Direito à palavra**: Interrogações Acerca da Proposta da Justiça Restaurativa (inédito)

SOUZA, Ricardo Timm. **Em torno à diferença**: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos**: o mito da repressão penal. São Paulo: RT, 1996.

WALGRAVE, Lode. **Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship**. Cullompton: Willan Publishing, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

# A INFLUÊNCIA DE PRECEDENTES DE CORTES INTERNACIONAIS NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DO HC 152.752 E DA ADPF N. 347-DF

**Janaina Braga Norte**

Doutoranda em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professora de Direito Penal e Processo Penal na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Londrina. Coordenadora da Pós em Direito Penal e Processo Penal Econômico Penal na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenadora do Laboratório do IBCCRIM em Londrina/PR. Advogada

## **Resumo:**

O presente artigo visa analisar a utilização dos precedentes internacionais como fundamento das decisões proferidas pelo STF focando a análise nas referências de precedentes suscitados no HC n. 152.752 e na ADPF n. 347. O desenvolvimento do artigo foi realizado através do método hipotético-dedutivo e o estudo se firmou sobre análises doutrinárias e jurisprudenciais. Inicialmente foi abordado a contextualização e conceituação dos precedentes. Após, foi identificado a irrefutável incidência destes na fundamentação das decisões proferidas pela Suprema Corte. Ademais, observou-se que para seu manejo ser válido no cenário jurídico processual é necessário estabelecer e adotar certos requisitos que trarão conformidade e adequação ao ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, através da análise das decisões no HC 152.752 e na ADPF n. 347, a pesquisa permitiu verificar a falta de aptidão técnica na invocação dos precedentes internacionais como fundamento e motivação das decisões suscitadas.

**Palavras-chave:** Precedentes internacionais; Fundamentação das decisões; Supremo Tribunal Federal.

## **Introdução**

O cenário jurídico não é uno em todo mundo, de modo que os ordenamentos jurídicos são soberanos em si e cada país possui o seu sistema judiciário independente. De tal forma, o sistema jurídico vem para se adequar e refletir cada realidade social, na medida que, a princípio, tal constatação não possibilitaria um juízo de comparação ou de influência, devido a própria con-

textualização e anseios distintos.

Contudo, inobstante a soberania e a independência dos ordenamentos jurídicos o mundo globalizado tem revelado interações entre as decisões e entendimentos proferidos pelas suas cortes de justiça.

Importa esclarecer que tais interações ora ocorrem por meio de referências a jurisprudências, ora por referências a precedentes. Embora muitas vezes tais expressões sejam utilizadas como sinônimos, tecnicamente não são. Enquanto o primeiro foi importado da Inglaterra, durante as primeiras décadas do século XX, a jurisprudência veio da França durante o século XXI<sup>1</sup>.

Nesse contexto, o presente artigo se presta à análise da influência dos precedentes internacionais como fundamento das decisões dos Tribunais Superiores pátrios, uma vez que a presença de precedentes internacionais, sendo estes tanto congruentes ou não com o ordenamento jurídico vigente no ordenamento pátrio, está inerente na própria atividade do Judiciário, independente do sistema jurídico.

De tamanha perspectiva, porém, resulta a atribuição de obstar a indiscriminada incidência de precedentes internacionais, sem critérios de seleção e aplicação definidos, para a matéria penal.

Pois bem, como há de ser explanado a finco, a presença deste conceito foi sujeitada em diversos aspectos de dois casos eleitos como paradigmáticos para a presente análise: HC n. 152.752 e na ADPF n. 347, ambos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, sendo a primeira análise tendo sido feita em controle difuso e a segunda em controle concentrado de constitucionalidade.

Preliminarmente, através de uma metodologia dedutiva, será realizada um estudo do perfil técnico do sistema de precedentes derivado do sistema *common law*, e do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. E, na sequência, realizar-se-á a análise dos argumentos presente nos votos dos Ministros no HC n. 152.752 e na ADPF n. 347, visando identificar se houve referência a precedentes estrangeiros, examinando-os.

De tais disposições, resta clara a importância de espairecer as distorções que permeiam a utilização de precedentes internacionais como fundamento das decisões preferidas pelo Supremo Tribunal Federal, de modo particular na esfera penal. O intuito do que vem a ser discorrido é solver, de maneira mais criteriosa e sistemática possível, se a referência aos precedentes internacionais nos julgados eleitos como paradigmas, é relevante sob o aspecto legal, sendo imanente a caracterização de seus dispositivos, consequências e encargos.

## Do Sistema de Precedentes

Deve-se, preliminarmente, delimitar-se acerca da diferença entre a *common law* e *civil law*, além da análise do perfil técnico do sistema de precedentes em países que o adotam, além da análise específica no ordenamento jurídico

---

1 GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73.

brasileiro, a partir de construções doutrinárias, como a de Luiz Guilherme Marinoni, que a respeito do tema, explica:

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, supôs-se no civil law que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto, no common law, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se.<sup>2</sup>

O sistema de precedentes tem sua origem no sistema jurídico da *common law* no direito anglo-saxão, que foi posteriormente difundido por diversos países, e respalda-se na adoção dos precedentes como a principal fonte do direito, tendo os Tribunais Superiores a função de elaborar os precedentes que serão utilizados como norte em decisões futuras, a fim de padronizar o entendimento jurídico para aquele tipo de matéria.

Essa decisão proferida pela Corte que será utilizada posteriormente nos casos futuros é conhecida como precedente, e possui eficácia de lei, uma vez que é uma fonte do direito, e ainda possui característica unificadora em relação ao sistema jurídico, a qual, juntamente com ajuda dos princípios, solucionam as questões concretas.

Para a utilização dos precedentes, preliminarmente, o juiz da Corte observará os fatos e o direito inseridos no litígio e decidirá a partir do caso concreto, sendo que essa decisão poderá ser utilizada posteriormente em casos análogos, ou seja, se tratar-se da mesma situação fática e ainda a mesma questão de direito.

Esse precedente poderá ter força vinculante quando o mesmo é decidido por maioria pela Corte de última instância ou ainda se não se tratar de casos que não se tratam dos mesmos fatos e não forem decididos por maioria, poderá a Corte aplicar o seu caráter discricionário.

Resta salientar que nem toda a extensão da decisão é precedente, por esse motivo faz-se necessário a sua delimitação a partir de dois institutos, o *obiter dictum* e *ratio decidendi*.

O *obiter dictum* traduz-se em de passagem uma vez que é a parte da decisão em que o magistrado não fala sobre a decisão do caso em análise, e por esse motivo, não gera efeito vinculante.

Em contrapartida, a *ratio decidendi*, ou a razão de decidir, é especificamente a parte em que o magistrado expõe e fundamenta as razões de sua decisão.

Ante a grande quantidade de casos similares que são julgados de forma

---

2 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Curitiba, n. 49, jun. 2009, p. 25.



distinta no cenário jurídico brasileiro, faz-se primordial à busca pela efetivação da tutela dos direitos de segurança jurídica, garantismo nas decisões judiciais e isonomia no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, o sistema de precedentes judiciais vem auxiliar tal efetivação, visto que assegura à população julgamentos mais concisos e orientado por situações similares a casos que abrangem os mesmos fundamentos jurídicos, gerando-se, assim, uma maior harmonia ao sistema.

Em seu artigo 5º, a Constituição Federal de 1988 traz como um de seus princípios fundamentais norteadores do Estado Democrático de Direito, o direito à igualdade. Ocorre que diante do atual cenário político, legislativo e jurídico, frente a notória omissão estatal na execução das regulamentações constitucionais, o escritor Carlos Bernal Pulido, traz a importância estrutural de tal princípio:

Esse último conceito se refere à estrutura que o princípio adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode ser definida como critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão- vulnera um direito fundamental de proteção.<sup>3</sup>

É sabido que o Brasil adota o sistema *civil law*, de origem romano germânica, sistema que tem a lei como a principal fonte de Direito. Porém, o fato de o sistema *civil law* ser o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, não tem sido um empecilho para a aplicação de ideias relacionadas ao *common law*, cuja gênese está no direito anglo-saxão. Neste contexto, a aproximação do ordenamento jurídico brasileiro com a aplicação de técnicas oriundas do *common law* já é algo presente.

Assim, pode-se observar no cenário jurídico brasileiro que reiteradamente há a aproximação entre o sistema *common law* do sistema *civil law*, principalmente no tocante a utilização cotidiana dos precedentes internacionais pelo Supremo Tribunal Federal para a fundamentação das decisões e votos dos Ministros, como narrado pelo Ministro Teori Zavascki, durante a votação da Reclamação 4.335/AC:

Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*,

---

3 PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2007, p. 806-807.

própria do sistema da common law. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (civil law e common law) é fenômeno em vias de franca generalização.<sup>4</sup>

Assim, resta concluído que um país que segue estritamente a lei, implementou a importância que os precedentes possuem no cenário jurídico nacional, assim como progressivamente os Tribunais Superiores vêm incorporando em suas decisões os precedentes, e muitas vezes internacionais, a fim de solucionar controvérsias que muitas vezes a lei sozinha não é capaz de solucionar.

## **A Utilização dos Precedentes Internacionais na Fundamentação aa ADPF 347-DF**

No julgamento da ADPF 347-DF foram utilizadas na votação dos Ministros do STF os precedentes internacionais.

Daniel Sarmento, advogado constitucionalista e autor do pedido da ADPF 347-DF, explanou a necessidade do Poder Judiciário em criar obrigações frente ao caótico cenário das penitenciárias brasileiras, impondo aos Poderes medidas necessárias a fim de amenizar tal situação de degenerações aos Direitos Fundamentais.

Ainda, trouxe em seu texto, que o fato de o Poder Judiciário legislar sobre as medidas que deverão ser tomadas, não afrontam a repartição dos três Poderes, uma vez que tal situação apenas é utilizada nos casos extremos e possuem um fim social e indispensável muito maior para a solução das imensas inobservâncias e falta de atitude para solucionar os mais graves problemas estruturais vividos em um país.

Nesse caso, o constitucionalista importou o instituto do estado de coisas inconstitucionais da Corte Colombiana e, ainda, se amoldou à situação jurídica e social brasileira. Por esse motivo, torna-se plenamente cabível esse precedente internacional, uma vez que não foi apenas citado, mas sim, perfeitamente ajustado à realidade nacional.

Ainda, pode-se constar que, em análise aos dois países, Brasil e Colômbia, ambos possuem uma identidade social e cultural, bem como em matérias de proteção aos Direitos Fundamentais já que ambos os países são signatários de Tratados Internacionais em comum.

O caso do julgamento da cautelar da ADPF 347-DF, os Ministros do STF, o Relator Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Carmen Lúcia votaram no sentido de reconhecer o estado de coisas inconstitucional ante a grave crise em que o sistema carcerário brasileiro enfrenta.

---

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Reclamação nº 4335 do Acre, Rel. Ministro Gilmar Mendes, p. 2-3.

Por esse motivo, o precedente internacional importado da Colômbia foi utilizado como *Ratio Decidendi* na votação dos Ministros, já que foi a razão fundamental de uma decisão, sendo a parte do precedente que sem ela a votação da ADPF 347- DF perde a sua razão.

## O Estado de Coisas Inconstitucional

O estado de coisas inconstitucional é um precedente internacional, importado pela Corte Constitucional Colombiana do julgamento da Sentencia de Unificacion 559 tratando-se de um problema de ordem estrutural que decorre de tamanhas omissões dos Poderes executivo, legislativo e judiciário que violam de forma generalizada e incessante direito fundamental.

Tal precedente foi criado pela Corte Constitucional Colombiano no ano de 1997 durante o julgamento da Sentencia de Unificacion 559, ante a obrigação de o Estado cumprir decisões acerca de violações aos direitos fundamentais além da dignidade da pessoa humana enquanto haja uma grave violação em relação a tal matéria.

Nesses casos, o estado de coisas inconstitucional tem o fim de aproximar as garantias e Direitos Fundamentais que estão regulamentadas nas Constituições de cada país, com a realidade social que, na grande maioria das vezes, não possui a implementação do garantismo tutelado pelo papel, ainda mais em países em que há uma elevada taxa de desigualdade social.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, são exigidos três requisitos para a configuração do estado de coisas inconstitucional, quais sejam: o primeiro refere-se a uma a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais; o segundo é uma falha estatal estrutural decorrente de uma inercia estatal oriunda dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário; e o terceiro requisito aborda a necessidade de implementação de medidas multifocadas que envolvam uma pluralidade de órgãos.

O instituto é um recurso resolutivo gerado pela Corte Constitucional da Colômbia no julgamento da Sentencia no SU-559, de 6/11/1997, e foi supramencionada na petição inicial do PSOL, e nas fundamentações dos votos dos Ministros no julgamento da ADPF 347-DF:

Conforme esclarece, a técnica da declaração do ‘estado de coisas inconstitucional’ permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, argumenta que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes. Afirma que essas condições estão presentes e são notórias no sistema prisional brasileiro, a legitimar a atividade do Su-

premo por meio desta arguição.<sup>5</sup>

No caso da Corte Constitucional Colombiana, os magistrados atuaram a fim de garantir os Direitos Fundamentais como um todo, sendo que tiveram que deixar de atuar como uma Corte que soluciona litígios individuais para que possa agir como garantidor social do Estado como um todo, garantindo à busca e elucidações profundas de problemas estruturais, trazendo para si a função de um agente de modificação.

Nas sábias palavras da magistrada da Corte Constitucional da Colômbia, Dra. Clara Inés Vargas Hernández:

Compromisso ético do juiz constitucional de ao permanecer indiferente e imóvel frente a diversas situações estruturais, que se inter-relacionam lesando de maneira grave, permanente e continua numerosos direitos inerentes ao ser humano.<sup>6</sup>

Destarte, os Ministros do STF reconheceram o estado de coisas inconstitucionais, mediante a adoção de precedentes, deferindo duas das oito cautelares constantes na inicial, quais sejam a necessidade da realização da audiência de custódia para que o preso compareça em até 24 (vinte e quatro) horas da prisão, e também a liberação do FUNPEN para a melhora da situação de sistema carcerário, assim como a proposta do Ministro Luís Roberto Barros a fim de que a União em um ano forneça informações do sistema carcerário para que posteriormente seja julgado o mérito da ação.

## **Do Caso Brown v. Board of Education da Suprema Corte dos Estados Unidos**

O emblemático caso Brown v. Board Education se deu a partir do conjunto de cinco casos americanos, os quais possuíam a mesma adversidade, qual seja a segregação racial nas escolas públicas e que foram julgadas contra a comunidade negra.

Por esse motivo, em sede recursal, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por entender que a segregação racial inferiorizava a comunidade negra, uma vez que contrariava a XIV Emenda da Constituição dos Estados Unidos que tutela o direito à igualdade entre todos os cidadãos.

Essa decisão foi precursora ao mecanismo das decisões estruturais em que há necessidade de intervenção judicial nos casos em que haja falhas de natureza estruturais acerca dos direitos constitucionalmente tutelados como, por exemplo, o direito à educação, segurança, saúde, igualdade.

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental no 347, Rel. Ministro Marco Aurélio, p. 7.

6 HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas, La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutelar: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, No1, Universidad del Talca, Chile, 2003, p. 206.

Frente à tamanha importância jurídica, o Ministro Gilmar Mendes durante a votação da ADPF 347–DF fez referência ao precedente dos Estados Unidos, trazendo o caso *Brown v. Board of Education*:

E, talvez, o modelo que mais se aproxime do caso que agora estamos a enfrentar, em termos de paradigma no Direito Constitucional, pelo menos mais recente, talvez, seja, inegavelmente, o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, o célebre caso que deflagra o modelo de dessegregação racial dos Estados Unidos, em que, como se sabe, o justice Warren vai ter um papel importantíssimo nessa etapa de dessegregação. Este, portanto, é um caso, sem dúvida nenhuma, paradigmático e que chama a atenção, inclusive, à responsabilidade da Corte neste caso, porque não se trata apenas, ministra Rosa, de expedir uma liminar que suspenda determinados atos, ou expedir determinadas orientações, mas há uma exigência de que haja acompanhamento, sob pena de o esforço que se está a fazer aqui resultar pouco significativo.<sup>7</sup>

O precedente internacional *Brown v. Board of Education* utilizado na votação do Ministro Gilmar Mendes foi utilizado como *Obiter Dictum*, já que não foi a razão argumentativa fundamentada pelo Ministro, mas sim, como forma de completar o raciocínio.

A utilização de tal precedente internacional possuiu uma grande importância na ADPF 347-DF, uma vez que tutela a necessidade do STF no acompanhamento desse caso após o deferimento das liminares, para assim garantir uma efetiva implantação das decisões.

## **A Utilização dos Precedentes Internacionais na Fundamentação Do HC 152.752**

Em análise ao segundo caso eleito como paradigma, o HC 152.752 que possibilitou a execução provisória da pena ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a figura dos precedentes internacionais se mostra extensiva e indiscutível no caso.

Partindo dessa perspectiva de estudo do acórdão do HC 152.752 foi possível extrair inúmeros precedentes internacionais suscitados como fundamentos das decisões do voto dos Ministros. Vejamos:

Voto do Ministro Celso de Mello:

a questão da presunção de inocência [...] A sua consagração explícita num texto legal apenas foi conseguida com a Revolução Francesa de 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, profundamente influenciada pela obra de Beccaria ('Dos Delitos e das Penas', que Voltaire apelidou de 'Código da Humanidade'), não só no pensamento jurídico europeu, mas também no pensamento jurídico

---

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental no 347, Rel. Ministro Marco Aurélio.p. 7.

norte-americano, transferindo-se esta perspectiva para alguns textos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11 n. 1), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14 n. 2), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6) e a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (art. 48 n. 1)” (grifei).

Na realidade, a **presunção de inocência**, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “*Suma Teológica*”, **constitui** resultado **de um longo** processo de desenvolvimento político-jurídico, **com raízes, para alguns**, na Magna Carta inglesa (1215), **embora, segundo outros autores, o marco histórico** de implantação desse direito fundamental **resida** no século XVIII, **quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado**, inicialmente, na *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (1776). (pp. 27 e 28).

Outro posicionamento relevante pela utilização da mesma matéria é o apontamento do Ministro Luís Roberto Barroso, este também entendeu pela não ilegalidade na execução provisória da pena, é o que adiante segue:

Nenhuma interpretação jurídica que leve ao absurdo pode ser uma interpretação jurídica legítima e sustentável. Prefiro outra: interpretar de uma forma que conduza ao que é justo, correto e legítimo.

**E nenhuma declaração de direitos humanos no mundo - nenhuma - exige o trânsito em julgado para a prisão.** Eu fiz o levantamento, está no meu voto. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos** não fala em trânsito em julgado. **A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais** não fala em trânsito em julgado. **A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia** não fala em trânsito em julgado. **A Carta Africana de Direitos do Homem**, idem. **A Declaração Islâmica dos Direitos Humanos** não o exige. **O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** não o exige. **A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**, que é o Pacto de San José da Costa Rica, não o exige. (grifos)

Por sua vez, o ilustre Ministro Marco Aurélio, fomenta seu voto sobre o tocante a criação da presunção de inocência no cenário jurídico, indagando se esta é simples criação brasileira e sem o respaldo histórico internacional que este detém, assim formula:

O ordenamento espanhol reconhece a presunção de inocência conforme o artigo 24.2 da Constituição de 1978. Mais ainda: **a Declaração Universal de Direitos do Homem**, de 1948, **contém garantias** mínimas relativas ao justo processo e revela que toda pessoa acusada de crime tem direito **a que se presuma sua inocência** – mas, no Brasil, não, presume-se que todos sejam salafriários até prova em contrário – enquanto não se prove sua culpabilidade.

Seguindo-se a esse documento de Paris, **a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, Roma 1950**, e o **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**, aprovados pela Assembleia Geral da ONU, em 1966, **trazem disposições expressas a respeito da**

**presunção de inocência.** Mais recentemente, a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada na conferência de São José da Costa Rica, 1969, estabeleceu que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Como então dizer-se que se trata simplesmente de criação brasileira, inventada?

Por seu turno, o que se destaca na fundamentação do saudoso Ministro Ricardo Lewandowski, cujo voto tratou de aprovar o HC, sujeitando-se ao princípio da presunção da inocência em sua forma mais nobre e, por conseguinte, de não ser a favor da execução provisória da pena. Nestes termos, implica em sustentar a evolução sistêmica do princípio da presunção de inocência, suscitando ao elemento inerente aos direitos sociais e humanos, a vedação ao seu retrocesso. Colaciona-se:

Não custa recordar, ainda, que a proibição do retrocesso, em matéria de direitos fundamentais, encontra-se expressamente estampada no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, elaborada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, considerada pelos especialistas verdadeiro jus cogens em matéria de direito internacional.

Pois bem, reconhecida a presença de inúmeros fatores internacionais no referido Habeas Corpus, insta perquirir acerca da intenção inerente a criação de uma teoria de precedentes, considerando que no presente caso quando um dos Ministros, Luís Roberto Barroso, invoca que nenhuma declaração de direito humanos no mundo exige o trânsito em julgado para a prisão, o Ministro Alexandre de Moraes utiliza a Convenção Americana sobre Direitos Humanos para fundamentar o direito do condenado recorrer em liberdade.

Destarte, para a interpretação dos precedentes é necessário a eleição de paradigmas, devendo ser estruturados de forma mais criteriosa. *A priori*, pois, há de se pensar duas técnicas de essencial importância em um ordenamento que pretenda sistematizar precedentes: a distinção (*distinguish*) e a superação (*overruling*).

Em termos práticos o *distinguishing*, se apresenta quando, por exemplo, o autor ingressa com uma ação judicial e o juiz identifica de prontidão que a matéria controvertida é idêntica a certo precedente firmado pelo tribunal. Já que para o Magistrado surgirá o dever de intimar o autor para que este demonstre que há distinção (*distinguishing*) entre o precedente indicado pelo douto julgador e aquilo que apresentou como fundamentação.

Por sua vez, o *overruling*, se estabelece na situação de superação do entendimento. Onde, seguindo o exemplo criado, é possível se estabelecer quando o requerente identifica que o precedente que o magistrado citou, *in casu*, deva ter o seu conteúdo superado pelo Tribunal. Dessa maneira, resta ao autor demonstrar tal superação, ou seja, demonstrar o *overruling*. É, pois, importante em vias de revisão de um entendimento.

Nestes termos, cabe sucintamente identificar qual fora a contribuição dos precedentes internacionais no recorte problemático. Custa, porém, ter em mente que é incontestável a presença destes ao caso, como bem disposto em vias anteriores, sendo, pois, relevante no momento o juízo de coerência destes.

Assim, de forma mais explícita, fora possível separar três situações principais do uso de precedentes internacionais. O ilustre Ministro, Alexandre de Moraes, em seu voto no presente julgamento do HC 152752, justifica seu posicionamento conciliando-o com a menção de certos precedentes internacionais que decidiram no mesmo sentido, assim, colaciona-se:

Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente artigo 8.2 e 6º, 2 – consagram o *princípio da presunção de inocência* até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados.

Conforme apontam JOSÉ RIBAS VIEIRA e RANIERI LIMA RESENDE, em detalhado artigo denominado “*Execução provisória da pena: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*”, que, inclusive, analisa importantes precedentes relacionados a presente hipótese (casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2004; *Rosendo Cantú y outra vs. México*, 2011; *Mohamed vs. Argentina*, 2012):

“Identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa”.

**Figura 1-** Print do voto do Ministro Alexandre de Moraes.

De mesmo norte, tanto o douto Ministro Luiz Fux quanto a Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia utilizaram da mesma disposição de precedentes internacionais em suas decisões, custa, pois, apresentá-lo:



b) Estados Unidos.

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre Caso 'Coffin versus Estados Unidos' em 1895. Mais além, o Código de Processo Penal americano (Criminal Procedure Code), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que 'se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo'.

(...)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, 'nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o 'juízo de primeiro grau', com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes'. Prossegue informando que "o sistema legal norteamericano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão".

Figura 2- Print do voto do Ministro Luiz Fux.

Continuando a menção de precedentes para fundamentar seu entendimento, importa ainda colacionar o que segue:

### c) Canadá

(...)

O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso *R. v. Pearson*(1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, “é claro”, a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no Criminal Code, válido em todo o território canadense.

Figura 3– Print do voto do Ministro Luiz Fux.

Pois bem, demonstrados os usos dos precedentes, como bem já tinha sido exposto em momento inicial nesta, é necessário observar que estes não atingem a máxima disposição que merecem, ou seja, é evidente que nos termos dos critérios e mecanismos aqui exaltados os votos supra carecem de análise integral dos precedentes, e, portanto, ilustram o quão arbitrário está o uso destes na *Civil Law* brasileira.

## Conclusão

O Supremo Tribunal Federal vem, correntemente, incorporando os precedentes internacionais a seus votos e decisões. Essa nova realidade, em que há a aproximação de institutos jurídicos de tradições distintas quais sejam a *civil law* e *common law*, que se impôs a essa pesquisa a necessidade de um aprofundamento teórico sobre os critérios utilizados pelo STF para a utilização de precedentes internacionais como fundamento de suas decisões.

Verificou-se, por conseguinte, que o Brasil caminha a passos largos a adoção do sistema de precedentes, desde sua inclusão no Código de Processo Civil de 2015 até nas decisões dos Ministros do STF.

Em conformidade com o sistema *commom law*, para a realização dos precedentes, primeiramente deve-se trasfegar o elemento da decisão conhecido como *ratio decidendi* em que é o pretexto do direito advindo do julgamento, gerando uma regra generalizada, mas que seja analisada conforme o contexto.

Já o elemento *obiter dictum* em contrapartida, uma vez que refletem os

juízos e debates que apesar de serem pertinentes para o entendimento da decisão, não são componentes do argumento jurídico.

Porém, para que a adoção do sistema de precedentes possa alcançar a efetividade pretendida, percebeu-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem que impor de maneira mais objetiva alguns critérios para sua utilização.

# **REGRA DE BANGKOK N. 62, UMA UTOPIA NECESSÁRIA: BREVE ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE E OS DESAFIOS DA REALIDADE BRASILEIRA**

**Mariana Macedo dos Santos**

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Módulo

**Mozart Gomes Morais**

Mestre em Direitos Humanos Fundamentais pelo Centro Universitário Fundação Instituto de Ensino para Osasco; Graduado em Direito pela Faculdade Anchieta; Professor Universitário de Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário Módulo e Faculdade de São Sebastião; Advogado

## **Resumo:**

O presente trabalho visa, através de análise de dados do Departamento Penitenciário Nacional e pesquisa bibliográfica, demonstrar a necessidade de atuação do Estado para a diminuição do número de mulheres encarceradas. No Brasil, as ações para o combate ao aumento da população prisional feminina são ineficazes, pois o número de mulheres presas cresceu 559% entre os anos 2000 a 2019. A incompetência do Estado perante essa minoria (mulheres encarceradas) demonstra a clara necessidade de mudança. Diante desta problemática surgiram as Regras de Bangkok como alternativas ao desencarceramento feminino. Destaca-se a regra de número 62, que prioriza a prestação de serviços comunitários ao tratamento do consumo de drogas. Sua importância se dá, visto que 50,94% destas mulheres estão presas por crimes relacionados às drogas. Deste modo, faz-se evidente a necessidade de atuação do Estado para redução do número de detentas e efetiva aplicação das Regras de Bangkok no sistema judiciário brasileiro.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Encarceramento feminino; Estado; Regras de Bangkok.

## **Introdução**

O Brasil é o 3º colocado no ranking de países com a maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos e da China e,

em se tratando da população carcerária feminina, o Brasil ocupa a 4ª posição. O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), revela que o perfil da mulher brasileira encarcerada que, em sua maioria, é negra ou parda, já sofreu algum tipo de violência (física, sexual, psicológica) em algum momento da vida, possui baixo nível de escolaridade e encontra-se presa por tráfico de drogas.

Para mais, o Brasil é um país de extrema desigualdade, assim como seu sistema carcerário é desproporcional, em relação ao atendimento de homens e mulheres. As mulheres apresentam demandas e necessidades diferenciadas àquelas manifestadas pelo público masculino, por esse motivo, é essencial a análise do encarceramento feminino como uma categoria única e particular.

As mulheres encarceradas passam também por negligência e omissão do Estado no cumprimento de seus deveres. O Estado deveria proporcionar espaços produtivos, saudáveis, de recuperação e resgate de cidadania para as mulheres, porém, só tem feito ecoar a discriminação e a violência de gênero presentes na sociedade para dentro dos presídios femininos.

Diante dos fatos, a efetiva aplicação das Regras de Bangkok no sistema judiciário brasileiro se mostra como uma ferramenta eficaz não só no combate à violação dos direitos das mulheres dentro e fora dos presídios, mas também a violação da condição de mulher que as encarceradas enfrentam.

## **Regras de Bangkok: surgimento e relevância**

A fim de sanar a omissão do Estado com relação as mulheres aprisionadas, estimuladas inicialmente pela Princesa Bajakitiyabha, surgiram as Regras de Bangkok como alternativas para o desencarceramento feminino dentre os países signatários, no qual o Brasil faz parte. Sua aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas ocorreu em 2010.

Embora o Estado brasileiro tenha engajado as negociações para a elaboração de tais regras, sua tradução para o português somente foi publicada no dia 08 de março de 2016, Dia Internacional da Mulher. A intenção dos legisladores em publicar nesta data foi de homenagear as mulheres e incentivar o combate à desigualdade e violência de gênero. A Secretária Especial de Direitos Humanos substituta à época, afirmou que a melhor homenagem a ser prestada às mulheres na data é não retroceder na defesa de seus direitos.

Ainda em 2016, juntamente com a publicação da tradução das Regras de Bangkok para a língua portuguesa, houve a sanção da Lei nº 13.257/2016, conhecida como Marco Legal de Atenção à Primeira Infância, que dentre outras propostas, prevê a atenção especial e proteção a mães que optam por entregar seus filhos à adoção e gestantes em privação de liberdade, o que representou outro grande avanço na implementação das Regras de Bangkok no país.

As Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok) surgiram como um complemento a uma série de tratados interna-

cionais de direitos humanos dos quais também fazem parte as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela).

As Regras de Bangkok formam um conjunto de 70 regras destinadas ao tratamento de mulheres infratoras e prisioneiras, e estão divididas em quatro seções. A primeira seção diz respeito à administração geral das instituições, onde destacam-se as regras 6 a 18, que versam quanto ao exame médico de ingresso e atendimento médico específico para mulheres. A segunda seção fala das categorias especiais, subdivididas em outras duas seções. A primeira subseção aplica-se as presas já condenadas, merecendo atenção a regra 42, direcionada as mulheres gestantes. A segunda subseção aplica-se as presas cautelares ou que aguardam julgamento. A terceira seção dedica-se as penas alternativas privativas de liberdade e medidas às mulheres, adultas e adolescentes infratoras, destacando-se a regra 62, que prioriza a prestação de serviços comunitários ao tratamento do consumo de drogas, por exemplo. Por fim, a quarta seção apresenta as regras sobre pesquisas, planejamento, avaliação e sensibilização pública.

## **Regra de Bangkok N.62**

No Brasil, as ações para o combate ao aumento da população prisional feminina são escassas. Muito se deve ao público majoritário das penitenciárias ser masculino, o que gera certa “invisibilidade” às mulheres que estão privadas de sua liberdade.

A realidade do crescimento do número de mulheres encarceradas é global. Boa parte dos países atribui isso à relação com as drogas, que tem raízes no próprio uso e abuso de drogas e também às questões socioeconômicas. As regras não somente abordam a necessidade de oferecer oportunidades por tratamento dentro das unidades prisionais, mas reconhecem que este tratamento tem de considerar a possibilidade de a mulher ter sido vítima de violência em algum momento da vida, a possibilidade de gravidez e a diversidade cultural, e oferecer tratamento dentro deste contexto.

O advogado do programa Violência Institucional da Conectas, Henrique Apolinário explica:

O crescimento da população carcerária feminina no Brasil está atrelado diretamente à atual lei de drogas, promulgada em 2006. A legislação possui enormes brechas e, além disso, na grande maioria dos casos os magistrados optam pelo encarceramento mesmo quando claramente isso não é necessário e ao invés de aplicar penas alternativas.

O tipo penal dominante nos presídios femininos brasileiros é o de crimes relacionados as drogas (Lei 6.368/76 e 11.343/06), que representam cerca de 50,94% dos casos, seguido pelos crimes contra o patrimônio (28,52%) e

os crimes contra a pessoa (13,44%).

Diante dos fatos, destaco dentre as Regras de Bangkok, a regra de número 62, que prioriza a prestação de serviços comunitários ao tratamento do consumo de drogas. A importância desta regra em específico se dá, visto que 50,94% destas mulheres estão presas por crimes relacionados às drogas. Segundo dados do Infopen, “as mulheres ocupam uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico”.

## Legislações Complementares

Não só as Regras de Bangkok visam adequar a realidade da mulher presa. O ordenamento jurídico brasileiro, ainda que possua nítidas lacunas, tem apresentado pequenos avanços em relação à esta temática, em especial, com a promulgação da Lei nº 13.434/17, que acrescentou o parágrafo único ao art. 292, do Código de Processo Penal brasileiro, vedando o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Com a entrada em vigor da referida Lei, tem-se que o Poder Legislativo e Executivo se uniram a fim de proteger os direitos das mulheres em condições especiais.

Combinando o Decreto nº 8.858/16 com a Lei nº 13.434/17, chega-se ao entendimento de que, às mulheres, é vedado o uso de algemas durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar, após o parto, durante o período em quem se encontrar hospitalizada e durante a fase de puerpério imediato.

O estado puerperal, por exemplo, é elemento necessário para se caracterizar o crime de infanticídio previsto no art. 123 do Código de Processo Penal brasileiro. A inovação trazida pela nova Lei tem trazido inúmeras discussões doutrinárias acerca do período de duração do estágio puerperal. Para uns, o estado puerperal compreende o período entre a expulsão da placenta e a volta do organismo materno ao estado anterior à gestação. Para outros, o estado puerperal dura de 03 a 07 dias após o parto. Ainda, há quem afirme que possa perdurar por algumas horas, meses ou até mesmo cerca de 02 anos.

Outro avanço importante para as presidiárias, está relacionado ao Habeas Corpus 118.533 julgado em 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, onde houve o entendimento de que o crime de tráfico de drogas cometido por pessoa sem antecedentes criminais e que não pertence a organização criminosa, pode ser descartada a hediondez. Assim decidiu:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADOS: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de en-

torpentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto privilegiado apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são revelados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida.

Referida decisão tem o poder de mudar a realidade de muitas presidiárias, aumentando suas chances de absolvição, uma vez que grande parte das mulheres presas por tráfico de drogas se quer possuem envolvimento com organização criminosa. Muitas delas se envolvem nestas atividades por conta da situação socioeconômica em que se encontram, tendo como único meio de sustento de seus lares, o transporte e a comercialização de entorpecentes. Ainda, há relatos de mulheres que se envolvem no tráfico de drogas por influência de seus companheiros, que as ameaçam e violentam fisicamente caso recusem contribuir com tais ações.

## **População Prisional Feminina Brasileira**

Os casos de criminalidade no Brasil crescem e o número de presidiárias femininas também. O Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, divulgou no ano de 2019 a atualização do número de mulheres encarceradas, que saltou de 5.601 em 2000 para 36.929 em 2019, ou seja, houve um aumento de 559%.

O perfil predominante das presidiárias mostra que 50% delas se encontram entre a faixa etária de 18 a 29 anos, 68% são da raça negra e 86% não possuem sequer educação básica completa. Apenas 7% das unidades prisionais no Brasil têm destinação exclusiva para abrigar mulheres; outros 17% são estabelecimentos ‘mistos’, para homens e mulheres. “Não há política pública específica pra tratar dessas mulheres em presídios mistos, que muitas vezes acabam funcionando como simples extensão dos masculinos. Relatos de violência sexual nesses ambientes são comuns”, afirma Bruna Angotti, advogada e coordenadora do Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

Há um grande descaso no sistema penitenciário no que diz respeito às mulheres, que está ligado “à discriminação, ao preconceito arraigado que, não obstante a regra de igualdade entre homens e mulheres perante a lei, ainda o que predomina é a visão machista sobre a condição feminina. Sendo assim, a criminalidade feminina copiaria os aspectos gerais da criminalidade masculina, ou seja, seria em tudo parecida à do homem” (MOREIRA, 2007). O encarceramento feminino foi pouco considerado em pautas ao longo da história dos sistemas de contenção de criminalidade. Apenas em 1940 foram criados, em



alguns estados, presídios destinados somente para mulheres.

A falta de insumos básicos de higiene, como pasta de dente, papel higiênico e absorventes, é recorrente em presídios femininos, mesmo que na Seção II da Lei de Execução Penal (LEP) referente à Assistência Material garanta esse direito. Segundo dados de 2007 da CEJIL (Centro de Justiça e Direito Internacional):

A maioria das cadeias públicas não disponibiliza absorventes íntimos para as presas. Há relatos de que aquelas que não têm família ou amigas que possam ceder o produto passam todo o mês acumulando miolo de pão, para improvisar absorventes durante o período menstrual.

Em relação às questões de raça e cor, dados de 2017 divulgados pela Infopen Mulheres, mostram que a predominância de mulheres pretas e pardas se contrasta com as demais etnias, totalizando 63,55% do total. Esses dados escancararam a desigualdade histórica racial no país.

No caso da gravidez e amamentação dentro dos presídios, o art. 14 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, prevê a assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico, e em seu §3º, incluído em 2009 pela Lei nº 11.942, descreve que será assegurado o acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. Referente a uma infraestrutura adequada para as gestantes, apenas 32% das unidades femininas tem o ambiente adequado, com cela ou dormitórios para esse fim, enquanto nas unidades mistas, apenas 3%, e o percentual dessas unidades que têm creches são ainda menores, das unidades femininas 5%, e das mistas, nenhuma dispõem do serviço (Infopen, 2014).

No livro da jornalista Nana Queiroz (2015), que conta diversas histórias vividas por presidiárias e pessoas que trabalham nesse meio, no Brasil, traz um relato da ativista Heidi Cerneka, que trabalha com a causa da mulher presa no Brasil na Pastoral Carcerária, com o seguinte relato: “O berçário tinha 110 mulheres num espaço de quarenta e poucas. Tinha mãe que havia acabado de chegar do hospital, assim, pariu hoje de manhã, já recebeu alta no mesmo dia, e estava ali, dormindo no chão. E o bebê no chão junto com ela, claro”.

A questão da amamentação, também regida pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, assegura que a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Em relação a proporção de visitas nas penitenciárias, as mulheres recebem menos visitas que os homens, podendo se compreender que as mulheres encarceradas sofrem o abandono, tanto pela família, como pelos amigos, conseqüentemente sofrendo mais intensamente o processo penal (SOUZA,

2005), sendo um dos agravantes as poucas penitenciárias femininas e de difícil acesso, os horários para visitas em dias úteis, a revista para entrar na penitenciária e os estigma de “mulher delinquente e desajustada”, abalando o estereótipo social de mulher, como ingênua, sensível e maternal. Com as visitas íntimas não é diferente, muitas são abandonadas por seus parceiros, e quando as visitas ocorrem, são realizadas sob rigoroso controle, com traços excludentes/discriminatórios (OLIVEIRA *at al.*, 2012). Para as detentas homossexuais, o processo é mais difícil ainda, pois tem que comprovar uma relação duradoura, seja por declaração de união estável registrada em cartório ou por terem filhos registrados juntamente (PADOVANI, 2011).

## Considerações Finais

Os direitos das mulheres dentro dos presídios brasileiros, assim como fora, são frequentemente violados, sobretudo com uma base histórica patriarcal e voltada às necessidades masculinas, deixando de lado não apenas as mulheres, mas também transexuais e homossexuais.

Diante dos aspectos mencionados, fica evidenciada a necessidade de atuação do Estado para corrigir o descaso histórico com as mulheres encarceradas, incentivando a aplicação das Regras de Bangkok no sistema judiciário brasileiro, afinal, aplicar tais regras, bem com as legislações específicas para as mulheres disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, não quer dizer deixar de punir aquela mulher infratora, pois as Regras de Bangkok consideram as necessidades específicas das mulheres, reconhecendo que é necessário um tratamento igual, mas diferenciado.

Para mais, é imprescindível que haja uma conscientização da comunidade acerca dos direitos e violações existentes dentro das penitenciárias femininas do Brasil, colocando como destaque a necessidade de mudança neste quadro, de forma a proporcionar às mulheres encarceradas, algo que deveria ser impreterível ao ser humano, os direitos humanos, “destinados, antes de tudo, a assegurar a esfera da liberdade do indivíduo frente a intervenção do poder público; são direitos de defesa do cidadão frente ao Estado” (SCHMITT, 2002, p. 419).

## Referências

ALVES, Alessandra. **Ser mulher em um sistema prisional feito por e para homens**. Ponte Jornalismo. Disponível em < <https://ponte.org/ser-mulher-em-um-sistema-prisional-feito-por-e-para-homens/>> Acesso em: 16 de outubro de 2020.

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **ENTRE AS LEIS DA CIÊNCIA, DO ESTADO E DE DEUS: O surgimento do presídio feminino no Brasil**. São Paulo, 2011. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11062012-145419/publico/2011\\_BrunaSoaresAngottiBatistaDeAndrade\\_VOrig.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11062012-145419/publico/2011_BrunaSoaresAngottiBatistaDeAndrade_VOrig.pdf). Acesso em: 08 de outubro de 2020.

BARBERIO, Sofia Blazquez; COSTAO, Larissa Aparecida. **O encarceramento da dignidade feminina**. ETIC - Encontro de Iniciação Científica. 2016. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5537> Acesso em: 09 de outubro de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**. Brasília, 2016. Acesso em 28 de setembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 16 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm). Acesso em 28 de setembro de 2020.

CARVALHO, Maria Luciene Barbosa; FREITAS, Luana Duarte Assunção de. **AS FACES E OS DISFARCES DOS PRESÍDIOS FEMININOS: VIOLAÇÕES X DIREITOS**. XII Seminário Nacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, [s. l.], 2016. Disponível em <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14582/3270> Acesso em: 08 de outubro de 2020.

ESTATÍSTICAS do encarceramento feminino. **Mulheres livres**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/mulheres-livres/estatisticas> Acesso em: 08 de outubro de 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. INFOPEN Mulheres. 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf> Acesso em: 09 de outubro de 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Relatório Temático sobre mulheres privadas de liberdade**. INFOPEN Mulheres. 2017. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) Acesso em: 09 de outubro de 2020.

MIYAMOTO, Yumi; KROHLING, Aloísio. Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [s. l.], n. 40, 2012. Disponível em <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/173/155> Acesso em: 08 de outubro de 2020.

MOREIRA, Cinthia Lopes. **Aspectos da criminalidade feminina**. 2007. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aspectos-da-criminalidade-feminina/> Acesso em: 08 de outubro de 2020.

OLIVEIRA, M. G. F.; SANTOS, A. F. P. R. Desigualdade de gênero no sistema prisional: considerações acerca das barreiras à realização de visitas e visitas íntimas às mulheres encarceradas. **Caderno Espaço Feminino**, v. 25, n. 1. 2012. Uberlândia-MG. Disponível em: <http://200.19.146.79/index.php/neguem/article/view/15095> Acesso em: 09 de outubro de 2020.

OLIVEIRA, R. C. C.; LARA, C. A. S. **ABSORVENTE DA DIGNIDADE: VIOLAÇÃO DE DIREITOS E OS CUIDADOS ÍNTIMOS E O ACESSO À**

SAÚDE DA POPULAÇÃO PRISIONAL FEMININA. Volume 03, n.º.30, pp. 194 - 197. Curitiba. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3650/371372025> Acesso em: 08 de outubro de 2020.

PADOVANI, Natália Corazza. **No olho do furacão:** conjugalidades homossexuais e o direito à visita íntima na Penitenciária Feminina da Capital. Cadernos Pagu. n.º 37, 2011, Campinas. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000200007&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000200007&script=sci_arttext) Acesso em: 09 de outubro de 2020.

MORAES, Paulo Augusto Costivelli de; DALGALARRONDO, Paulo. **Mulheres encarceradas em São Paulo:** saúde mental e religiosidade. Jornal Brasileiro de Psiquiatria, Rio de Janeiro, v. 55, ed. 1, 2006. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0047-20852006000100007&script=sci\\_arttext&tlng=pt#:~:text=Na%20amostra%20de%20358%20presidi%C3%A1rias,com%20mediana%20de%20dois%20filhos](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0047-20852006000100007&script=sci_arttext&tlng=pt#:~:text=Na%20amostra%20de%20358%20presidi%C3%A1rias,com%20mediana%20de%20dois%20filhos). Acesso em: 23 de outubro de 2020.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **A novíssima Lei 13.434/2017 e o uso de algemas:** a necessária e cogente proteção dos direitos das mulheres. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57113/a-novissima-lei-13-434-2017-e-o-uso-de-algemas-a-necessaria-e-cogente-protecao-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam:** a brutal vida das mulheres - tratadas como homem - nas prisões brasileiras. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Record. 2015. Pág. 42.

SOVERAL, Raquel. **DIREITOS HUMANOS:** Por um olhar na evolução, nas dimensões e na internacionalização destes direitos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=141c3ffedc2e23e6> Acesso em: 09 de outubro de 2020.

STF – **HC: 118533 MS – MATO GROSSO DO SUL 9989784-61.2013.1.00.0000**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 23/06/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação =: DJe-199 19-09-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em 19/11/2020.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. 1. ed. [S. l.]: Companhia das Letras, 2017. 232 p.

# REGRAS DE BANGKOK E ENCARCERAMENTO FEMININO

**Rúbia Cristina Rosa**

Acadêmica do quinto semestre de direito no Centro Universitário Módulo cruzeiro do Sul

## **Resumo:**

A situação das prisões femininas no Brasil carece de diversas melhoras, as penitenciárias ignoram as recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão em diversos casos, nenhuma prisão funciona em respeito aos parâmetros legais vigentes na legislação internacional e nacional., o presente estudo tem como objetivo descrever a precariedade do sistema penitenciário e as violações estaduais dos direitos e garantias concedidas às mulheres ao cumprir sentenças com base em disposições constitucionais baseadas em ordens das regras de Bangcoc, através da metodologia da revisão bibliográfica. Buscou-se analisar o sistema prisional brasileiro e as regras de Bangkok. Diante disso o presente artigo pretende responder o seguinte questionamento: As Regras de Bangkok: Um meio para o desencarceramento feminino no Brasil? Conclui-se que muito pouco do que é garantido legalmente, e nenhuma das penitenciárias femininas brasileiras funciona em pleno respeito aos parâmetros legais vigentes, considerando as regras de Bangkok. Por isso, tentamos usar sugestões para mostrar os pontos mais críticos do sistema atual e as possibilidades de melhoria. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica que tem por finalidade conhecer diferentes formas de contribuições científicas que se realizam sobre determinado assunto ou fenômeno, sendo consultados artigos de periódicos, livros nas bases de dados Scielo, BDENF, LILACS, MEDLINE,

**Palavras-chave:** Regras de Bangkok; Sistema prisional; Femininas; Mulheres; Legislação.

## **Introdução**

O alto crescimento de presidiárias no Brasil tem chamado a atenção da sociedade. O relatório de 2014 da Autoridade Correcional Nacional - DE-PEN - apurou que em 2000 o número de reclusas era de 5.601, em 2014 o número subiu para 37.380, um aumento de 567%. Com esses números, o país

passou a ser o quinto com maior número de mulheres presas no mundo. Destaca-se também a baixa produção teórica a respeito da postura do Estado no combate ao aumento do encarceramento feminino, sendo que em grande parte o trabalho visa analisar a situação das mulheres nas prisões (CERNEKA, 2009).

Diante desses fatos, em 2010 as Regras de Bangkok aparecem como um parâmetro para o tratamento prisional oferecido ao público feminino. Por ser um tratado internacional de direitos humanos assinado pelo Brasil, essas regras foram oficialmente traduzidas para o português apenas em 2016. É um documento assinado pela Organização das Nações Unidas (ONU) que dá precedência às medidas de não detenção para responder a mulheres em processos criminais ou condenadas por um crime.

As “Regras de Bangkok” são as diretrizes da ONU de 2010 para o tratamento de mulheres na prisão ou outras medidas de custódia. Tais regras devem ser observadas em relação aos desafios e perspectivas de sua implementação no Brasil e no mundo.

O fundamento lógico das Regras de Bangkok é a necessidade de levar em consideração as diferentes necessidades das mulheres na prisão. Com efeito, são estabelecidas regras para admissão, registo, atribuição, higiene pessoal, cuidados de saúde, cuidados médicos específicos, cuidados de saúde mental, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, revistas, instrumentos de contenção, formação adequada do pessoal e priorização do contacto com o exterior, individualização das penas, flexibilização do sistema prisional, foco nas relações sociais e apoio pós reclusão, atendimento especial às gestantes e nutrízes, estrangeiros, minorias e também indígenas e deficientes físicos.

As mulheres presas devem ser alojadas em prisões perto de casa, assistência para contactar parentes, acesso a assistência jurídica [antes, durante e após o parto] e permissão para tomar as medidas necessárias em relação a seus filhos, incluindo a possibilidade de suspender a medida de guarda por um período razoável, tendo em conta o interesse superior da criança. A acomodação deve fornecer instalações e materiais necessários para as necessidades específicas de higiene das mulheres.

Diante disso o presente artigo pretende responder o seguinte questionamento: As Regras de Bangkok: Um meio para o desencarceramento feminino no Brasil?

## **Sistema de Execução Penal e a Condição Feminina**

Ao contrário de outros países latino-americanos, o Brasil possui leis de aplicação da lei que estendem os princípios democráticos às prisões e seguem as principais recomendações internacionais. O problema é que, de acordo com a pesquisa realizada e os relatórios examinados, direitos essenciais à saúde, educação, reinserção e política trabalhista são violados, principalmente quando se trata das populações menos favorecidas, incluindo as mulheres

(FERRARI, 2010).

O problema não é atual. O Decreto Legislativo 3.971 foi promulgado em 24 de dezembro de 1941, quando Getúlio Vargas era presidente do Brasil. O referido decreto previa a execução de penas no distrito federal e considerava os procedimentos a serem seguidos com as mulheres encarceradas, como o artigo 4º e seus parágrafos:

Artigo 4º As mulheres cumprirão pena privativa de liberdade sempre que possível na Penitenciária de Mulheres subordinada à Penitenciária Central, assegurando-se a separação entre as condenadas a penas de reclusão, de detenção e de prisão simples. § 1º As mulheres presas, preventiva ou provisoriamente, serão recolhidas a secção especial da Penitenciária de Mulheres. § 2º Os serviços internos da Penitenciária de Mulheres poderão ser confiados a irmãs brasileiras de congregação religiosa experimentada em missão dessa natureza.

A Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Penal e Penitenciária de 11 de novembro de 1994 estabelece os requisitos mínimos para o tratamento de reclusos no Brasil. O plano prevê no Artigo 7 que “os reclusos de diferentes categorias devem ser colocados em diferentes estabelecimentos prisionais”, incluindo a observação de características pessoais como “sexo, idade, situação judicial e jurídica, quantidade de sentenças condenadas, regime de execução, tipo de detenção e as especificidades. Tratamento que lhe convém, tendo em conta o princípio da individualização do castigo. No que diz respeito às mulheres em particular, os seus parágrafos indicam que as mulheres passam o tempo nas suas próprias instalações e que lhes são garantidas condições para que o recluso possa durante pode ficar com os filhos durante a amamentação.

A vida pessoal de uma mulher que acaba na prisão costuma ser muito desfavorável. Por outro lado, a condição das mulheres presidiárias no Brasil foi e sempre é muito precária, principalmente devido ao descaso com o aparato estatal, que nesses ambientes institucionais confirma a “inferioridade natural da mulher” (HELPE, 2014).

Dados compilados pela Infopen (2014) mostram que apenas 103 (7%) das prisões são destinadas a mulheres e 17% são mistas. Menos da metade das prisões femininas tem uma cela ou dormitório adequado para mulheres grávidas (34%). Nas unidades mistas, apenas 6% das unidades possuíam sala específica para guarda de gestantes. Na existência de creche ou centro de referência infantil, 32% das unidades femininas possuíam o espaço e apenas 3% das unidades mistas, o que contrastava com a Lei 8.069 de 1990 em seu art. 8º, § 10, que transfere ao poder público a responsabilidade de garantir às gestantes e com filhos na primeira infância a internação em unidade de custódia, ambiente que atenda às normas de saúde e atendimento do Sistema Único de Saúde para a admissão da criança em conexão com o sistema de educação pertinente com o objetivo do desenvolvimento integral da criança.

Ressalta-se que os presídios com maior infraestrutura para mulheres são aqueles onde apenas os presidiários podem ser encontrados e o espaço não é compartilhado com homens. No entanto, esses sites são uma minoria. As prisões mistas não eram destinadas a mulheres. Não existe uma política pública específica para o tratamento dessas mulheres em prisões mistas, que muitas vezes funcionam como simples extensões dos homens. Relatos de violência sexual nesses ambientes são comuns.

Acrescentamos a indolência do Estado à construção de prisões femininas. Este último estava ocupado lidando com a crise no sistema prisional. Em janeiro de 2017, o governo lançou o Plano Nacional de Segurança Pública, o quarto desde 2000, que visa reduzir homicídios premeditados e feminicídios, combater o crime organizado internacional e nacional (dentro e fora das prisões) e modernizar o sistema prisional. Em relação a esta última meta, o governo está destinando R \$ 800 milhões para a construção de instituições penais e está tentando criar 5 presídios federais para presos de alta periculosidade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

É claro que o governo não está lidando com as condições das mulheres nas prisões. Um elemento que pode ser denominado de justificativa é o pequeno número de mulheres no sistema prisional em comparação aos homens. Além disso, conforme preconiza Helpes (2013), a LEP prevê a construção de diferentes presídios para cumprimento de penas distintas sem indicar a necessidade de um número mínimo de servidores, justamente por entender que o cumprimento das várias penas em conjunto pode levar a vários Problemas.

Há um cenário em que o número de mulheres encarceradas aumenta enormemente em face de um sistema penitenciário de crise que o Estado busca curar. Porém, os investimentos são destinados à população carcerária masculina, na qual se encontram em maior número.

## **As Regras de Bangkok: um meio para o Desencarceramento Feminino no Brasil?**

Por cerca de 60 anos, as Regras Mínimas para a Proteção de Prisioneiros, adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes Criminais em 1955, permaneceram inalteradas e são consideradas o principal documento internacional sobre os princípios e regulamentos dos sistemas penitenciários e prática relacionada ao sistema prisional Tratamento tomado por presidiários.

Como medida para liberar as mulheres, temos as Regras de Bangkok, que foram criadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2010. Eles aparecem além das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros e das Regras Mínimas das Nações Unidas para Medidas Não Detidas (Regras de Tóquio) de 1955 e 1990, respectivamente

O governo, ao submeter as regras, trata as regras como o principal marco normativo internacional para abordar esse problema [na perspectiva das



mulheres nas prisões]. Essas regras sugerem um olhar diferente sobre as especificidades de gênero do encarceramento de mulheres, tanto na área de execução criminal quanto na priorização de medidas não-detenção. (CONSELHO NACIONAL, 2016).

Vale ressaltar que o Brasil é membro das Nações Unidas e é obrigado a aderir a essas regras. O não cumprimento não está sujeito a quaisquer sanções. Assim, tais normas são criadas com o objetivo de orientar o tratamento dos presidiários, principalmente levando em consideração a realidade feminina e reconhecendo a necessidade de um tratamento equitativo, mas também justo.

O princípio básico das regras de Bangkok é a materialização do princípio de isonomia. Para dar vida à letra da lei, é necessário tratar os indivíduos com igualdade. Em situações especiais, entretanto, a desigualdade é medida quando a igualdade formal é alcançada. O estabelecimento de regras diferenciadas para a detenção de mulheres não deve ser interpretado como uma prática discriminatória contra presidiários do sexo masculino, uma vez que apenas necessidades específicas de gênero devem ser atendidas.

As disposições importantes das Regras de Bangkok são: atenção adequada ao prisioneiro recém-chegado; Atribuição para prisões perto de seus parentes, quando possível; Fornecimento de artigos de higiene em quantidades suficientes com pensos higiênicos e maiores quantidades de água durante períodos como a menstruação e amamentação exame médico na admissão; cuidados especiais com a saúde física e mental; Treinamento de funcionários que trabalham em prisões femininas para respeitar os direitos humanos dos prisioneiros; Criação de unidades de internamento para mulheres jovens em conflito com a lei; regime prisional especial para atendimento às presidiárias grávidas; Promover relações sociais durante e após o encarceramento; dieta especial para mães que amamentam; condições favoráveis à permanência da reclusa e do filho durante o período em que ele possa passar com a mãe na prisão.

As regras são divididas em quatro seções. O primeiro envolve a administração geral das instituições. Destacam-se as normas 6 a 18, que tratam da saúde básica e oferecem exames para detecção de doenças (regra 6) e para atendimento médico específico (regra 10). Tais regras são de grande importância, pois Infopen (2014) relatou que aproximadamente 1.204 presidiários possuem doenças transmissíveis.

Ressalta-se que 46,9% destes têm HIV e 35% têm sífilis. Diante desses números, a regra 17 prevê a prevenção de doenças como estas:

As mulheres presas receberão educação e informação sobre medidas preventivas de atenção à saúde, incluindo em relação ao HIV, doenças sexualmente transmissíveis e de transmissão sanguínea, assim como sobre os problemas de saúde específicos das mulheres. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

A segunda seção se aplica a categorias especiais. Portanto, está dividido em duas subseções. O primeiro trata de presas condenadas, a Regra 42 é digna de nota que trata de mulheres grávidas:

O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Essa questão é muito preocupante porque, de acordo com uma recente pesquisa realizada pela Secretaria Administrativa de São Paulo em 2002, cerca de 82% das presidiárias eram mães. Na segunda subseção, tratam de presas provisórias que representam cerca de 30,1%.

Na terceira seção, são apresentadas sentenças alternativas que privam mulheres, adultos e jovens infratoras de liberdade e ação. Temos a regra 62: Deverá ser aprimorada a prestação de serviços comunitários para o tratamento do consumo de drogas, os quais sejam sensíveis às questões de gênero, centrados na compreensão dos traumas e destinados exclusivamente às mulheres, assim como o acesso a estes tratamentos, para a prevenção de crimes e a adoção de medidas despenalizadoras e alternativas penais. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). Essa regra é importante no cenário do sistema penitenciário feminino brasileiro, pois 68% das mulheres são presas por tráfico de drogas. De acordo com o relatório do Infopen, “as mulheres desempenham um papel de apoio na condução do crime, transporte de drogas e serviços de pequenas empresas; Muitos são usuários, poucos deles realizam atividades de gerenciamento de tráfego” (INFOPEN, 2016, p. 5). Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrenta as regras de Bangkok. Em 30 de junho de 2016, o Ministro Celso de Mello, por meio do Habeas Corpus 134.734, comutou a mulher detida cautelosamente por tráfico de drogas para prisão domiciliar, citando as regras de Bangkok. Como esta mulher estava com um filho de 12 anos, ele concede “à mulher presa que, entre outras coisas, a condição de mãe grávida ou amamentando”, um tratamento diferenciado (HABEAS CORPUS, nº 134.734, 2016).

A seção final apresenta regras para pesquisa, planejamento, avaliação, conscientização pública e troca de informações. No que diz respeito aos exames em prisões femininas, só temos os dados coletados pelo Infopen em 2014 nos últimos anos. Esse número está relacionado ao fato de o número de homens presos ser consideravelmente maior do que o de mulheres. Portanto, a atenção a essas mulheres permanece em segundo plano.

Para mudar essa realidade, as regras mais recentes do documento Regras de Bangkok referem-se ao fornecimento de incentivos para pesquisas de publicidade para presidiárias. Os meios de comunicação terão a tarefa de divulgar as razões pelas quais “[...] as mulheres entram em conflito com o sistema

de justiça penal e as formas mais eficazes de lidar com essas situações para facilitar a reinserção social das mulheres?”. (BRASIL, regra 70, 2016).

## Conclusão

A complexidade associada às prisões no Brasil está além dos muros que as estruturam. No entanto, esse diagnóstico só pode ser feito na população predominantemente negra entre 18 e 35 anos, com baixa renda, sem trabalho e com escolaridade incompleta.

A sociedade civil e as autoridades brasileiras discutem pouco sobre o encarceramento, embora o assunto seja de interesse dos organismos internacionais justamente pelo notório crescimento da população carcerária brasileira.

A falta de um levantamento analítico sobre as questões penitenciárias, e principalmente sobre as penitenciárias femininas, tem causado sofrimento e dificuldade às presidiárias, pois elas têm que se adaptar a uma estrutura inadequada ao ingressar no sistema para atender às suas necessidades. Em geral, essas mulheres deixam crianças e familiares fora da prisão que dependem delas, e os filhos nascidos na prisão sofrem ainda mais por ter que colocá-los em um espaço pequeno, insalubre e compartilhado

A população absoluta de mulheres detidas nas prisões aumentou dramaticamente, e esse movimento de detenção é irrefutável e está se tornando mais consistente. No entanto, o estado não conseguiu aumentar esses números. A entrada de mulheres em atividades criminosas é descrita como subordinada à participação de homens nas mesmas atividades. Essa ênfase elimina o papel e aumenta a invisibilidade das mulheres na condução de crimes violentos e atividades ilegais.

O contexto social em que as mulheres presas se encontram e a discriminação de gênero que enfrentam na prisão são fundamentais para entender a relação entre mulheres e prisão. A noção de que as mulheres estão presas é confirmada pelo fato de fazerem parte das estatísticas de marginalidade e exclusão, sendo a maioria negra, tendo filhos, tendo um nível mínimo de educação e sendo pobre.

A questão da maternidade é negligenciada, há falta de quartos adequados nas prisões para gestantes e nutrizas, creches e creches, o que prejudica os direitos das mães presas aos filhos e, assim, rompe os laços maternos. Não é incomum que essas mães sejam destituídas do poder familiar, o que confirma a tese da dupla ou múltipla punição, desde que sejam submetidas a pena indefinida que não está prevista na condenação criminal. Ao dar à luz na prisão, o processo de separação entre mães e filhos é marcado por intenso sofrimento para mãe e bebê. Essa privação emocional tem um grande impacto no futuro dessa criança, o que pode levar a consequências irreversíveis. O judiciário precisa pensar urgentemente sobre as funções da prisão por meio dos aplicadores da lei, levando em consideração a proporcionalidade da aplicação do

direito penal e o princípio constitucional da não tendenciosidade.

O sistema prisional brasileiro e a ordem pública ignoram amplamente as questões de gênero. Na prisão, a mulher recebe dupla punição se o aparato prisional ignorar a presença feminina. A resposta social às mulheres que se expressam sobre o crime é sutilmente insignificante e impede o próprio estado de cooperar com esse resultado. Embora a necessidade de levar em conta as diferenças entre os sexos seja debatida, pouco foi feito para mudar essa realidade. A mulher que comete um crime é discriminada, primeiro pela discriminação socialmente construída a partir do sexo e depois pelo rompimento com um modelo inferior historicamente imposto pela sociedade, pois ao cometer o crime passa a ocupar um lugar antes reservado apenas aos homens. O próprio sistema de justiça criminal discrimina quando viola os direitos das presidiárias ou quando é negligenciado por falta de uma política carcerária específica para as mulheres, há reprodução da discriminação.

O desenvolvimento deste estudo possibilitou analisar as regras de Bangkok à luz da situação brasileira na penitenciária feminina, a fim de encontrar uma forma de expor o aumento significativo de mulheres presas no Brasil nos últimos anos.

As Regras de Bangkok oferecem uma série de meios viáveis para a libertação de mulheres no Brasil. No entanto, o papel do Estado é essencial na redução do número de detidos. É de grande importância que tais políticas não sejam uma “função simbólica” no sentido do direito penal, mas sejam eficientes em termos da eficácia das regras de Bangkok.

## Referências

ANGOTTI, B. **Ser mulher em um sistema prisional feito por e para homens** [23 de junho de 2016].

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Regras de Bangkok. Brasília, 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990.

\_\_\_\_\_. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres**.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 134.734**. Paciente: Flávia Silva da Costa. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 de junho de 2016.

FERRARI, Ilka Franco. **Mulheres encarceradas**: elas, seus filhos e nossas políticas. Revista Mal-estar E Subjetividade, Fortaleza, v. 10, n. 4, p. 1325-1352, dez.2010.

HELPE, SINTIA SOARES. **Vidas em jogo**: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

\_\_\_\_\_. **Mulheres na Prisão:** Uma reflexão sobre a relação do Estado brasileiro com a criminalidade feminina. Revista Cadernos de Estudos Sociais e Políticos, Rio de Janeiro, v.2, n.3, p.169-185. jan./jul. 2013.

LOPES, A. L. **A Mulher e a Construção da Cidadania na Perspectiva dos Direitos Humanos.** Revista Argumenta, Jacarezinho, n. 15. p.223-237, jul./ dez. 2011.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado:** parte geral. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

# A INFLUÊNCIA DAS REGRAS DE BANGKOK NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

**Maria Carolina Ramos**

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC Campinas. Especialista em Direito Tributário pela PUC Campinas. Mestre em Direito Penal pela Universidade Metodista de Piracicaba. Doutoranda em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa, Portugal. Doutoranda em Ciências do Programa da EHCT da UNICAMP-SP

**Marco Antônio de Souza Machado**

Advogado; graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Pós-graduação lato sensu em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; mestrando pela Faculdade de Direito do Sul de Minas

## **Resumo:**

O propósito deste breve ensaio consistiu na verificação do nível de influência das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, as “Regras de Bangkok”, sobre a jurisprudência brasileira, particularmente âmbito do Supremo Tribunal Federal. O chão teórico sobre o qual se desenvolveu o presente trabalho se realizou a partir de uma perspectiva epistemológica feminista exclusivamente formada pela literatura produzida por autoras mulheres, em especial a perspectiva criminológica feminista da professora Olga Espinoza. Buscou-se traçar um panorama das condições da feminilidade no cárcere no interior do sistema prisional brasileiro, a partir do que se pôde verificar a indicação de números alarmantes e a péssimas condições de vida no interior dos presídios femininos. Além disso, realizou-se um recorte jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal com a finalidade de aferição da influência das Regras de Bangkok nas decisões da Corte Suprema. Dentre as decisões pesquisadas, verificou-se que os casos de maior incidência mencionando as regras de Bangkok envolviam a maternidade no cárcere, porém vislumbram-se indícios de que nem sempre a mulher é posta em evidência na apreciação desses casos. Para tanto, foi necessária a utilização da metodologia de revisão bibliográfica de inferência dedutiva.

**Palavras-chave:** Regras de bangkok; Jurisprudência; Supremo Tribunal Federal; Feminismo; Criminologia.

## Introdução

O propósito deste artigo consistiu na verificação do nível de influência das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, as “Regras de Bangkok”, sobre a jurisprudência brasileira, particularmente âmbito do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foi necessária a utilização da metodologia de revisão bibliográfica de inferência dedutiva, através da qual que se formou o chão teórico sobre o qual se desenvolveu o trabalho e foi possível chegar à conclusão adiante abordada.

Inicialmente, o capítulo inaugural se ocupou de traçar uma perspectiva epistemológica feminista para a compreensão do assunto proposto, iniciando-se pela abordagem das denúncias de há muito realizadas por Michael Foucault a respeito de uma tática geral de sujeições empreendida pelo sistema punitivo e a sua correlação com a criminologia crítica propugnada pela literatura de Alessandro Baratta, sobretudo em relação aos conceitos de criminalização primária e secundária. Em seguida cuidou-se de estabelecer brevemente com Eugênio Raúl Zaffaroni e Silvia Frederici a correlação entre a história do poder punitivo e a sujeição da figura feminina. Enfim, ao final do primeiro capítulo, estabeleceu-se alguns conceitos a respeito da teoria feminista do direito e a criminologia feminista, utilizando-se para este propósito os trabalhos de Bel Hooks e Olga Espinoza.

No segundo capítulo buscou-se traçar um panorama a respeito da situação da mulher privada de liberdade no sistema prisional brasileiro. Para este propósito, utilizou-se dados estatísticos disponibilizados pelo Ministério da Justiça no Relatório INFOPEN Mulheres 2017, sendo este o documento mais recente e completo formulado pelo Governo Federal com dados coletados exclusivamente a respeito do encarceramento feminino. Além dos mencionados dados, utilizou-se ainda obras de autoras como, dentre outras, Débora Diniz e Nana Queiroz, sendo que estas últimas se ocuparam de expor relatos que retratam a brutal situação das mulheres encarceradas no Brasil. O terceiro capítulo, ao seu turno, destinou-se à abordagem das Regras de Bangkok propriamente ditas, realizando-se apontamentos a respeito da sua gênese, propósitos e abordando as hipóteses de incidência de algumas das regras de maior relevância à realização do estudo proposto.

Já no quarto e último capítulo, vale dizer, realizou-se uma análise qualitativa de parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal envolvendo temas atinentes às Regras de Bangkok e sua aplicabilidade. Durante a pesquisa realizada, foi possível constatar um maior grau de incidência da menção ao referido regramento nas discussões envolvendo a adoção de medidas alternativas ao cárcere para as mulheres presas em estado gravídico, puérperas e/ou mães de filhos pequenos.

## Sobre uma Perspectiva Epistemológica Feminista

Reside em Foucault a assertiva de que se admitirmos que a lei se destina a definir infrações, o aparelho penal tem como função reduzi-las e que a prisão seja o instrumento de repressão, “temos então que passar um atestado de fracasso”<sup>1</sup>. Ou antes notar que há cerca de dois séculos a proclamação desse fracasso tenha vindo sempre acompanhada de sua manutenção, a partir do que Foucault considera ter o sistema penal um propósito de produção e manutenção de uma delinquência qualificada e facilmente identificável, sobre a qual se possa exercer uma “tática geral de sujeições”<sup>2</sup>.

É sob essa perspectiva de assujeitamento que a criminologia crítica se ocupa em demonstrar que o sistema penal tende a refletir predominantemente o sistema de valores das classes dominantes, um universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista que orienta a formulação da lei penal de modo a “atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados”, porém mantendo imunizados os comportamentos antissociais das classes hegemônicas cuja danosidade se volta especificamente às classes subalternas<sup>3</sup>. Esse método de formulação técnica dos tipos penais, denominado pela criminologia crítica de “criminalização primária”, é acompanhado pela acentuação do caráter seletivo do sistema penal em decorrência daquilo que se designa por “criminalização secundária”, a qual enseja estudos sobre os preconceitos e os estereótipos que orientam a ação dos órgãos de investigação e persecução penal “a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é *normal* esperá-la”<sup>4</sup>.

Neste contexto, a relação da mulher com o poder punitivo, segundo Zaffaroni, “se revela no processo de gestação desse poder”<sup>5</sup>, de maneira que se pode compreendê-lo em grande parte “como um poder de gênero, que, desde o seu surgimento, a mulher e o sistema de relações que representava foram agredidos”<sup>6</sup>.

Da revolução antifeudal à caça às bruxas, Silvia Frederici<sup>7</sup> registra desde uma perspectiva feminista a faceta da história onde as mulheres estiveram à mercê dos discursos misóginos de assujeitamento e degradação da figura feminina que em certa medida persistem até os dias atuais e nos mais diversos contextos, sobretudo no âmbito do sistema penal. Grosso modo, os estudos da autora nos indicam que as chamas que arderam nas fogueiras de outrora contribuíram ao preparo do terreno destinado à construção dos muros que hoje aprisionam as “bruxas” da atualidade.

1 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 299.

2 Idem.

3 BARATTA, A. p. 176.

4 Idem. p. 177.

5 Zaffaroni *apud* ESPINOZA, Olga. p. 54.

6 ESPINOZA, Olga. p. 55.

7 FREDERICI, Silvia. *O Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*; Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Editora Elefante, 2017.



Daí a relevância destacada por Olga Espinoza<sup>8</sup>, para a compreensão da análise do sistema punitivo sob a ótica feminina, de se recorrer às teorias feministas que tentaram explicar e explicitar a estrutura androcentrista do direito que agravam ainda mais os efeitos de sistema penal sobre as mulheres.

Segundo definição dada por Bell Hooks, o feminismo é, antes que somente uma busca de igualdade entre mulheres e homens ou simplesmente um antagonismo deliberado à masculinidade, “um movimento para acabar com o sexismo, exploração sexista e opressão”<sup>9</sup>. Conforme sintetiza Espinoza<sup>10</sup>, cada uma das teorias feministas formuladas ao longo da história do movimento conduziu à apreciação de elementos teóricos negligenciados pelas produções científicas tradicionais das diversas áreas do conhecimento – sobretudo porque geralmente desenvolvidas sob contextos androcêntricos e sexistas, seja “mediante a defesa da igualdade entre homem e mulher” (*empirismo feminista*), seja pela “relativização dessa igualdade para promover o reconhecimento da particularidade ou a problematização do princípio da isonomia e da diferença para incorporar todas as vozes marginalizadas” (*feminismo radical*), ou ainda “questionando o universalismo totalizante e estimulando o relativismo comunicacional, em que homem e mulher participam do espaço público como sujeitos de direitos” (*feminismo socialista*).

Alessandro Baratta<sup>11</sup>, *v.g.*, julga que a criminologia feminista somente poderia ser desenvolvida de forma cientificamente oportuna a partir da perspectiva epistemológica da criminologia crítica, propugnando que a mulher delinquente deixe de ser o ponto de partida dos estudos criminológicos para dar lugar à análise das circunstâncias afetas não somente às agressoras, mas também às mulheres em geral e aos demais grupos marginalizados, sabidamente desprovidos de poder e socioeconomicamente desfavorecidos. Para Olga Espinoza<sup>12</sup>, por outro lado, “os estudos da criminologia feminista, na medida em que buscaram atender às necessidades e aos interesses das mulheres como grupo, possibilitaram a superação de alguns limites da criminologia, desenvolvida de acordo com uma perspectiva masculina”.

Ainda com Espinoza, afirma-se que uma outra contribuição relevante da criminologia feminista reside na possibilidade de se estudar o sistema punitivo por meio da observação de seus atores enquanto sujeitos dotados de personalidade. Significa dizer que as análises feministas sobre a criminalidade feminina buscam identificar as vicissitudes do sistema concedendo às mulheres a possibilidade de fala para, “mediante suas vozes e experiências de vida, entender o objeto de pesquisa”<sup>13</sup>.

Finalmente, considera Espinoza que os estudos criminológicos de raízes feministas têm evidenciado o caráter androcêntrico e parcial da criminologia,

8 ESPINOZA, Olga. p. 58.

9 HOOKS, Bell. p. 17.

10 ESPINOZA, Olga. p. 64.

11 BARATTA *apud* ESPINOZA, Olga. p. 73.

12 ESPINOZA, Olga. p. 74.

13 Idem.

“permitindo o distanciamento do modelo de análise concebido para o homem branco médio e mostrando que não é aplicável para todos”<sup>14</sup>.

## **Sobre um Retr(L)Ato da Mulher Encarcerada no Brasil**

Segundo os dados do relatório INFOPEN Mulheres 2017<sup>15</sup>, o sistema penitenciário brasileiro somava um total de 37.828 mulheres privadas de liberdade no mês de junho de 2017, ao passo que este mesmo sistema dispunha de 31.837 vagas destinadas às mulheres. Havia, portanto, um déficit de 5.991 vagas e taxa de ocupação em 118,8%, registrando-se que a população carcerária feminina sofreu um vertiginoso aumento percentual de 675,5% no período compreendido entre os anos 2000 e 2017, saltando de 5,6 mil mulheres privadas de liberdade para 37,83 mil.

Os dados do relatório permitem ainda traçar um perfil predominante entre as mulheres privadas de liberdade no Brasil e evidenciam os sintomas de uma acentuada seletividade com relação às camadas mais débeis e vulneráveis da população. São elas predominantemente jovens de até 29 anos (47,33%), solteiras (58%), pretas ou pardas (63,55%), com baixa escolaridade (44,2% com Ensino Fundamental Incompleto; 1,46% com Ensino Superior Completo) e em sua espantosa maioria presas em razão do envolvimento com o comércio ilegal de drogas (59,9%).

## **Sobre as Regras de Bangkok**

Conforme explica o ministro Ricardo Lewandowski, o principal marco normativo na abordagem da problemática envolvendo as particularidades da feminilidade no cárcere são as chamadas “Regras de Bangkok” – “Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras”. Essas regras, expõe o ministro da Corte Suprema brasileira, “propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário”<sup>16</sup>.

Visando colmatar a negligência das especificidades de gênero no encarceramento feminino presente nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela; 1957) e nas Regras Mínimas das Nações Unidas Sobre Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio; 1990), as Regras de Bangkok foram aprovadas no 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, ocorrido em Bangkok, capital

14 Idem. p. 76.

15 Projeto BRA 34/2018: *produto 5 relatório temático sobre as mulheres privadas de liberdade, considerando os dados do produto 01, 02, 03 e 04/* organização, Marcos Vinícius Mora Silva – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em 28/05/2020.

16 LEWANDOWISKI, Ricardo. Regras de Bangkok. p. 12.

da Tailândia, entre 23 e 26 de novembro de 2009, sendo o Brasil seu signatário desde 2010. Além de abranger as particularidades no tratamento da mulher privada de liberdade, as regras em questão tratam ainda sobre medidas de desencarceramento feminino e alternativas ao cárcere, diga-se, considerando a predominância da baixa periculosidade apresentada entre os crimes atribuídos às mulheres infratoras.

Conforme mencionado, as Regras de Bangkok se ocuparam de expender um olhar crítico sobre as especificidades femininas num cárcere predominantemente pensado por homens e para homens, reconhecendo as disparidades impostas à mulher pelo ambiente prisional e tratando tais problemas sob o enfoque dos principais eixos onde as peculiaridades são mais acentuadas e nocivas, dentre as quais e principalmente: a família, higiene, saúde, gestantes/lactantes, etc.

No que concerne à saúde, o diploma internacional em questão dá ênfase à necessidade de acompanhamento da saúde em iguais condições às das pessoas não privadas de liberdade, inclusive acompanhamento preventivo com a realização de exames para detectar presença de doenças sexualmente transmissíveis e fomento de iniciativas de conscientização e prevenção, sendo garantido ainda o anonimato das informações colhidas nos procedimentos. Além disso, as regras enfatizam também questões relativas à saúde mental, dependência química, saúde reprodutiva e abuso sexual sofrido anteriormente ao ingresso na unidade, prevendo ainda que devem ser oferecidas “medidas preventivas de atenção à saúde de particular relevância para mulheres, tais como o teste de Papanicolau e exames de câncer de mama e ginecológico”<sup>17</sup>.

## **Sobre as Regras na Jurisprudência Brasileira**

Embora o Brasil seja de há muito signatário das Regras de Bangkok e tenha inclusive participado ativamente das suas formulações, nota-se que a sua influência é ainda muito incipiente ou quase inexistente em termos de legislação e políticas públicas no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, vale dizer, as Regras de Bangkok são mencionadas com maior frequência pelos ministros da Corte nos feitos em que se discute o encarceramento de mulheres grávidas ou mães de filhos pequenos, sobretudo após o advento do Marco Legal da Primeira Infância, notadamente a Lei nº 13.257 de março de 2016, que introduziu no artigo 318 do Código de Processo Penal os incisos IV e V que permitem a conversão do regime prisional em domiciliar no caso de mulheres gestantes e/ou com filho de até doze ainda de idade incompletos. Uma breve pesquisa ao banco de jurisprudências da Corte Suprema permite a confirmação de tal assertiva.

Talvez um dos processos mais emblemáticos sobre a temática em questão no nível do Supremo Tribunal Federal seja o *habeas corpus* coletivo de nº

---

17 Regras de Bangkok. Regra nº 18.

143.641 SP, julgado em 20 de fevereiro de 2020, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”<sup>18</sup>. Citando todas as violações de direitos às quais nos referimos sucintamente nas linhas anteriores e apresentando estudos e estatísticas que comprovam estas e muitas outras formas de abuso, a impetração pedia que fosse revogada a prisão cautelar dessas mulheres ou, alternativamente, que fosse convertido o regime prisional em domiciliar. Com efeito, após amplamente debatida pelos ministros da Corte, a ordem foi concedida com ressalvas e estabelecendo-se alguns critérios para o seu cumprimento em todo o território nacional.

Embora o voto condutor da decisão mencionada apresente fundamentação consentânea aos textos normativos que integram o patrimônio mundial de salvaguarda dos indivíduos privados de liberdade sob a custódia do Estado, sobretudo das especificidades do encarceramento feminino encampadas pelas Regras de Bangkok, nota-se que em alguns casos antecedentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, inclusive naqueles em que há menção expressa às referidas regras, aparentemente não há propriamente uma preocupação com a mulher privada de liberdade em si mesma. Quer parecer nestes casos, antes que uma preocupação com a condição feminina no cárcere, uma pretensão precípua de tutela quase que exclusiva dos direitos dos menores envolvidos.

Nos casos dos julgamentos, *v.g.*, dos *habeas corpus* n° 134.104 SP, 142.129 SP E 142.593 SP, em que se pedia, em síntese, a substituição do regime prisional em razão do estado gravídico ou maternidade das pacientes, todas presas sob a suspeita de envolvimento com o tráfico de drogas, o ministro relator Gilmar Mendes, ao conceder a ordem vindicada, se ocupou em colacionar os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais atinentes ao direito à proteção da maternidade e da primeira infância.

Em outra oportunidade, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* n° 136.408 SP, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o ministro Alexandre de Moraes, conquanto tenha acompanhado o relator quanto à concessão da ordem pleiteada em favor da paciente, mãe de filhas menores de doze anos e presa em razão da suspeita de envolvimento com o tráfico de drogas, ressaltou anteriormente a sua compreensão de que “de nada, absolutamente nada, vão adiantar todas as políticas públicas previstas na lei, nas convenções de Bangkok, entre outras, se o exemplo não partir de casa”<sup>19</sup>.

Do excerto retirado do voto do mencionado ministro é possível observar que a questão posta em julgamento fora por ele analisada exclusivamente sob o prisma da proteção dos direitos das crianças, e, não, em atenção às pe-

18 HC 143.641 SP STF

19 HC 136.408 SP STF

cularidades da maternidade no cárcere sob a perspectiva da mulher privada de liberdade. A fala do ministro, portanto, desconsidera as falhas estruturais alhures mencionadas que não raro levam a mulher a delinquir para prover o sustento da família posta exclusivamente ao seu encargo, isto é, quando não o fazem sob a coação de seus companheiros e familiares.

O ministro Luís Roberto Barroso, conforme se nota das decisões monocráticas exaradas nos autos das ações de *habeas corpus* nº 134.979 DF, 134.130 DF e 133.179 DF, aparentemente analisa a questão exclusivamente sob o prisma da aplicabilidade da regra incluída no artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal pela Lei 13.257/2016. Mas é curioso mencionar que a aludida regra decorre de um diploma legal formulado em atenção aos direitos constitucionais e infraconstitucionais que assistem à criança na sua primeira infância, e, não, propriamente uma legislação pensada e aplicada sob uma perspectiva das especificidades e peculiaridades da feminilidade no cárcere.

## Considerações Finais

É importante que se diga que com estas breves considerações não se pretendeu exaurir toda a malha jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema e nem tampouco se deseja afirmar com tais constatações que seja um erro ocupar-se dos direitos das crianças e/ou nascituros cujas mães encontram-se privadas de liberdade nas dependências do sistema carcerário brasileiro. Entretanto, ao considerarmos as Regras de Bangkok enquanto normas internacionais representativas dos misteres ostentados pelas teorias feministas do direito, sobretudo a criminologia feminista, a análise de parte da jurisprudência da Corte Suprema brasileira aponta para uma influência ainda muito incipiente desse regramento sob essa perspectiva teórica, embora haja exceções à regra. Nota-se, portanto, que, mesmo quando a pretensão deduzida perante a Corte Constitucional versa sobre uma condição específica e exclusiva da condição de mulher – diga-se, a maternidade, os seus interesses são ainda relegados ao segundo plano ou quiçá desconsiderados para darem lugar ao atendimento de interesses outros que somente lhe favorecem pela via oblíqua.

Portanto, a aplicação das Regras de Bangkok na sua inteireza pelos tribunais brasileiros, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, demanda que os casos postos em análise ao argumento de sua incidência sejam vistos precisamente sob uma ótica feminista, isto é, uma perspectiva que permita compreender a criminalidade feminina a partir da avaliação das relações sociais de sexo e das instituições que as sustentam. Assim é que se faz necessário o abandono da perspectiva historicamente androcêntrica da criminologia para promover-se a observação das mulheres enquanto sujeitos de direitos dotados de personalidade e demandas que lhes são próprias e exclusivas, dando-lhes voz para que, mediante a narrativa decorrente de suas próprias experiências de

vida, se possa compreender as vicissitudes da feminilidade no âmbito do sistema punitivo e combater as condições de exclusão que as afeta como grupo.

## Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. 1. reimpr. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

BOITEUX, Luciana; CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de drogas em uma perspectiva feminista crítica**. Disponível em: [https://www.academia.edu/9832437/Encarceramento\\_Feminino\\_Seletividade\\_Penal\\_e\\_Tr%C3%A1fico\\_de\\_Drgas\\_em\\_uma\\_perspectiva\\_Feminista\\_Cr%C3%ADtica](https://www.academia.edu/9832437/Encarceramento_Feminino_Seletividade_Penal_e_Tr%C3%A1fico_de_Drgas_em_uma_perspectiva_Feminista_Cr%C3%ADtica). Acesso em novembro de 2020.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. v.12 n.22. 229 – 239. 2015. Disponível em: [https://www.sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16\\_SUR-22\\_PORTUGUES\\_ANA-GABRIELA-MENDES-B](https://www.sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16_SUR-22_PORTUGUES_ANA-GABRIELA-MENDES-B)

RAGA\_BRUNA-ANGOTTI.pdf. Acesso em novembro de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. - Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/51-Dar-a-luz-na-sombra.pdf> Acesso em 19 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 143.641 SP**. Relator(a): Ricardo Lewandowski. Brasília, 09.10.2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em nov. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 134.104 SP**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 19.08.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11524835>. Acesso em nov. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 136.408 SP**. Relator: Marco Aurélio, Brasília, 19.02.2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14340326>. Acesso em nov. de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras**; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

DINIZ, Débora. **Cadeia: relatos sobre mulheres**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel

Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREDERICI, Silvia. **O Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva; Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

LUZ, Cícero Krupp da; SIMÕES, Bárbara Helena. **“Sim, elas podem!”**: os avanços e entraves na representatividade política como empoderamento feminino no Brasil e na Índia. Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas, vol. 4, n. 2, novembro 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18316/2318-8081.16.25>. Acesso em nov. de 2020.

Projeto BRA 34/2018: **produto 5 relatório temático sobre as mulheres privadas de liberdade, considerando os dados do produto 01, 02, 03 e 04**/ organização, Marcos Vinícius Mora Silva – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em maio de 2020.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam** – 1. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SANTIAGO, Bruna Rabelo. **Encarceramento e criminologia feminista**: uma crítica ao patriarcado “de fora” para “dentro”. 2018. 114f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Centro de Ciências Sociais e Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2018.

# A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA COMO UMA DAS SOLUÇÕES À MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: OS EXEMPLOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E DO CARF

**Marcelo Paar Santiago**

Bolsista do programa de desempenho do Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito Público e Evolução Social da Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Licitações e Contratos Administrativos pela Universidade Candido Mendes. Especialista em Direito Tributário e Legislação de Impostos pela Universidade Estácio de Sá. Especializando em Gestão Tributária pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho. Pesquisador do Observatório de Políticas Públicas, Direito e Proteção Social, ligado à Universidade Estácio de Sá. Professor Universitário. Advogado Público

## **Resumo:**

O presente artigo, utilizando pesquisa em andamento, investiga a jurisdição administrativa como uma das soluções à morosidade do Judiciário na entrega da prestação jurisdicional, para tanto trazendo os exemplos dos Tribunais de Contas brasileiros e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Abordou-se a origem, a involução e o conceito da jurisdição administrativa no Brasil, em especial na seara das Cortes de Contas pátrias. Também se investigou os números relativos às execuções fiscais no atual panorama do Judiciário brasileiro, bem como os números relacionados ao processo administrativo fiscal no âmbito do CARF. Por intermédio de pesquisa documental e bibliográfica, foi possível concluir parcialmente que se os Tribunais de Contas brasileiros e o CARF possuísem jurisdição administrativa, tais instituições teriam importante papel na diminuição dos processos que tramitam no Judiciário, o que acarretaria na mitigação de sua morosidade, otimizando o acesso à Justiça.

**Palavras-chave:** Jurisdição administrativa; Otimização do acesso à Justiça e o combate à morosidade do Poder Judiciário; Qualidade das decisões na entrega da prestação jurisdicional; Direitos Humanos.



## Introdução

Tanto os julgamentos dos Tribunais de Contas brasileiros como dos órgãos de julgamento administrativo-fiscal têm caráter objetivo. São lastreados por parâmetros tecno-jurídicos, isto é, tais julgamentos fazem a subsunção de fatos às normas. Nestes julgamentos administrativos não há – ao menos não deveria haver – a aplicação da oportunidade e conveniência do julgador administrativo. Trata-se da mesma lógica aplicada no Judiciário. No entanto, atualmente no Brasil a jurisdição somente pode ser exercida pelo Poder Judiciário.

Aqui, desde logo, se deve consignar dois pontos fundamentais. O primeiro é que o acesso à justiça não se confunde com o acesso ao Judiciário. O acesso à justiça deve ser entendido de forma mais ampla, englobando tudo aquilo que busca dar efetividade ao que é justo, razoável e proporcional.

O segundo ponto diz respeito à assertiva de que o adequado acesso à justiça deve ser corretamente entendido como um conjunto de ações que abrangem não só a possibilidade de se levar o problema, o conflito, a quem possa legitimamente decidir e resolvê-lo, mas também que o faça em tempo razoável e com qualidade na decisão tomada.

Daí a pergunta: a jurisdição administrativa seria uma das soluções à morosidade do Poder Judiciário na entrega da prestação jurisdicional? O presente trabalho, tomando como exemplos os Tribunais de Contas brasileiros e o CARF, buscará contribuir com a elaboração da respectiva resposta.

## Jurisdição Administrativa

Aqui se investiga o conceito e a origem da jurisdição administrativa no Brasil. Investiga-se também a sua involução no ordenamento jurídico pátrio, tomando como exemplo sua (in)aplicabilidade na seara dos Tribunais de Contas brasileiros. Traça-se, ainda, um breve esboço da jurisdição administrativa nos Tribunais de Contas na seara internacional. Por fim, se aponta possível contradição na jurisprudência do Pretório Excelso.

## Jurisdição Administrativa: Conceito

Podemos conceituar “jurisdição administrativa” como sendo a prestação estatal para solução (coercitiva e definitiva) de um contencioso administrativo. Assim, a justiça administrativa se refere aos **órgãos** do Estado responsáveis por essa atuação jurisdicional. Isto porque o Estado pode exercer funções administrativas secundárias, que se relacionam com atribuições destinadas à solução de contenciosos administrativos, que também são denominadas de funções administrativas jurisdicionais.

## Jurisdição Administrativa no Brasil: Origem

É bem verdade que no Brasil já houve jurisdição administrativa na época do Brasil-Império. Já no Brasil-colônia implementou-se o contencioso ad-

ministrativo, contudo, sem o caráter jurisdicional, uma vez que a característica absolutista da legislação monárquica portuguesa ia de encontro a qualquer possibilidade de autonomia que pudesse vir a ser exercida por qualquer **órgão**. Aliás, nem o Judiciário gozava de autonomia plena. O Rei podia, ao seu alvedrio, avocar qualquer demanda. Em 1824, D. Pedro I outorgou a Constituição reconhecendo a separação dos Poderes, porém, manteve a jurisdição administrativa, conforme o modelo dualista francês.

Mesmo na República houve traços legislativos de jurisdição administrativa. Como exemplo se tem o Decreto nº 392<sup>1</sup>, de 8 de outubro de 1896, que atribuía ao Tribunal de Contas duas funções: uma de fiscal da administração financeira e outra de Tribunal de Justiça, com jurisdição contenciosa e graciosa. Naquela época, as decisões definitivas do Tribunal de Contas, como Tribunal da Justiça, tinham força de sentença judicial.

O Tribunal de Contas, nesta época, exercia a jurisdição, inclusive ordenava a prisão dos responsáveis com alcance julgado em sentença definitiva do Tribunal. Também ordenava o sequestro dos bens dos responsáveis ou seus fiadores, necessários para segurança da Fazenda.<sup>2</sup>

Entretanto, o atual ordenamento jurídico brasileiro e a realidade de nossa Administração Pública não nos permitem admitir a existência da jurisdição administrativa<sup>3</sup> no Brasil na atualidade.

## **Jurisdição Administrativa nos Tribunais de Contas Brasileiros: Involução**

Especificamente em relação aos Tribunais de Contas brasileiros, muito embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu art. 73, §§ 3º e 4º, assegure, respectivamente, aos Ministros do Tribunal de Contas da União (TCU) as mesmas garantias e prerrogativas dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao auditor, quando em

1 BRASIL. *Decreto nº 392*, de 8 de outubro de 1896. “Reorganiza o Tribunal de Contas”. Art. 2º Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-392-8-outubro-1896-540205-publicacaooriginal-40163-pl.html>> Acesso em 30/06/2020.

2 O tempo de duração da prisão administrativa não podia exceder de três meses, findo o qual eram os documentos que houvessem servido de base a decretação da medida coercitiva remetidos ao Procurador-Geral da República para instaurar o processo por crime de peculato, nos termos do art. 14 do Decreto Legislativo nº 221, de 20 de novembro de 1894. BRASIL. Art. 3º, 3, 5 e 10 do Decreto nº 392, de 8 de outubro de 1896. “Reorganiza o Tribunal de Contas”. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-392-8-outubro-1896-540205-publicacaooriginal-40163-pl.html>> Acesso em 30/06/2020.

3 No Direito comparado, o que se chama no Brasil de “jurisdição administrativa”, é conhecido internacionalmente, em especial nos Estados Unidos da América, como “*administrative adjudication*” (adjudicação administrativa). Esta última expressão, como explica Ricardo Perlingeiro, apesar de mais adequada para denominar tal categoria, deve ser, por hora, evitada em textos de língua portuguesa para melhor compreensão desse tipo de leitor. A expressão “adjudicação administrativa”, no Brasil, não é amplamente compreendida no sentido que a doutrina e a jurisprudência lhes dão na seara internacional.

substituição a Ministro, as mesmas garantias do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal (TRF). Em relação às demais Cortes de Contas brasileiras, as equiparações dos seus conselheiros são com os desembargadores dos respectivos Tribunais de Justiça. Isso lhes assegurariam, em tese, a independência e imparcialidade imprescindíveis à judicatura (autoridade para julgar). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) não atribui aos magistrados de contas a jurisdição. O argumento é de que os Tribunais de Contas estão intrinsecamente ligados à ideia de *accountability*, assim, têm por finalidade precípua a consecução do interesse público, o que os afastariam da jurisdição administrativa, posto que inexistem, em tese, direitos individuais a serem protegidos.

Todavia, é inegável que as Cortes de Contas brasileiras acabam, ainda que de forma reflexa, decidindo sobre temas ligados a direitos individuais quando, por exemplo, apreciam aposentadorias de servidores efetivos ou quando, mesmo julgando contas, acabam por adentrar no patrimônio imaterial (honra e reputação) de administradores públicos e demais pessoas físicas que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais um determinado Ente Público responda, ou que, em nome deste, assumam obrigações de natureza pecuniária, o que, inclusive, repercute no direito de ser votado. Mesmo assim, o STF entende que tais constatações não autorizam afirmar que exista atualmente jurisdição administrativa no Brasil.

O Ministro do STF, Alexandre de Moraes, para evitar que a jurisdição fosse alcançada pelo TCU, o assemelhou ao CNJ, aproveitando conclusão feita em sua obra, vejamos:

Com efeito, os fundamentos que afastam do Tribunal de Contas da União – TCU a prerrogativa do exercício do controle incidental de constitucionalidade são semelhantes, *mutatis mutandis*, ao mesmo impedimento, segundo afirmei, em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes).

O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria tripla desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema. (...) A declaração incidental de inconstitucionalidade ou, conforme denominação do *Chief Justice Marshall* (1 Chanch 137 – 1803 – *Marbury v. Madison*), a ampla revisão judicial, somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo.<sup>477</sup>

4 BRASIL. STF. Medida cautelar em mandado de segurança 35.410. Distrito Federal. Relator Min. Alexandre de Moraes.

Noutro prisma, Carlos Ayres Britto (que antes de ser Ministro do STF, também foi Procurador junto ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe), explica o seguinte:

Algumas características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. Primeiramente, porque os TCs julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundamente, porque o fazem com a força ou a irretratibilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isso quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. Não, porém, quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas, [...].

Por outro aspecto, ajunte-se que nenhum Tribunal de Contas é tribunal singelamente administrativo (ao contrário do que se tem afirmado, amiúde). Não pode ser um tribunal tão-somente administrativo um **órgão** cujo regime jurídico é centralmente constitucional. É dizer: os Tribunais de Contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio Poder Constituinte. Assim no plano da sua função, como respeitadamente às suas competências e atribuições e ainda quanto ao regime jurídico dos agentes que o formam.

Com efeito, o recorte jurídico-positivo das Casas de Contas é nuclearmente feito nas pranchetas da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcionalizou todos eles (os Tribunais de Contas), prescindindo das achegas da lei menor. É só abrir os olhos sobre os 6 artigos e os 40 dispositivos que a Lei das Leis reservou às Cortes de Contas (para citar apenas a seção de n. IX do capítulo atinente ao Poder Legislativo) para se perceber que somente em uma oportunidade é que existe menção à lei infraconstitucional. Menção que é feita em matéria de aplicação de sanções (inciso VIII do art. 71), porque, em tudo o mais, o Código Supremo fez questão de semear no campo da eficácia plena e da aplicabilidade imediata. (apud FIGUEIREDO, NÓBREGA, 2002, p. 96 e ss).

Robertônio Santos Pessoa discorre sobre a jurisdição administrativa dos Tribunais de Contas brasileiros, adequando-a ao sistema adotado pela CRFB/1988, vejamos:

Parcela significativa da doutrina e da jurisprudência, por outro lado, vem sustentando que nem todas as decisões pronunciadas pelas Cortes de Contas são de natureza administrativa. A jurisdição de contas apresenta-se, para esta corrente, como um juízo constitucional privativo das Cortes de Contas. Somente tais órgãos têm competência para 'julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos', nos termos fixados no art. 70, inciso II, do texto constitucional. Ao conferir tais poderes aos Tribunais de Contas, a própria Constituição limitou o controle judicial no que concerne às contas públicas. Abraçam tal corrente no Brasil adminis-

trativistas como Seabra Fagundes, Temístocles Brandão Cavalcante e Pinto Ferreira.

Segundo esta última corrente, a que nos filiamos, na sistemática adotada pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário não tem poderes para apreciar ou rever contas públicas, sob o aspecto contábil-financeiro do seu mérito. Tratar-se-ia, aqui, de uma limitação imposta ao princípio do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) pela própria Constituição, e não por lei. O tribunal de contas, como regra, não tem competência para dizer o direito no caso concreto, de modo definitivo, com força de coisa julgada; por exceção, tem essa competência na forma do art. 71, inciso II, da Constituição Federal. Em suma: as decisões editadas na apreciação dos atos da Administração Pública têm eficácia apenas administrativa. Tais decisões podem ser reexaminadas pelo Poder Judiciário. Por outro lado, os julgamentos relativos a contas públicas (art. 71, II, da CF) constituem matéria de apreciação privativa dos tribunais de contas, não sendo admitido reexame pelo Poder Judiciário.

Deve-se observar que tal julgamento se impõe ao Poder Judiciário apenas no seu aspecto contábil, no que concerne à regularidade da conta apresentada. Tais ‘contas’ podem ser anuais ou especiais, estas últimas instauradas na forma da lei. O processamento e julgamento de tais contas devem se dar com plena observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Tal observância conferirá maior legitimidade às decisões destas cortes. Questionamentos pertinentes à violação destas garantias constitucionais poderão ser levados à apreciação do Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF no MS-21644- DF (DJ de 08.11.93, p. 43.204).

Nesta linha, as decisões do tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo (art. 71, § 3º). A execução forçada destes títulos, advindos de decisões do tribunal de contas, deverá ser efetivada junto ao Poder Judiciário, na forma da lei.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores vem admitindo a não apreciação do mérito de julgamentos de contas realizadas pelas cortes de contas no exercício de suas atribuições constitucionais. A revisão judicial somente é possível em caso de irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade (STF, MS nº 7.280, publicado em 17.9.1962, p. 460).<sup>5</sup>

Assim, nos filiamos à corrente que entende que o julgamento específico das “contas” (matéria técnico-contábil) não deve ser reapreciado pelo Poder Judiciário. A CRFB/1988 atribuiu tal competência judicante às Cortes de Contas.

Entretanto, depreende-se que o STF entende que as Cortes de Contas brasileiras são **órgãos** desprovidos de qualquer função jurisdicional. Que o eventual exercício da jurisdição pelos Tribunais de Contas brasileiros acarretaria desobediência à CRFB/1988: atentaria contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas do STF. Que as

---

5 PESSOA, Robertônio Santos. Curso de direito administrativo moderno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 126 e ss.

Cortes de Contas brasileiras teriam (inconstitucionalmente) alargadas as suas competências administrativas originárias, pois estariam usurpando função jurisdicional constitucionalmente atribuída aos juízes e tribunais.

## **Jurisdição Administrativa dos Tribunais de Contas na Seara Internacional**

Comparativamente podemos citar a Corte de Contas italiana, haja vista que ela exerce funções jurisdicionais. A Constituição italiana (1947), no título da Magistratura, ao dispor sobre o ordenamento jurisdicional, prevê, em seu artigo 103, que *“la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”*. O sistema constitucional italiano prevê órgãos de jurisdição administrativa, paralelamente à justiça ordinária. Há, inclusive, a previsão de recurso em face de suas decisões, para a *Corte di Cassazione*, mas apenas para questões relacionadas à jurisdição (artigos 103 a 113).

Aliás, a Corte Constitucional da Itália, ao decidir sobre a jurisdição contábil atribuída às Cortes de Contas daquele país, em especial em relação às normas de responsabilidade contábil, manifestou-se no sentido de reafirmar a jurisdição daquelas Corte de Contas, negando-a em relação ao juiz ordinário.

Na Espanha, a sua Corte de Contas presta, além da atividade fiscalizatória, uma função de jurisdicional contábil. Vejamos o disposto no art. 1º da *Ley Orgánica 2* (1982) do Tribunal de Contas espanhol, asseverando que ele *“es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción”*. O Tribunal de Contas espanhol possui tanto competências de natureza fiscalizatória como as de competências jurisdicional, como resta evidenciado no art. 2º da mencionada lei orgânica, ao diferenciar as duas atividades.

Ainda comparativamente, temos que várias Instituições Superiores de Controle (ISCs) integram o Poder Judiciário, como na Grécia e em Portugal. Na Espanha, Portugal, Itália, Alemanha, o status dos membros de cúpula de sua Cortes de Contas equivale ao de magistrado, como também ocorre no Tribunal de Contas Europeu (TCE).

## **Jurisdição Administrativa nos Tribunais de Contas Brasileiros e a Possível Contradição do STF**

O fato é que quando o STF afirmou que os Tribunais de Contas brasileiros não exercem jurisdição, aquela Corte se colocou em contradição, pois em outros julgados se posicionou no sentido de que os julgamentos das contas – e somente delas, “contas” – realizados pelas Cortes de Contas pátrias não devem ser revistos pelo Poder Judiciário, como, por exemplo, no MS nº 21644/DF (publicado em 08.11.93, p. 43.204) e no MS nº 7.280 (publicado em 17.9.1962, p. 460).

Nestes julgados, em síntese, o STF entendeu que não se deve reapreciar

o mérito de julgamentos de contas – e somente das “contas” (matéria tecno-contábil), repita-se – realizados pelos Tribunais de Contas brasileiros, posto tratar-se de competência expressamente atribuída a eles pela CRFB/1988. A reapreciação pelo Poder Judiciário somente seria possível nos casos de irregularidades formais ou manifestas ilegalidades.

Tal entendimento, ao nosso sentir, faz ainda mais sentido quando se constata que, em tais casos, o magistrado dificilmente teria conhecimentos técnicos suficientes (matéria tecno-contábil) para norteá-lo em sua decisão, tornando-o, na prática, num “refém” do perito. Com efeito, nestes casos, a jurisdição, em verdade, recairia sobre o experto.

Desta forma, se houvesse o retorno da jurisdição administrativa aos Tribunais de Contas brasileiros, no que concerne ao julgamento da matéria tecno-contábil, realizado por julgadores de contas qualificados tecnicamente, escolhidos por um sistema de acesso que evitasse a politização e/ou familiarização nas suas indicações/nomeações, ocorreria, ao nosso sentir, um melhor acesso à justiça, posto que este não se confunde com o acesso ao Judiciário.

## **Jurisdição Administrativa e os Órgãos Administrativo-Fiscais de Julgamento**

Aqui se analisam os números dos Processos Administrativos Fiscais (PAFs) no CARF. Mas antes que se passe a investigar os números do CARF, é fundamental que se tenha em mente que o processo administrativo fiscal é uma realidade em todos os entes federados, em todos os âmbitos. Trata-se de matriz constitucional, haja vista o que dispõe o art. 5º, LIV e LV, da CRFB/1988.

Esta lembrança é importante porque os números de PAFs que serão demonstrados em âmbito federal, no CARF, em realidade, devem ser somados aos PAFs de cada estado da federação, do Distrito federal e dos 5.570 municípios brasileiros.

É que se o CARF e os demais conselhos de contribuintes brasileiros exercessem jurisdição com definitividade para julgarem as contendas administrativas e também as consequentes e eventuais execuções fiscais, sem dúvidas, haja vista os números coletados pelo CNJ, haveria uma substancial diminuição da quantidade de processos no Judiciário.

Tal hipótese passa, primeiramente, pela assertiva de que as execuções fiscais se configuram numa espécie de “transferência”, pelo Executivo, de sua obrigação legal de cobrar os créditos tributários e não tributários ao Judiciário, consubstanciando, talvez, uma forma de declaração velada de incompetência. Ocorre que o Judiciário também encontra dificuldades para recuperar o crédito fazendário não pago amigavelmente, inclusive criando mecanismos que também acabam por se consubstanciar numa confissão velada de sua incapacidade operacional de cobrança, quais sejam, as Súmulas 106 e 314, ambas do STJ.

Em segundo lugar, no relatório “Justiça em Números 2019”, do CNJ, se constatou que as execuções fiscais continuam sendo o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O relatório de 2019, na seção terciária 4.3.1<sup>6</sup>, repete exatamente o texto do relatório de 2018, ratificando que o maior gargalo continua sendo as execuções fiscais.

O relatório de 2019 identificou que os processos de execução fiscal representaram, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 90%. De cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia 8,5 pontos percentuais, passando de 71,2% para 62,7% em 2018.

O maior impacto das execuções fiscais continua surtindo efeitos na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 15%; a Justiça do Trabalho por 0,28%, e a Justiça Eleitoral, por apenas 0,01%. O relatório de 2019 do CNJ demonstrou que:

Da mesma forma, o impacto desses processos nos acervos é mais significativo na Justiça Federal e Estadual. Na Justiça Federal, os processos de execução fiscal correspondem a 45% do seu acervo total (conhecimento e execução); na Justiça Estadual, a 42%; na Justiça do Trabalho, a 2%; e na Justiça Eleitoral, a 2%. Esses percentuais têm se mantido estáveis ao longo da série histórica observada desde 2009.<sup>7</sup>

Em terceiro lugar também é de se ressaltar que a especialização dos julgadores administrativo-fiscais seria um plus no que tange à qualidade das decisões entregues aos jurisdicionados. Em boa parte dos entes, a competência de julgamento administrativo-fiscal não é apenas territorial, mas também por especialização.

E não há falar que os números relativos às execuções fiscais elencados no relatório “Justiça em números 2019” não refletiriam o verdadeiro panorama da morosidade do Judiciário brasileiro, sob o argumento de que a maioria das execuções fiscais estão paradas, esperando a ocorrência do fenômeno da prescrição intercorrente. Tomar como verdadeira tal assertiva é enviesar todo o ordenamento jurídico atinente à matéria.

Com efeito, o processo de execução fiscal se presta à recuperação do crédito fazendário não pago amigavelmente. Não pode ser considerado como um meio processual para alcançar a extinção do crédito tributário e não tri-

6 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2019. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2019, p. 131. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 31 mai. 2020.

7 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2019. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2019, p. 131. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 31 mai. 2020.



butário pelo mero decurso de prazo. Admitir tal situação é ferir de morte o interesse público, além de afrontar princípios como o da programação (orçamento-programa), uma vez que a receita extraorçamentária, por seu adimplemento, transforma-se em orçamentária em relação ao exercício financeiro em que ocorre o efetivo pagamento, conforme dispõe o *caput* do art. 39, da Lei Federal nº 4.320/64.

## Jurisdição Administrativa: O Exemplo do CARF

Tomando como exemplo o acervo do CARF, investiga-se aqui se um eventual exercício da jurisdição administrativa pelos **órgãos** julgadores administrativos-fiscais seria providência que otimizaria o acesso à justiça.

Segundo dados coletados no sítio oficial do CARF<sup>8</sup> na rede mundial de computadores, o atual estoque do CARF é de 122.371 processos, que correspondem a R\$ 603,77 bilhões em créditos tributários. Aproximadamente 43% dos PAFs onde se encontram tais créditos já foram sorteados para os conselheiros e se encontra, portanto, em fase de relatoria ou pós-julgamento.

Em 2015, a partir da informação de que seriam necessários 77 anos para julgar todo o seu estoque<sup>9</sup>, o CARF adotou uma política de reestruturação do Conselho. Ainda em 2015, publicou um novo regimento interno e implementou diversas ações voltadas para o aprimoramento da gestão, que resultaram na obtenção de certificação de qualidade ISO 9001:2015, na redução da temporalidade média de tramitação dos processos no CARF e na racionalização e padronização de seus processos de trabalho.

Segundo o CARF, dentre as medidas adotadas, voltadas especificamente para a celeridade processual, destacam-se a intensificação do julgamento de processos na sistemática de recursos repetitivos. Ainda segundo o CARF, esta sistemática permitiu que o CARF julgasse simultaneamente até 900 processos administrativos, e a criação de turmas extraordinárias, voltadas para o julgamento de processos de até 60 salários mínimos.

O CARF afirma que tais medidas, bem como a adoção de diversas outras práticas de gestão, possibilitaram que aquele conselho reestimasse o tempo de julgamento do seu estoque, ainda não distribuído para relatoria de 77 anos para cerca de 6 anos. Ainda segundo o CARF, atualmente, sem levar em conta a implementação de outras medidas que já estão sendo desenvolvidas por aquele órgão, estima-se que o tempo para julgamento do seu estoque atual é o seguinte: Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais – 1 ano e 2 meses para julgamento; Turmas Ordinárias – 2 anos e 10 meses para julga-

8 BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. Notícias: CARF esclarece informações com dados gerenciais. Publicado: 07/02/2019 16h16. Última modificação: 08/02/2019 16h01 Brasília: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 2019. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/situacao-do-atual-estoque-do-carf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

9 Esse dado foi obtido pelo CARF a partir de estudo realizado em 2015, e divulgado em acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU), no ano seguinte.

mento e Turmas Extraordinárias – 6 anos e 1 mês para julgamento<sup>10</sup>.

Verifica-se, portanto, que ainda que tenha ocorrido esta relevante redução, os julgamentos ainda estão fora do prazo legal de 360 dias, inserto no art. 24 da Lei Federal nº 11.457, de 16 de março de 2007, muito embora tal prazo legal seja, atualmente, ao nosso sentir, fantasioso.

O CARF ainda afirma que, além da redução da estimativa de julgamento do seu acervo, as ações por ele implementadas após 2015 resultaram no aumento da quantidade de processos julgados, mesmo com a redução de cerca de 40% no número de conselheiros relatores. Assevera que os dados da tabela abaixo demonstram que, no ano de 2018, no que tange à quantidade de processos, o CARF julgou 9% a mais do que em 2014, e julgou 139% a mais em crédito tributário.

Assim, tomando os dados mencionados acima como verdadeiros, seria crível admitir que a atribuição de jurisdição administrativa aos órgãos de julgamento administrativo-fiscais poderia melhorar o acesso à justiça. Contudo, trata-se de medida que demandaria tempo.

## **O Adequado Acesso à Justiça como Direito Humano**

Na segunda metade do século XX, o desenvolvimento do Direito Internacional de Direitos Humanos fez com que fossem criadas diversas obrigações internacionais a cargo dos Estados em todos os seus níveis, independentemente de suas funções e Poderes.

Uma dessas obrigações internacionais é a obrigação de garantir, que obriga os Estados a organizar todo o aparelho governamental de tal forma que as pessoas possam exercer seus direitos. Esta obrigação de garantir pode ser subdividida em quatro obrigações. Duas delas são a obrigação de punir os autores intelectuais e materiais das violações de direitos humanos e a de reparar os direitos violados das vítimas e a obrigação de cumprir ou tomar medidas, onde os órgãos de governo devem realizar ações tendentes ao cumprimento das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos (VÁZQUEZ; DELAPLACE, 2011, p. 42-43).

Pois bem, é neste panorama que se insere o adequado acesso à justiça como direito humano. A razoável duração do processo e a celeridade processual já são pensadas como direitos humanos, inclusive nas Cortes Internacionais de direitos humanos. Com efeito, a razoável duração do processo, tendo em vista o art. 5º, LXXVIII, da CRFB/1988, está inserida no rol das garantias constitucionais.

Neste contexto, vale ressaltar, por exemplo, que o artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) estabelece, dentre outras coisas, que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com

---

10 CARF. Publicado: 07/02/2019. Última modificação: 08/02/2019. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/situacao-do-atual-estoque-do-carf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente.

O art. 7.5 da própria convenção corrobora tal assertiva, quando dispõe que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Nesta perspectiva, Ricardo Perlingeiro consigna que “o modelo latino-americano é um modelo tendente à transição, em busca da implementação do *due process of Law* administrativo”, concluindo que “tal organização é, enfim, um modelo que tende a aproximar-se do sistema jurisdicional híbrido norte-americano” (PERLINGEIRO, 2015, p. 133).

De igual modo, o art. 6º da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais estabelece que qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, [...].

Desta forma, é possível asseverar que o adequado acesso à justiça, seja no âmbito judicial ou no administrativo, está no rol dos direitos individuais que se entrelaçam com o devido processo legal e, por esse motivo, estando sujeito, inclusive, ao controle de convencionalidade.

## Conclusões Parciais

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro e a realidade de nossa Administração Pública não permitem admitir a existência da jurisdição administrativa no Brasil.

Os Tribunais de Contas, hodiernamente, são entendidos como órgãos de *accountability*, tendo por finalidade precípua a consecução do interesse público, o que os afastariam da jurisdição administrativa. Nesta linha, o STF firmou entendimento de que as Cortes de Contas brasileiras são órgãos desprovidos de qualquer função jurisdicional.

Os órgãos de julgamento administrativo-fiscal respondem por um enorme número de processos que, em sua grande parte, acabam desembocando no Judiciário, aumentando, ainda mais, aquele gargalo. Assim, pensar em providências e mecanismos que, no futuro, venham a possibilitar o exercício da jurisdição administrativa por parte desses órgãos de julgamento administrativo-fiscal é medida que tende a contribuir para a otimização do acesso à justiça.

De igual modo, o ordenamento jurídico brasileiro também deveria caminhar para a desjudicialização das execuções fiscais, que já se consubstanciam numa função atípica do Poder Judiciário que, nestes casos, funciona como uma espécie de *longa manus* do Poder Executivo, quando da persecução das

receitas derivadas tributárias e não tributárias.

Portanto, a desjudicialização dos executivos fiscais e a criação de mecanismos legais e operacionais seriam boas e interessantes medidas que integrariam parte da solução do problema relacionado à morosidade do Poder Judiciário na entrega da prestação jurisdicional. Todavia, ao nosso sentir, tais medidas somente surtiriam efeitos concretos se, como primeiro passo, o sistema jurídico pátrio fosse alterado para garantir que o julgador administrativo, de fato, possua os conhecimentos necessários e indispensáveis relacionados com sua especializada qualificação técnica e que lhe seja assegurado todos os pressupostos inerentes ao efetivo exercício da jurisdição administrativa, insculpidos nas convenções internacionais de direitos humanos.

## Referências

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Notícias:** CARF esclarece informações com dados gerenciais. Publicado: 07/02/2019 16h16. Última modificação: 08/02/2019 16h01 Brasília: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 2019. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/situacao-do-atual-estoque-do-carf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2018, p. 225. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2019, p. 131. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 392**, de 8 de outubro de 1896. “Reorganiza o Tribunal de Contas”. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-392-8-outubro-1896-540205-publicacaooriginal-40163-pl.html>. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. STF. **Medida cautelar em Mandado de Segurança 35.410.** Distrito Federal. Relator Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tcu-nao-controle-constitucionalidade.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: CABRAL FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Org.). **Administração pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo**, del Tribunal de Cuentas. texto consolidado *Última* modificación: 31 de marzo de 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1982/BOE-A-1982-11584-consolidado.pdf>. Acesso em:

30 mai. 2020.

ITÁLIA. **Corte dei conti**. Testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti. Aprova o texto consolidado das leis do Tribunal de Contas. Lei nº 1214, de 12 de julho de 1934. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1934-07-12;1214!vig=>. Acesso em: 27 mai. 2020.

ITÁLIA. **Costituzione italiana, de 27 de dezembro de 1947**: edizione in lingua portoghese. Biblioteca Italia. Disponível em: [https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf). Acesso em: 27 mai. 2020.

PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva. Um novo olhar? RePro – **Revista de Processo**. 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2511545](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2511545). Acesso em: 5 jul. 2019.

PERLINGEIRO, Ricardo. SOMMERMANN, Karl-Peter (Org.). **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**. Niterói: Eduff, 2014. p. 83-101.

PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. ISSN 2359-5639. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/43658>. Acesso em: 6 jul. 2019.

PESSOA, Robertônio Santos. **Curso de direito administrativo moderno**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VÁZQUEZ, Daniel. DELAPLACE, Domitille. Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção. SUR - **Revista Internacional de Direitos Humanos**. V. 8. nº 14. jun. 2011, p. 35-65. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16031669.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

# EL VALOR JURÍDICO DE LOS DICTÁMENES DE ÓRGANOS INTERNACIONALES DE NATURALEZA NO JURISDICCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

**Juan Bautista Cartes Rodríguez**

Doctorando, Investigador y Profesor de la Universidad Complutense de Madrid en Derecho Internacional Público. Junior Research Fellow at the Euro-Mediterranean University Institute (EMUi). Miembro del Strategic Think Tank Ubuntu. Coordinador Adjunto del Equipo “Oriente Medio” de Amnistía Internacional España. Miembro del Grupo de Investigación 931098 “Globalización, Derechos Humanos y Derecho Internacional”

## **Resumen:**

Tomando como punto de partida la STS de 1263/2018, de 17 de julio, donde el Tribunal Supremo español, para hacer “justicia material” en el caso concreto, por vez primera reconoció los efectos jurídicos internos de un dictamen de un *órgano* cuasi-judicial, el propósito del presente escrito es ahondar a este respecto; poniendo de manifiesto que a pesar de la controvertida vinculación/obligatoriedad directa derivada del carácter jurisdiccional o no del *órgano*, lo relevante no es dicho extremo, sino las propias obligaciones convencionales contraídas por los Estados al ratificar los respectivos tratados que, bien constituyen los Comités, bien les otorgan competencias adicionales (dígase presentar ante los mismos comunicaciones individuales o interestatales). Posición que queda reafirmada por la articulación, en el supuesto concreto, de los principios y normas que rigen en el Derecho internacional, en general, y, en particular, en el Derecho internacional de los derechos humanos.

**Palabras clave:** Órganos cuasi-judiciales; Dictámenes; Valor jurídico; Comités; Derechos humanos.

## **Aspectos introductorios**

Para contextualizar dicha materia, como es sabido, no es sino tras las nefastas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial cuando los distintos Estados advierten la necesidad de regular a nivel internacional el régimen de observancia, protección y promoción de los derechos humanos. Así pues, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945

constituye el primer instrumento jurídicamente vinculante que reafirma “*la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres*”. A partir de dicho tratado el régimen internacional de los derechos humanos se vertebrará y enriquecerá a través de dos pilares complementarios: la vertiente regional, donde destacan el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, más tarde, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>1</sup>, y a nivel universal; donde nos encontramos con distintos tratados como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, o la Convención sobre los Derechos del Niño; por citar algunos de los más destacados<sup>2</sup>.

A su vez, los órganos de garantía y control creados por tales tratados –ya pertenezcan estos al sistema regional o universal– se dividen en dos categorías: órganos judiciales y órganos cuasi-judiciales. Respecto de los judiciales, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente nos encontramos con tres. Todos ellos situados a nivel regional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>3</sup>.

- 1 El Convenio Europeo de Derechos Humanos fue adoptado el 4 de noviembre de 1950, siendo la Organización Internacional de referencia el Consejo de Europa (CdE). La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, siendo la Organización Internacional de referencia la Organización de los Estados Americanos (OEA). Por su parte, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o Carta de Banjul fue adoptada el 27 de julio de 1981, siendo la Organización Internacional bajo cuyos auspicios fue adoptado dicho tratado la Unión Africana (UA), la cual es heredera de la Organización para la Unidad Africana (OUA).
- 2 Tales tratados han sido adoptados y abiertos a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas. En concreto, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial fue adoptada el 21 de diciembre de 1965; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales el 16 de diciembre de 1966; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer el 18 de diciembre de 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes el 10 de diciembre de 1984, y la Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada el 20 de noviembre de 1989. Para un análisis detallado de cada uno de los instrumentos mencionados, tanto a nivel regional como universal, véase, *v. gr.*, F. GÓMEZ ISA, y K. DE FEYTER (ed.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.
- 3 En lo que respecta al Sistema Europeo de Derechos Humanos, además de los Estados que hayan ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por parte de otro Estado que haya ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos puede presentar una demanda ante el Tribunal (art. 34 CEDH). En lo que respecta al Sistema Interamericano, además de los Estados que hayan ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, solo la Comisión Interamericana puede presentar casos ante la Corte, requiriéndose, además, que el Estado contra el cual se interpone la demanda haya presentado una declaración reconociendo la competencia de la

Por su parte, respecto de los órganos cuasi-judiciales, estos los encontramos tanto a nivel regional como universal. Así pues, en América tenemos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Europa el Comité de Derechos Sociales, y en África tanto la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos como el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y Bienestar del Niño<sup>4</sup>. Mientras que a nivel universal nos encontramos con el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité Contra la Tortura y el Comité de los Derechos del Niño, entre otros<sup>5</sup>.

Debiéndose destacar que en la actualidad los órganos cuasi-judiciales están adoptando decisiones de gran relevancia, en ocasiones, con criterios más estrictos y garantistas que los órganos judiciales; como ocurre, por ejemplo, en materia migratoria, donde en relación a los supuestos de “devoluciones en caliente” que tiene lugar por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Españolas en las líneas fronterizas de Ceuta y Melilla, mientras que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido recientemente su legalidad<sup>6</sup>, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha adoptado

---

Corte (arts. 60 y 61 CADH). A propósito del Sistema Africano pueden presentar casos ante la Corte los Estados que hayan ratificado el Protocolo constitutivo de la Corte de 1998, la Comisión Africana, los individuos y las ONG; en estos dos últimos supuestos siempre que el Estado contra el cual se interponga la demanda haya presentado una declaración adicional de competencia (art. 34.6 Protocolo). Por ende, respecto de la legitimación activa *ratione personae* ante tribunales regionales de derechos humanos, el sistema más garantista es el europeo, seguido del africano y, finalmente, del interamericano.

- 4 Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión Africana de Derechos Humanos fueron creadas en virtud, respectivamente, de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Mientras que el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y Bienestar del Niño fue creado en virtud de la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño de 1990. Cabe mencionar que en el Sistema Europeo existía, al igual que en vigente interamericano y africano, una Comisión de Derechos Humanos; la cual fue eliminada en virtud del Protocolo N° 11 al CEDH. Por su parte, el Comité de Derechos Sociales fue creado en virtud del artículo 25 de la Carta Social Europea, Carta revisada en 1996.
- 5 El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el Comité de Derechos Humanos hace lo propio respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales supervisa la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el Comité Contra la Tortura se encarga de supervisar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Comité de los Derechos del Niño la Convención sobre los Derechos del Niño. Para un análisis del mandato y competencias de cada uno de estos Comités y, en su caso, las prerrogativas otorgadas en los respectivos Protocolos Facultativos *Cfr.* <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies> (Fecha de consulta: 29.10.2020).
- 6 *Cfr.* TEDH, *Asunto N. D. y N. T. c. España*, (Demandas N° 8675/15 y 8697/15), Sentencia de 13 de Febrero de 2020 [GS]. Para un análisis detallado de la cuestión, *Cfr.* J. B. CARTES RODRÍGUEZ, “¿Derechos Humanos en la frontera sur? A propósito de la STEDH de 13 de febrero de 2020 en el Asunto N.D y N.T c. España” en A. PÉREZ ADROHER *et.*



posiciones más garantistas<sup>7</sup>.

Sin embargo, el valor jurídico de las decisiones adoptadas por los órganos cuasi-judiciales de derechos humanos han sido tradicionalmente negado por los tribunales internos de los Estados que han ratificado los respectivos tratados constitutivos de tales órganos. Así, encontramos en una extensa jurisprudencia de tribunales alemanes, ingleses, suizos, australianos o españoles<sup>8</sup> cuya construcción argumental puede ser reducida a dos grandes premisas:

En primer lugar, los Estados nunca han manifestado la intención de otorgar a los Comités o Comisiones el estatus de órgano jurisdiccional; y, en segundo lugar, y derivado de lo anterior, los Dictámenes y Decisiones de los Comités o Comisiones no serían resoluciones judiciales (vinculantes), ya que estos no tienen facultades jurisdiccionales.-

Centrándonos en el caso español, tal posicionamiento ha sido quebrado recientemente en la Sentencia 1263/2018 donde por vez primera el Tribunal Supremo reconoce los efectos jurídicos de un Dictamen adoptado por un órgano cuasi-judicial, en este caso, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>9</sup>. Posicionamiento más que bienvenido en tanto que, en nuestra opinión, entendemos que las decisiones emanadas de tales órganos sí tienen efectos jurídicos y son de obligado cumplimiento por al menos seis razones que a continuación expondremos.

## **El valor jurídico de los Dictámenes y Decisiones de Órganos cuasi-judiciales de derechos humanos**

Como venimos manteniendo, de un riguroso análisis *iusinternacionalista* se desprende que los Dictámenes y Decisiones de órganos internacionales de naturaleza no jurisdiccional creados por tratados de derechos humanos y encargados de supervisar su aplicación respecto de los Estados que los han ratificado son de obligado cumplimiento para estos últimos.

En primer lugar, ello deriva de las obligaciones generales impuestas en los respectivos tratados. Así pues, cuando un Estado ratifica un determinado tratado de derechos humanos se compromete, genéricamente, a hacer efecti-

---

*al.*, (eds.), *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, Dykinson, 2020.

7 Cfr. Comité de los Derechos del Niño, (Comunicación Núm. 4/2016), 2019.

8 Al respecto, Cfr. J. CHINCHÓN ÁLVAREZ y J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “La actividad cuasi-judicial del Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura y Comité contra las Desapariciones Forzadas: alcance y limitaciones” en *Alcance y limitaciones de la justicia internacional: Volumen 4*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 155-156.

9 Así pues, en dicha Sentencia el Tribunal Supremo español condenó al Estado a pagar una indemnización de 600.000 euros por daños morales a una mujer que había denunciado en más de cuarenta ocasiones a su expareja por malos tratos y que acabó asesinando a su hija en una visita no vigilada. De esta forma, el Tribunal reconoce los efectos en el ordenamiento interno español del Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer articulado bajo la vía de reclamación por anormal funcionamiento de la administración de justicia. Para un análisis detallado de dicho pronunciamiento Cfr. C. GUTIÉRREZ ESPADA, “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2018, Vol. 10, N° 2, pp. 836-851.

vos los derechos en él reconocidos; obligación que es concretada en cada uno de los supuestos particulares por sus órganos de garantía y control –cuando los hay –, ya sean estos judiciales o cuasi-judiciales. De manera tal que, en este sentido, no se está creando deberes ajenos a los que el Estado concernido ha consentido en obligarse al ratificar el tratado<sup>10</sup>.

En segundo lugar, y derivado del Derecho internacional general, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, principio articulado bajo el aforismo “*pacta sunt servanda*” reconocido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados.

En tercer lugar, también derivado del Derecho internacional general, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado del que es parte; principio reconocido en el artículo 27 de la Convención de Viena. Lo cual refuta el planteamiento sostenido por diferentes tribunales nacionales según el cual las decisiones de los órganos cuasi-judiciales no tienen efectos jurídicos en el ordenamiento interno en tanto que dicho ordenamiento no se los reconoce.

En cuarto lugar, los órganos cuasi-judiciales de garantía y control tienen la facultad inherente de interpretar los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos que los crean. Interpretación que, no olvidemos, tiene el carácter de interpretación autorizada, la cual en materia de derechos humanos sustituye a la interpretación auténtica<sup>11</sup>. Así pues como establece A. G. LÓPEZ MARTÍN;

...cuando la interpretación la realiza un órgano internacional a la que las Partes le han reconocido competencia para conocer del asunto al haber aceptado su jurisdicción, hablamos de interpretación autorizada, que es la que sustituye a la auténtica cuando esta no es posible, ya sea por discrepancias interpretativas entre los Estados, ya sea porque se trate de un tipo de tratados que no permiten esa modalidad de interpretación, como son los tratados de derechos humanos [... pues] mientras que los tratados en general constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados y por ello les corresponde a ellos su interpretación, los tratados de derechos humanos tienen por objeto beneficiar a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción<sup>12</sup>.

---

10 Como ejemplo, en el artículo segundo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que “1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

11 Si pongo escrito, citar ana gemma p. 194.

12 Vid. A. G. LÓPEZ MARTÍN, “La doctrina del consejo de estado sobre los efectos jurí-

En quinto lugar, por la propia configuración del órgano, regido por los principios de imparcialidad e independencia, siendo sus miembros expertos de reconocido prestigio en la materia, y en cuyo procedimiento se tienen en cuenta en condiciones de igualdad las posiciones de las partes enfrentadas y se lleva a cabo un minucioso trabajo de investigación respecto del caso concreto<sup>13</sup>.

En sexto lugar, y derivado de todo lo anterior, por el principio de *estoppel* o de confianza legítima, que impide a los sujetos del Derecho internacional ir en contra de sus propios actos<sup>14</sup>.

Por último, no es infrecuente que los órganos internos al tratar con dicha cuestión confundan *obligatoriedad* con *ejecutoriedad*. Así pues, es mantenido que las decisiones de los órganos cuasi-judiciales no son obligatorias en tanto que no son ejecutivas. Sin embargo, aquí nos encontramos con otro error de concepto. Las propias sentencias de tribunales internacionales, como pueden ser las del TEDH, no son ejecutivas, sino declarativas; en tanto que no llevan aparejado un procedimiento de ejecución como consecuencia del carácter descentralizado del ordenamiento internacional. No obstante, no por ello se pone en cuestión el carácter obligatorio de estas sentencias y su valor de cosa juzgada<sup>15</sup>.

A su vez, en el caso específico del ordenamiento español debemos señalar que todos los tratados ratificados por España son Derecho español, con un rango, además, suprallegal<sup>16</sup>; incluidos los tratados de derechos humanos que crean tales órganos de garantía y control. Así pues, la lectura conjunta

---

dicos de los dictámenes de los comités de derechos humanos de Naciones Unidas”, en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykison, Madrid, 2020, pp. 194-195.

- 13 Así, siguiendo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 28.2 se establece que “el Comité estará compuesto de nacionales de los Estados Parte en el presente Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica”.
- 14 En este sentido se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia en casos como *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella*, Nicaragua c. EEUU, competencia y admisibilidad de la demanda, C.I.J., *Recueil*, 1984, pp. 392 y ss; *Caso relativo a la sentencia arbitral del Rey de España de 23 de diciembre de 1906*, Honduras c. Nicaragua, C.I.J., *Recueil*, 1960, pp. 213 y ss; *Caso de la Plataforma continental del Mar del Norte*, República Federal de Alemania c. Dinamarca; República Federal de Alemania c. Países Bajos, C.I.J., *Recueil*, 1969, p. 26.
- 15 En este mismo sentido, alegando todas o algunas de estas razones se ha pronunciado un sector doctrinal representado, entre otros, por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 71, N.º. 1, 2019, 241-250; C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykison, Madrid, 2020.
- 16 *Cfr.* Art. 31 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

de los artículos 1.1, 9.2, 10.2, 95 y 96 de la Constitución Española junto con las seis premisas antes expuestas no hacen sino reafirmar la obligatoriedad de los efectos derivados de las Decisiones y Dictámenes que emanan de tales órganos.

## Conclusiones

Lo expuesto no hace sino reafirmar los efectos jurídicos de Dictámenes y Decisiones emanados de órganos internacionales de naturaleza no jurisdiccional en materia de derechos humanos y evidencia la incongruente línea jurisprudencial adoptada por una gran mayoría de tribunales internos. Negar el valor jurídico de los Dictámenes y Decisiones de órganos cuasi-judiciales no hace sino cercenar un aspecto transcendental del vigente sistema internacional de promoción y protección de derechos humanos, lo cual en última instancia viene a perpetuar y consolidar el daño antijurídico de la víctima.

## Bibliografía

J. B. CARTES RODRÍGUEZ, “¿Derechos Humanos en la frontera sur? A propósito de la STEDH de 13 de febrero de 2020 en el Asunto N.D y N.T c. España” en A. PÉREZ ADROHER *et. al.*, (eds.), **Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización**, Dykinson, 2020.

J. CHINCHÓN ÁLVAREZ y J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “La actividad cuasi-judicial del Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura y Comité contra las Desapariciones Forzadas: alcance y limitaciones” en **Alcance y limitaciones de la justicia internacional: Volumen 4**, Tirant lo Blanch, 2018.

F. GÓMEZ ISA, y K. DE FEYTER (ed.), **International Human Rights Law in a Global Context**, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.

C. GUTIÉRREZ ESPADA, La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión, **Cuadernos de derecho transnacional**, 2018, Vol. 10, N° 2, pp. 836-851.

A. G. LÓPEZ MARTÍN, “La doctrina del consejo de estado sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los comités de derechos humanos de Naciones Unidas”, en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (coord.), **Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional**, Dykinson, Madrid, 2020.

C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio”, **Revista Española de Derecho Internacional**, Vol. 71, N° 1, 2019, 241-250.

# A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO VIA DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

**Newton Teixeira Carvalho**

Pós-doutor em Investigação e Docência Universitária pelo Instituto Universitário Italiano de Rosário/Argentina. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Atualmente Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Professor de Direito de Família da Escola Superior Dom Helder Câmara

**Wilson de Freitas Monteiro**

Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-Graduando em Direito da Seguridade Social pela Faculdade Legale. Extensionista do Programa RECAJ-UFMG: Ensino, Pesquisa e Extensão em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos (2018-2020)

## **Resumo:**

O tema da pesquisa é o estudo da Justiça Restaurativa enquanto via de efetivação do acesso à justiça sob a ótica da proteção dos Direitos Humanos. No presente trabalho busca-se analisar em que medida a referida visão de justiça vem sendo percebida no Brasil. Na construção do estudo, tem-se que certos conflitos podem ser adequadamente solucionados pela Justiça Restaurativa, pois esta pode figurar como um meio de solução para tanto que compõe o quadro de um sistema de Poder Judiciário efetivamente multiportas, em que para cada tipo de conflito, o meio instrumental mais adequado será colocado à disposição dos indivíduos envolvidos. Ademais, o presente estudo pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), o tipo jurídico-projetivo. A técnica metodológica selecionada para a investigação proposta é a pesquisa teórica.

**Palavras-chave:** Justiça Restaurativa; Acesso à justiça; Proteção dos Direitos Humanos.

## Introdução

O tema da presente pesquisa que se pretende desenvolver é o estudo da Justiça Restaurativa como via de efetivação do acesso à justiça no Brasil sob a ótica da proteção dos Direitos Humanos. Para tanto, o problema fundamental do trabalho de investigação proposto é: em que medida a Justiça Restaurativa vem efetivando a tutela dos direitos pelas vias do acesso à justiça no Brasil? Por objetivo da pesquisa, tem-se: analisar em que medida as práticas atinentes à Justiça Restaurativa vêm sendo percebidas no Brasil.

Para se desenvolver a melhor execução do trabalho de investigação, o presente estudo pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), o tipo jurídico-projetivo. A técnica metodológica selecionada para a investigação proposta é a pesquisa teórica.

Iniciando a esteira da compreensão do presente trabalho, tem-se que o acesso à justiça é a pedra de toque de qualquer regime democrático (SANTOS, 2011). Partindo desta ideia, a presente investigação tem por haste a noção de efetivação do acesso à justiça a partir de um sistema de justiça multiportas, contemplando a perspectiva de um processo justo e participado, capaz de produzir resultados reais e satisfatórios para os sujeitos do conflito, que se processa de maneira convergente à efetiva tutela jurisdicional (SENA, 2010).

Principiando deste cenário contemporâneo do acesso à justiça, é imperioso destacar que a desinformação por muitas vezes acentua o quadro de não efetividade de direitos no Brasil (SILVA, N., 2017). Portanto, é válido ressaltar as inflexões do movimento do acesso à justiça no Direito desde os seus primórdios, o que remonta aos anos 1980, quando foram publicados os resultados do Projeto Florença, desenvolvido por Mauro Cappelletti e Bryanth Garth (1988).

Cappelletti e Garth (1988), intentando pensar sobre a forma como opera a lei substantiva, bem como mapear a frequência em que ela é executada, em benefício de quem e com qual impacto social, detectaram três “ondas” renovatórias do acesso à justiça. São elas: (i) a assistência judiciária aos hipossuficientes, (ii) a legitimação e proteção dos direitos coletivos e (iii) a ampliação das formas de solução de conflitos.

Em virtude da pluralidade de sociedades compreendidas no mundo, o processamento das ondas renovatórias do acesso à justiça foi percebido em vários locais do globo em diferentes momentos, destacando-se a vultosa percepção da terceira onda no Brasil, ao longo da década de 2010 (MONTEIRO, 2020). Desta maneira, a Justiça Restaurativa, surge como uma visão de justiça que tem o condão de auxiliar na solução de um conflito característica da terceira onda e em pleno curso na contemporaneidade.

## **A Justiça Restaurativa e o reconhecimento da pluralidade de direitos**

As fontes de Direitos Humanos, em âmbito internacional, fazem referência à necessidade de uma política internacional pela paz (DEDAVID, 2011), tal como ocorre nas práticas restaurativas, estabelecendo-se uma harmônica relação com os objetivos da Justiça Restaurativa. Por conseguinte, discutida noção só poderia ser percebida em um contexto contemplativo a um modelo de justiça capaz de reconhecer a pluralidade de direitos e a coexistência desses.

Referido modelo, compreende a noção de justiça cognitiva, padrão pensado a partir de uma proposta de reconstrução epistemológica, em que é necessário buscar uma ecologia dos saberes, isto é, um processo pautado pela busca da igualdade nas relações entre as distintas formas de conhecimento. Também é importante ter em mente que este processo catalisará o cenário de formação de certo pluralismo, este, por sua vez, apto a desconstruir um modelo de representação hegemônica no ocidente forjada pelo Direito moderno e que passa a figurar em uma dimensão política (SANTOS, 2018).

O pluralismo permite a visão de uma concepção partilhada do Direito, ensejadora de um senso comum e de um plexo regulatório que remete ao Estado de forma indissociável, fazendo com que a relação se qualifique por ter atrás de si outras formas de regulação. Ademais, essa representação do senso comum é recorrente no ocidente e decorre de uma experiência histórica que dá ao Estado papel de centralidade (SANTOS, 2018).

Nesse diapasão, o Estado moderno surge com a pretensão de monopolizar o uso da violência física e simbólica, o que é determinante em seu papel de centralidade, bem como permite o tratamento com naturalidade de certa indissociabilidade entre Direito e Estado. Esta é uma afirmação altamente possível, uma vez que o quadro de referências da história institucional dos sistemas jurídicos ocidentais sempre deu essa centralidade ao produtor e aplicador das leis (SANTOS, 2018).

Assim sendo, é pertinente elucidar que a Justiça Restaurativa, por muitas vezes é erroneamente categorizada enquanto uma metodologia, vez que aplicada como via de efetivação dos processos característicos de uma justiça cognitiva, mas esta não é a melhor terminologia para tratar de sua natureza, haja vista a possibilidade dela ser operacionalizada por diversos meios e, por isso, seu melhor enquadramento seria como uma visão de justiça pautada pela transformação dos conflitos e para a promoção de uma cultura da paz (SILVA, L., 2017). Desta forma, contemplando o reconhecimento de uma pluralidade de direitos, a proteção aos Direitos Humanos deve agir como uma limitação à força normativa, em prol das garantias individuais, funcionando como o esteio da Justiça Restaurativa, uma vez que um de seus objetivos é a gestão dos conflitos.

## A distinção necessária entre a Justiça Restaurativa e os meios consensuais de solução de conflitos

Conflito, de acordo com Silva (2017, p. 82), “é uma palavra simples e singular na qual cabem hipóteses pluralizadas e de múltiplos sentidos que se diferem conforme a linha investigativa adotada”. Na presente linha de pensamento, conforme explicita o autor, “o alcance de uma definição única para o conflito é dificultoso e acaba por resvalar na análise tergiversa das suas características na tentativa de se aproximar de um objeto comum de conhecimento”.

Assim sendo, na esteira de que as relações humanas sempre foram permeadas por conflitos, de maneira que se manifestam como inevitáveis ao convívio social, referidos fenômenos não devem ser vistos como circunstâncias que precisam ser ceifadas, pois sim, geridas e administradas, permitindo o crescimento e desenvolvimento, individual e coletivo, dos sujeitos envolvidos, da melhor maneira que encontrarem para comporem-no (SILVA, 2017).

A legislação processual civil brasileira, ao incluir as formas autocompositivas de solução de conflitos entre as metodologias adotadas pelo Poder Judiciário, fez as vezes de pautar com clareza as diferenciações basilares entre a conciliação e a mediação, conforme leitura do art. 165 do Código de Processo Civil e seus parágrafos<sup>1</sup>. Pela leitura do dispositivo, tem-se claro que o cerne da diferenciação entre estes os dois institutos está no grau da intervenção do facilitador na solução do conflito, bem como na objetividade e subjetividade da pretensão resistida.

Com efeito, na conciliação, o terceiro facilitador, chamado de conciliador, tem participação mais direta na solução dos conflitos, inclusive demonstrando às partes as diversas opções de solução do conflito. Mostra, o conciliador, os caminhos que estão visíveis, enquanto o mediador, no espectro judicial, busca facilitar o diálogo ente os envolvidos, eis que são eles os sujeitos com melhores condições de alcançarem a solução almejada. Além das duas mencionadas, a arbitragem também surge como meio de solução de conflitos. De acordo com Silva (2017, p. 86),

a distinção central que se faz entre esses métodos diz respeito à intervenção do terceiro no conflito para a sua resolução, em que, na

1 Art. 165. Os tribunais criam centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRASIL, 2015).



arbitragem, se dá de modo impositivo, por meio do laudo arbitral, na conciliação ocorre por meio de sugestões de saídas para o conflito dadas aos envolvidos pelo conciliador e na mediação foca-se na promoção da comunicação entre as partes, deixando a seu encargo encontrar soluções para a situação vivenciada (SILVA, N., 2017, p. 86).

De notar-se que, inicialmente, quando ainda não institucionalizados os ditos meios alternativos de solução de conflitos, a conciliação era realizada pelo juiz de paz e, depois, pelo juiz de Direito, entretanto, esta experiência mostrou que o magistrado não é a pessoa mais indicada para realizar a conciliação, em razão de sua sobrecarga de trabalho e da ausência de vocação para se dedicar à esta modalidade solucionadora. Além disso, os conciliadores e mediadores passam por capacitações, a partir de orientações advindas do Conselho Nacional de Justiça, direcionadas a todos os tribunais, de maneira que as técnicas de conciliação e mediações são observadas por este terceiro facilitador, tornando-se cada vez maior o seu número no Brasil, também em qualidade e não apenas em quantidade (CARVALHO; SANTOS, 2020).

É nesse cenário que surge a Justiça Restaurativa como um caminho efetivo para se promover a melhor solução para um conflito posto a análise, em virtude da preocupação em torno da inclusão da vítima, do ofensor e os demais interessados, em um mesmo ciclo de gestão da controvérsia em questão. Desta maneira, de acordo com Lara (2013, p. 26),

A Justiça Restaurativa pode ser classificada como um conjunto de métodos de tratamento de conflitos, em que se manifestam as características da voluntariedade na participação, multidisciplinaridade na intervenção, empoderamento dos envolvidos, horizontalidade das relações, valorização das soluções dialogadas, ressignificação do papel do ofendido e da comunidade no processo, a busca pela reintegração sem estigmas do ofensor na sociedade, bem como a confidencialidade do procedimento (LARA, 2013, p. 26).

É válido trazer à baila, a visão de Ramírez (2005), que enxerga a Justiça Restaurativa da seguinte maneira:

Se trata de uma variedade de práticas que buscam responder ao crime de uma maneira mais construtiva que as respostas dadas pelo sistema punitivo tradicional, seja o retributivo, seja o terapêutico. Correndo o risco de simplificação excessiva, poder-se-ia dizer que a filosofia deste modelo se resume nos três 'R': *Responsibility, Restoration and Reintegrations* (responsabilidade, restauração e reintegração). Responsabilidade do autor, desde que cada um deve responder pelas condutas que assume livremente; restauração da vítima, que deve ser reparada, e deste modo sair de sua posição de vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os vínculos com a sociedade que ele também danificou com o ilícito (RAMÍREZ, 2005, p. 199) (tradução nossa)<sup>2</sup>.

---

2 No original: "Se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un

Outro aspecto essencial para estabelecer a diferenciação basilar entre a Justiça Restaurativa e os meios de solução de conflitos, como conciliação, mediação e arbitragem, que passaram a ser abraçados pela lei infraconstitucional, é o fato de que aquela, inicialmente, fora aplicada quase como uma exclusividade da seara criminal (LARA, 2013). Contudo, a pretensão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais é estender esta proposta solucionadora para todo o ramo do Direito, posto que o objetivo central da Justiça Restaurativa é a aproximação das partes, um dos aspectos processuais mais tradicionais, logo, não deve se restringir a apenas uma dimensão do Direito.

A Justiça Restaurativa é, portanto, um procedimento dialógico e mais humanizado, ao passo que não se preocupa apenas em responsabilizar o autor, mas também em restaurar a vítima que, uma vez reparada, não continuaria nesta posição. Quanto ao infrator, a preocupação está pautada no necessário restabelecimento de seus vínculos com a sociedade.

## **A atuação do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais enquanto um tribunal multiportas**

Em razão da demora do término do processo judicial, do alto custo de uma demanda, da execução - nova fase impositiva proveniente da sentença – e do duradouro caminho até o trânsito em julgado, nem sempre a determinação judicial é cumprida espontaneamente, razão pela qual é necessário que a cultura da paz seja disseminada o mais rápido e amplamente possível, em prol dos sujeitos do conflito. Embora intrinsecamente vinculados, os litigantes acabam em polos antagônicos e a sentença não se preocupa com a resolução deste problema, enquanto, a Justiça Restaurativa, em contrapartida, tem essa inquietação como estrutural.

Com seus benefícios de aplicação conspiciamente bem definidos, Lara (2013, p. 91), afirma que “a Justiça Restaurativa se legitima como uma das formas de resolução de conflitos que comporá o quadro de um sistema de Poder Judiciário efetivamente multiportas, em que para cada tipo de conflito, o instrumental mais adequado estará à disposição dos jurisdicionados”, sendo que “já é possível afirmar com segurança: a Justiça Restaurativa é uma realidade no Brasil, ainda que aplicada em restritos contextos socio-jurídicos” (LARA, 2013, p. 91).

A expressão multiportas, por sua vez, não se trata de uma mera alegoria, pois sim, é um dito que, nas palavras de Lorencini (2006, p. 117), se refere a

---

modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres „R“: Responsibility, Restoration and Reintegrations (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito”.

um procedimento inicial adotado por tribunais. Leia-se:

A metáfora das portas remete a que todos os meios alternativos estejam disponíveis em um só lugar [juntamente com os meios oficiais]. Em geral, depois de apresentado um formulário pelo requerente, o requerido é também chamado e igualmente preenche um formulário igual. Esses formulários são encaminhados pelo funcionário ao julgador que, então, designa uma audiência para as partes para dar-lhes conhecimento acerca do meio indicado. [...] Dois pontos são centrais: quem exerce a triagem e o meio trilhado. [...] A escolha do meio pode, assim, dependendo do programa, ser feita pelo autor, pelo réu, ou por ambos, de forma consensual. Pode, ainda, ser mecanicamente feita por um funcionário do tribunal, por um perito externo ou, ainda, pelo próprio julgador. No caso de pluralidade de autores, prevalece o critério da maioria. Nas hipóteses em que a escolha cabe a uma pessoa que não as partes, elas respondem a um questionário detalhado que, entre outras coisas, discrimina (i) a quantidade de partes envolvidas, (ii) os fatos e as possíveis questões daí advindas, (iii) pedidos (iv) relacionamento entre as partes, (v) a natureza das questões a resolver e sua natureza. Essa análise objetiva é seguida de um outro formulário no qual a parte expõe o seu objetivo, respondendo sua expectativa com relação à (i) celeridade, (ii) confidencialidade, (iii) o interesse em preservar o relacionamento com a parte contrária, (iv) disposição em negociar com a parte contrária (LORENCINI, 2006, p. 117).

É certo que ainda há resistência em implementar este novo paradigma sepultador da cultura adversarial, mas, mesmo com muitos obstáculos, a atuação do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais tem contribuído para a efetivação destes meios de composição de conflitos, com ações como a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Nos referidos espaços, a parte pode comparecer, com ou sem advogado e formular suas demandas.

A presença da parte no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania pode ser física ou virtual, eis que, em razão do período pandêmico propiciado pela proliferação da COVID-19<sup>3</sup>, foi criado, no segundo semestre de 2020, em Minas Gerais, o CEJUSC-virtual, um espaço apto a tratar qualquer demanda, sem a necessidade de as partes se deslocarem até a comarca, podendo ser utilizado por qualquer pessoa de qualquer lugar do país (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2020). Com a promoção de tantas iniciativas capazes de consubstanciar o enquadramento

---

3 A pandemia de COVID-19, também conhecida como pandemia do novo coronavírus, é uma pandemia em curso a partir de março de 2020 - quando foi categorizada neste quadro infeccioso pela Organização Mundial da Saúde - de COVID-19, uma doença respiratória aguda causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2). A doença foi identificada pela primeira vez em Wuhan, na província de Hubei, República Popular da China, em 01 de dezembro de 2019, mas o primeiro caso foi reportado apenas em 31 de dezembro do mesmo ano. Como medida de contenção da proliferação do vírus, governos pelo mundo todo adotaram o controverso isolamento social.

do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais como um tribunal multiportas, vê-se que a Justiça Restaurativa deve ser incentivada e praticada neste ambiente célere de composição de conflitos.

A proposta lançada neste trabalho e a partir de algumas experiências extrajudiciais em Minas Gerais e no próprio Judiciário Mineiro é a de ir mais longe, ou seja, que estas práticas restaurativas sejam realizadas sem a intervenção do Judiciário. Também, compreende-se necessário que sejam promovidos os círculos restaurativos sem a necessidade de homologação dos acordos realizados, posto que são cumpridos espontaneamente, como uma consequência da restauração alcançada.

### **Dois exemplos de sucesso das práticas de Justiça Restaurativa associados à Universidade Federal de Minas Gerais**

As práticas restaurativas, à medida em que os anos vão passando, são percebidas como dinâmicas de sucesso, no quesito promoção da cultura da paz. Para tanto, traz-se dois exemplos efetivos de estudo sobre essa visão de justiça em Minas Gerais, associados à atuação da universidade pública. No campo mais pragmático, destaca-se o Projeto Justiça Restaurativa: Paz Social, Prevenção à Violência e Promoção de Direitos da Juventude - Ciranda, desenvolvido entre os anos de 2015 e 2019, no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Este foi um projeto que passou a participar do Fórum Permanente do Sistema Socioeducativo de Belo Horizonte e de sua Comissão Temática de Justiça Restaurativa, sendo marcado como um dos referenciais da temática em Belo Horizonte, com foco na atuação voltada para crianças e adolescentes (CARVALHO, 2018).

Outro exemplo de sucesso, no que concerne ao estudo e mapeamento dos desdobramentos da Justiça Restaurativa no Brasil, é a atuação do Programa RECAJ-UFGM: Acesso à Justiça e Solução de Conflitos. Sob coordenação da Professora Adriana Goulart de Sena Orsini, o programa surgiu em 2007 com o propósito de estudar, pesquisar e produzir ciência-extensão em torno das problemáticas do acesso à justiça. Desde então, o RECAJ-UFGM desenvolve contínuas ações de extensão, por meio de projetos ligados às temáticas de acesso à justiça pela via dos direitos, soluções de conflitos, Justiça Restaurativa, promoção das infâncias, adolescências e juventudes (SENA; SILVA; PORTO, 2018).

Sobre o funcionamento do Programa RECAJ-UFGM, Adriana Goulart de Sena Orsini e Nathane Fernandes da Silva (2013, p. 16), informam o seguinte:

Desenvolvendo uma série de projetos, tais como grupo de estudos, disciplinas optativas, seminários, pesquisas, cursos, atividades de extensão, dentre outras, o RECAJ conta atualmente com mais de cinquenta integrantes, número que cresce a cada semestre, dentre eles bolsistas, voluntários, pesquisadores de iniciação científica e pós-

graduandos. Atualmente, o RECAJ UFMG trata de temas como o acesso à justiça – compreendido não só como acesso ao Poder Judiciário, mas enquanto acesso a um ordenamento jurídico efetivo e justo; a mediação, enquanto meio de solução de conflitos e de acesso à cidadania, por devolver aos cidadãos o direito e a responsabilidade de solucionar suas próprias demandas; a justiça restaurativa, que se apresenta como um novo modelo complementar de resolução de conflitos, baseado em processos circulares, que possui a importante qualidade de poder ser aplicado, a princípio, tanto dentro da estrutura do Poder Judiciário quanto fora dela; e a construção de um ambiente escolar saudável, pois se entende que a Escola, enquanto lugar comum da diversidade e da educação por excelência deve respaldar-se em novas perspectivas de técnicas dialogadas que possibilitem a participação dos jovens na resolução de controvérsias e no aprimoramento de relações sociais pautadas pelo respeito e pela alteridade. Para além destas temáticas, vários estudantes ligados ao RECAJ estudam e pesquisam outras formas de solução de conflitos, tais como a conciliação, alvo de diversas pesquisas realizadas e em curso dentro do Programa (SENA; SILVA, 2013, p. 16).

Dentre os projetos desenvolvidos pelo programa enquadram-se o projeto RECAJ nas Escolas, o jogo Fala, Jovem! e a capacitação sobre Cidadania Digital para os jovens trabalhadores adolescentes da Cruz Vermelha vinculados ao Programa PORTA-UFMG. O RECAJ-UFMG também oferta disciplinas de extensão com enfoque para a formação transversal em Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais, como se percebe na disciplina Acesso à Justiça e Soluções de Conflitos: Infâncias, Adolescências e Juventudes nas Dimensões Plurais da Extensão Universitária, oferecida no segundo semestre de 2018, e conta com uma equipe de seletos pesquisadores pioneiros na produção de pesquisas sobre o desenvolvimento das temáticas do programa, como o estudo da Justiça Restaurativa no Brasil<sup>4</sup>.

Assim sendo, face ao sucesso da aplicação e do estudo em torno da Justiça Restaurativa na universidade pública – mais precisamente, conforme exemplos trazidos, na Universidade Federal de Minas Gerais – e suas práticas, entende-se que a investigada visão de justiça, dissociada da participação do Judiciário, deve ser incentivada nos condomínios, nos bairros, escolas, demais universidades, trabalho, associações, sindicatos, entre outros espaços de convivência. Desta maneira é importante que a judicialização seja o último recurso e aplicado somente se não alcançado o sucesso por intermédio desta democrática técnica, pelo fato de ser importante preconizar a autonomia dos sujeitos envolvidos em um conflito.

---

4 Dentre as pesquisas, sobre Justiça Restaurativa, destacam-se as de Caio Augusto Souza Lara e de Lucas Jerônimo Ribeiro da Silva, denominadas, respectivamente, “A Justiça Restaurativa como via de Acesso à Justiça” (2013) e “Acesso à Justiça e Mapeamento de Conflitos: diálogo internacional, confluências e prospecções à luz da política pública de justiça juvenil restaurativa do município de San Isidro – Argentina” (2017), ambas orientadas pela Professora Doutora Adriana Goulart de Sena Orsini.

## Conclusão

Considerando os benefícios que a democrática Justiça Restaurativa traz a todos, bem como à sociedade, aludidas práticas devem ser incentivadas constantemente. Para tanto, capacitações devem ser ofertadas, por diversas entidades, como forma de diálogo direto com a proteção dos direitos humanos. O Conselho Nacional de Justiça vem contribuindo substancialmente, ao fomentar a aplicação das práticas restaurativas, com suas propostas de desjudicialização dos conflitos e de uma política pública de âmbito nacional.

A proteção aos Direitos Humanos deve agir como uma limitação à força normativa, em prol das garantias individuais, funcionando como o esteio da Justiça Restaurativa, uma vez que se tem, por objeto desta, a gestão de conflitos. Assim sendo, a conscientização dos direitos dos indivíduos deve ser pragmática, vez que a sua não observância, acaba por instrumentalizar injustiças, a violar a efetiva tutela desses direitos e aos Direitos Humanos, bem como distancia os sujeitos do conflito, retroalimento as posições antagônicas.

A afirmação desta visão de justiça depende, antes de tudo, da formação de bons capacitadores e de que estas mesmas pessoas repassem os conhecimentos a outrem, formando novos facilitadores e assim sucessivamente. Desta maneira logo restará implantada a cultura da Justiça Restaurativa no Brasil e as pessoas, no exercício cabal de suas cidadanias, deixarão de se sentirem frustradas, ao avistarem o Poder Judiciário como única instância para resolução de seus conflitos.

É necessário o incentivo à cultura conciliatória, de modo a naturalizar uma composição extrajudicial integral, via Justiça Restaurativa, sem a necessidade do posicionamento jurisdicional. A perspectiva de acesso ao Poder Judiciário como única via possível para resolução de um conflito, acaba por laborar contra os contemporâneos meios autocompositivos de solução de conflitos, muitos deles até mesmo desconhecidos pelas partes, uma vez que a justiça condicionada não é uma obrigatoriedade de composição. Também é imperativo que o indivíduo se sente à mesa de negociação e seja esclarecido dos benefícios destas propostas restaurativas, deixando ao seu critério, aceitar, ou não, uma composição extrajudicial e reconhecer a negativa como um grande avanço para que tal fato, no futuro próximo, ocorra naturalmente. Desta forma, urge que se acabe com o entendimento errôneo de distribuir a justiça, pelo fato de a Justiça Restaurativa estar aí, como um projeto já acabado e em prol da real cidadania.

## Referências

BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil). Diário Oficial da União. Brasília, 2015c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 15 nov. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Mayara de. **Justiça restaurativa juvenil em Belo Horizonte**: relato de experiência do primeiro ano de atuação do Ciranda-UFMG com procedimentos restaurativos no sistema socioeducativo. In: Fernando Gonzaga Jayme; Mayara Carvalho. (Orgs.). *Justiça Restaurativa a Prática: no compasso do Ciranda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 43-82.

CARVALHO, Newton Teixeira; SANTOS, Gabriel Moraes de Souza. *Justiça Restaurativa, um reforço ao exercício da cidadania*. In: Fábio da Silva Veiga; Luiz Gustavo Levate; Marcelo Kokke Gomes. (Orgs.). **Novos métodos disruptivos no Direito**. Porto/Belo Horizonte: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Escola de Direito Dom Helder, 2020, p. 359-369.

DEDAVID, Juliana Aguiar. **Justiça Restaurativa e Direitos Humanos**: Por um diálogo possível em matéria penal. Dissertação (mestrado) – Orientação: Tupinambá Pinto de Azevedo. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

LARA, Caio Augusto Souza. **A Justiça Restaurativa como via de Acesso à Justiça**. Dissertação (mestrado) – Orientação: Adriana Goulart de Sena Orsini. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2013.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. **Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias**: convivência e formas de pacificação social. Tese (Doutorado) – Orientação: José Roberto dos Santos Bedaque. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

MONTEIRO, Wilson de Freitas. **O Processo de Desenvolvimento da Inteligência Artificial e suas aplicações no Direito contemporâneo**. In: Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: Skema Business School - Inteligência artificial e tecnologias aplicadas ao direito IV. Belo Horizonte: Skema Business School, 2020, p. 4-11.

PRESIDÊNCIA do TJMG assina portarias de Cejusc virtual. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, 2020. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/presidencia-do-tjmg-assina-portarias-de-cejusc-virtual.htm#X7IPMchKjIU>. Acesso em: 15 nov. 2020.

RAMÍREZ, Sérgio García. *En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa*. Revista de Ciencias Penales. Iter Criminis. Cidade do México: Inacipe, n. 13. abr./jun. 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2018.

SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO; Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Orgs.). **Dignidade Humana e Inclusão Social – Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. Belo Horizonte: LTr, 2010.

SENA, Adriana Goulart de, Orsini; SILVA, Nathane Fernandes da. **Ensino jurídico, pesquisa e extensão**: a experiência do programa RECAJ UFMG. Sete Lagoas: Universitas Jus, v. 24, p. 11-21, 2013.

SENA, Adriana Goulart de, Orsini; SILVA, Lucas Jerônimo Ribeiro da; PORTO, Lucas Magno Oliveira. **A Função Social da Universidade Pública na Garantia dos Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens**: Reflexões sobre a atuação do Programa RECAJ-UFMG: Acesso à Justiça e Solução de Conflitos. In: João Batista Moreira Pinto (Org.). Direitos Humanos como Projeto de Sociedade: Caracterização e Desafios. v. 1. Belo Horizonte: Editora DH, p. 323-342.

SILVA, Lucas Jerônimo Ribeiro da. **Acesso à Justiça e Mapeamento de Conflitos**: diálogo internacional, confluências e prospecções à luz da política pública de justiça juvenil restaurativa do município de San Isidro – Argentina. Dissertação (mestrado) – Orientação: Adriana Goulart de Sena Orsini. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017.

SILVA, Nathane Fernandes da. **O diálogo dos excluídos**: a mediação social informativa como instrumento de ampliação do acesso à justiça no Brasil. Tese (doutorado) – Orientação: Adriana Goulart de Sena Orsini. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017.



# FATO DO PRÍNCIPE E DANOS INDIRETOS CAUSADOS POR ATOS DITATORIAIS: O CASO DOS EX-COLABORADORES DA PANAIR DO BRASIL

**Valéria Reis Gravino**

Advogada, MBA em Direito Tributário, MBA em Gestão e Business Law (FGV), certificações pela Harvard/Edx, práticas jurídicas certificadas pelo Instituto Innovare, professora e escritora. Membro da Academia de Letras do Brasil e da Comissão OAB Mulher/RJ

## **Resumo:**

O presente trabalho tem como objeto relatar as violações de direitos humanos e fundamentais atinentes ao Caso Panair do Brasil, perpetradas aos controladores, ex-colaboradores e à própria Panair do Brasil no regime ditatorial militar brasileiro, sob o enfoque do instituto do fato do príncipe e danos indiretos, tendo em vista a demissão em massa de cerca de cinco mil funcionários da empresa, comprovadamente, por motivação política, conforme a Comissão Nacional da Verdade brasileira, demonstrando os meios de reparação aos casos desta natureza mesmo sob o entrave prescricional, como hipótese, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema. Portanto, foram realizadas análises e estudos de normas, obras literárias e audiovisuais, autos de processos, relatórios, depoimentos, documentos, através da pesquisa descritiva, investigativa, explicativa e bibliográfica.

**Palavras-chave:** Fato do príncipe; Caso Panair do Brasil; Direitos fundamentais; Direitos humanos.

## **Introdução**

O instituto do *factum principis* ou fato do príncipe previsto no art. 486 da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil, é o ato da Administração Pública de natureza administrativa ou legislativa que gera a completa impossibilidade de execução do contrato de trabalho, considerado pela doutrina como espécie do gênero força maior (art. 501 da CLT).

Comumente, exige-se como requisitos para a ocorrência do fato do príncipe que o evento seja inevitável; que haja nexo de causalidade entre o ato administrativo/legislativo e a paralisação do trabalho; que impossibilidade absolutamente a continuação do negócio; e, por fim, que o empregador não

concorra para a sua ocorrência.

O instituto em referência trata-se de uma espécie de exceção, não é comum a sua ocorrência. A partir desta premissa, entende-se que pode ser aplicado aos casos em que uma pessoa jurídica se vê lesada por um evento superior à sua gestão, alheio à sua vontade. E aqui trazemos um dos casos que podem ser considerados pioneiros no direito brasileiro dentro desta seara, que é o caso da empresa aérea Panair do Brasil S.A., como se verá a seguir.

## O Caso Panair do Brasil

Para aqueles que não conhecem, a Panair do Brasil não era apenas a pioneira companhia aérea brasileira; ela era o pilar de inserção do nosso país no cenário do desenvolvimento internacional. Era reconhecida como a segunda maior empresa aérea do mundo. Seu padrão de qualidade era inigualável e conhecido mundo afora como “Padrão Panair”. Participou ativamente de grandes momentos históricos. Era também o pilar da integração nacional, com seus aviões Catalina que prestaram inestimável serviços aos habitantes das cercanias do Rio Amazonas e seus afluentes. Isso fez com os brasileiros conhecessem um Brasil que eles próprios desconheciam.

A Panair era pioneira em tantas outras frentes que seria impossível esgotar neste espaço. Por isso, existem livros, filmes, artigos, matérias, estudos, processos, relatórios da Comissão Nacional e Estadual da Verdade do Rio de Janeiro para documentar a sua grandiosidade e a barbaridade sistemática que provocou a sua destruição física. E existiu até mesmo uma exposição, “Nas asas da Panair”, que esteve em cartaz no Museu Histórico Nacional no ano de 2019, onde está acautelada a sua memória e a de seus ex-colaboradores.

São incontáveis os ataques sofridos pela Panair por parte do Governo Federal dentro do período de exceção. A história da Panair do Brasil é fonte de inúmeras matérias jurídicas. E neste trabalho, o que ora se extrai é a aplicação do *lanfare* ao Caso Panair e de seus controladores, Celso da Rocha Miranda e Mario Wallace Simonsen, considerados homens visionários cujo propósito não era meramente obter lucros em seus negócios, mas antes de tudo, trazer desenvolvimento para o Brasil, o elevando ao *status* de grande player no mercado internacional.

Celso da Rocha Miranda, é considerado um exemplo a ser seguido pelos empreendedores contemporâneos. Foi criador de uma das maiores e mais importantes empresas de vários segmentos, com destaque para o ramo segurador, como a Ajax Corretora de Seguros, que se tornou a maior corretora da América Latina, liderando a Companhia Internacional de Seguros, precursora em muitas frentes, que tornou-se a maior seguradora independente do setor, a Prospec S.A., primeira empresa no ramo de aerofotogrametria, aerogeofísica e cartografia aérea do país, entre muitas outras.

Mario Wallace Simonsen, por sua vez, criou grandes empreendimentos como a TV Excelsior, pioneira em criação de inovadores programas de tele-

visão onde foram aplicadas as grandes tecnologias da época em termos de telecomunicações; a Wasim, uma das maiores e mais importantes exportadoras de café, com escritórios em mais de 65 países; a Comal, maior empresa de processamento de café do Brasil; o Sirva-se, a primeira rede de supermercados do Brasil; entre outros.

Infelizmente, toda essa grandiosidade foi eliminada pela ditadura militar. Por se posicionarem contra o regime, Mario Wallace Simonsen e Celso da Rocha Miranda foram perseguidos, tendo seus empreendimentos destruídos através de mecanismos criados estrategicamente para extinguir não apenas a Panair do Brasil, como o patrimônio integral de ambos, através de leis que provocaram a falência da empresa — até hoje considerado o único caso de falência provocada politicamente no Brasil — e da utilização dos procedimentos judiciais e autoridades.

No ano de 2013, através da audiência pública realizada pela Comissão Nacional da Verdade, a Panair do Brasil, Celso da Rocha Miranda e Mario Wallace Simonsen foram reconhecidos como perseguidos políticos pelo regime ditatorial militar brasileiro. Existem ainda processos judiciais em trâmite em nome da Panair e de Celso da Rocha Miranda e ganhos em favor da Panair do Brasil. Este caso é tão vasto e tão rico sob tantos aspectos, que seria impossível esgotá-lo neste trabalho.

Os antigos funcionários da Panair — que se autointitularam como “Família Panair” — desde a sua quebra forçada em 1965, lutaram arduamente pela permanência das operações da empresa junto à administração. Comissárias de bordo acamparam no Palácio da Guanabara sob protesto e muitos se suicidaram pela forma brutal como foi conduzido o encerramento de uma empresa tão querida pelos brasileiros. A Panair era mais do que uma empresa, era também uma instituição que desde sempre pregava o verdadeiro sentido da responsabilidade social, expressão tão em voga nos meios empresariais, atualmente. E esta é a razão pela qual a Família Panair reúne-se há mais de 50 anos ininterruptos, incluindo nesses encontros, filhos e netos dos antigos colaboradores, para manter acesa a chama do espírito de luta daquela que foi uma das maiores empresas brasileiras de todos os tempos.

Os atos praticados com o propósito específico levar a Panair do Brasil à falência e assim mantê-la artificialmente por mais 30 anos, com a dilapidação de seu patrimônio e de suas condições operacionais, foram os seguintes:

- **Despacho do Presidente da República, Diário Oficial de 11/02/1965:** sem prévio e regular inquérito e sem observar o devido processo legal e o direito de defesa, a Presidência da República, “suspendeu” o direito de exploração das linhas aéreas outorgadas a Panair, sob o regime da concessão. Foi adotada a expressão “autorização” em lugar de “concessão”, que era o verdadeiro regime jurídico que presidia os serviços aéreos explorados pela Panair do Brasil, buscando se esquivar da obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes do ato. Vendo-se, de uma hora para outra, sem

condições de operar e aferir receita, a Panair do Brasil ajuizou um pedido de concordata preventiva. A sentença negativa foi proferida em apenas três dias úteis após o ajuizamento do pedido, e ato contínuo decretou a falência da Panair do Brasil. É assustadora a rapidez inédita com que a decisão foi proferida e o fato de que a sentença não menciona uma consulta feita ao Ministério da Aeronáutica que teria embasado a decisão.

- **Decreto nº 57.682 de 28/01/1966, declarando “de utilidade pública, para fins e desapropriação, em favor da União Federal, as ações da Companhia Eletromecânica CELMA:** a CELMA era e continua sendo uma empresa estratégica dentro do setor aeronáutico. O Governo Federal aproveitou a falência provocada da Panair do Brasil para se apropriar de seus bens, mediante desapropriação com o pagamento de preço vil.
- **Decreto-lei Nº 107 de 16/01/1967:** desapropria definitivamente a infraestrutura de apoio ao voo que pertencia à Panair: foi a Panair quem instalou no Brasil um sistema de Rádio Comunicação que dava apoio a todas as aeronaves, nacionais e estrangeiras, que sobrevoavam o território nacional. Pode-se dizer que sem ele seria impossível o sobrevoos do território nacional brasileiro. Não foi por outro motivo que, no dia seguinte a decretação da falência, o Governo Federal se apropriou do sistema e continuou a operá-lo com os próprios empregados da Panair. Até que em 16.01.1967 o Governo Federal desapropriou todo o sistema.
- **Ato Complementar Nº 42 de 27/01/1969:** autoriza o confisco de bens de pessoas que em relações de qualquer natureza, com a administração, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelos poderes públicos, associações ou entidades beneficiadas com auxílios ou contribuições estabelecidos em lei, permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, se haja enriquecido ilicitamente, o que comprovadamente não foi o caso da Panair do Brasil, porém tentaram enquadrá-la nesta tipificação.
- **Decreto-lei nº 496 de 11/03/1969:** dispõe sobre as aeronaves de empresas de transporte aéreo em liquidação, falência ou concordata e dá outras providências. Amplia o conceito de dívida ativa da União para abranger “os créditos da União ou de suas agências financeiras, decorrentes de contratos ou operações de financiamento, ou de sub-rogação de garantia, hipoteca, fiança ou aval”.  
Através deste diploma, o Governo Federal expropria todas as aeronaves e materiais de reposição detidos pela Panair do Brasil, que teriam sido adquiridas com o seu auxílio financeiro. Essas aeronaves foram, na sequência, transferidas pela Varig e a Cruzeiro do Sul que passaram a operá-las. As publicidades veiculadas pelas mídias em geral, enfocavam o avanço tecnológico que representavam. Ao mesmo tempo, também com base no referido decreto-lei, o Governo Federal inscreveu na dívida ativa o valor do pagamento que afirmou ter realizado ou que poderia vir a realizar em razão das garantias conferidas para a aquisição das referidas aeronaves e instaurou contra a Panair do Brasil um executivo fiscal para cobrar

o referido suposto crédito

- **Decreto-lei nº 669 de 03/07/1969:** não podem impetrar concordata as empresas, aéreas que, pelos seus atos constitutivos, tenham por objeto, exclusivamente ou não, a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infraestrutura aeronáutica.

Nessa altura dos acontecimentos, a Panair do Brasil já havia conseguido liquidar todo o seu passivo trabalhista. A expropriação das aeronaves significava, por sua vez, o pagamento de todo o suposto crédito que o Governo Federal afirma deter perante a Massa Falida da Panair do Brasil. Dentro desse quadro, a Panair do Brasil, ajuizou um pedido de concordata suspensiva se propondo a pagar todas as dívidas integralmente e à vista. Exatamente por isso, o Governo Federal editou o Decreto-Lei 669/69, proibindo que empresas aéreas usufríssem do benefício da concordata, o que determinou que o pedido por ela formulado fosse julgado improcedente. Foi a primeira e única vez que esse Decreto-lei foi aplicado. Nítido o seu caráter casuístico e afronta que ele representa ao princípio de igualdade de tratamento, constitucionalmente garantidos.

- Suspensão, sem prazo determinado, das licenças de concessões outorgadas a Panair do Brasil para explorar linhas aéreas de voo das linhas aéreas da Panair do Brasil S.A., o que levou à decretação de sua falência.
- Alienação irregular das agências da Panair do Brasil no exterior. Como realizado pelo Banco do Brasil, que à época exercia a sindicatura da Massa Falida da Panair do Brasil. Basta ver que nunca as suas contas foram aprovadas. Desmantelamento do patrimônio da Panair, coordenada por síndicos militares da falência com a ativa participação do S.N.I. e de procuradores especialmente nomeados com esse objetivo.
- A perseguição através de atos discricionários continuados para conservar a empresa num estado de falência, sendo administrada por terceiros (à época, síndico da massa falida), expropriando todos os bens da empresa (e isso inclui todas as benfeitorias que hoje encontramos nos aeroportos do país — pode-se dizer que a Panair foi uma espécie de primeiro modelo de parceria público-privada, sem que tivesse qualquer contraprestação financeira por isso, pois os aeroportos nacionais sequer eram capazes de operar como hoje se conhece, já que o Brasil ainda pertencia a um universo provinciano); e entregando-os para uma nova concorrente criada para este fim, sem qualquer indenização até os dias atuais;
- Houve uma tentativa de acordo para se levantar a falência da Panair (aqui dizemos “levantar”, pois ela ainda possuía patrimônio, apesar de quase vinte anos de estado falimentar, até então), foi exigido em troca o silêncio eterno dos acionistas, seus herdeiros e sucessores, o que demonstra que tudo levava à extinção da verdade dos fatos.

Como se pode observar, tudo fazia parte do plano de perseguição continuada como forma de manter o silêncio sobre a verdade. A perseguição à Panair do Brasil e outros se deu através de várias normas jurídicas criadas,

comprovadamente, com o fim de retirar receitas da empresa para que fosse mantido o seu estado de falência. Mesmo assim, ela, que era dona de um imenso patrimônio, manteve-se pagando compromissos com a sua própria renda e mais ainda, quitando, inclusive, compromissos “criados” através de artifícios inescrupulosos para explorar suas reservas financeiras. Como se já não bastasse, foram criados decretos não só para que se declarasse a falência da Panair sem qualquer análise financeira e econômica por parte do Judiciário, em apenas cinco dias, e assim se mantivesse, ainda que a empresa obtivesse um patrimônio capaz de retirá-la desse estado e mantê-la operacional, apesar de todas as tramas criadas para levá-la à quebra. Não é comum que uma empresa do porte dela, fosse mantida em falência, tendo total capacidade econômica e financeira para continuar operacional, configurando assim a prática de um verdadeiro “*lanfare*”, como já evidenciamos em outros trabalhos.

### **Fato do Príncipe Aplicado ao Caso Panair do Brasil**

Como acima mencionado, a Panair do Brasil conseguiu liquidar todo o seu passivo trabalhista. No entanto, este passivo não foi originado por responsabilidade da empresa em absoluto; de acordo com todos os gravíssimos fatos acima narrados e comprovados, a Panair foi responsável pelo pagamento da indenização trabalhista de cerca de cinco mil funcionários, obviamente, sem ter dado causa à demissão em massa advinda do caos perpetrado pelo regime militar.

Com o passar dos anos, sem que a Panair, por meio da administração da massa falida pudesse exercer seu direito à defesa, *per se*, sua controladora, a PAG – Planejamento e Administração Guanabara S/C, ajuizou, em 1974, uma ação visando a recuperação dos valores dispendidos pela Panair para a indenização dos cerca de cinco mil funcionários, com base na ocorrência do fato do príncipe.

Ocorre que a referida ação não logrou êxito; uma vez que o juízo, em despacho saneador determinou que por uma questão de ilegitimidade da controladora, esta não poderia figurar no polo passivo da demanda. Esta por sua vez recorreu, porém os autos foram extraviados, gerando um processo de restauração de perdurou por mais de trinta anos, sem sucesso ao final.

Durante este período, no ano de 1995, a falência da Panair do Brasil fora “levantada”. E nos dias atuais, é perfeitamente cabível que a questão do fato do príncipe pudesse ser alvo de nova ação judicial, desta vez intentada pela própria Panair, restando totalmente afastada a questão prescricional, uma vez que, contra os atos absurdos perpetrados pelo regime ditatorial militar a alegação de esgotamento de fruição do tempo não é válida, como regra geral em caso de ofensa a direitos humanos e fundamentais.

Desta forma, somente após a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) é que a Panair do Brasil e os descendentes de seus controladores e ex-colaboradores puderam ter acesso à verdade dos fatos e com o

reconhecimento da Comissão Nacional da Verdade, obtiveram o merecido reconhecimento. Durante todos estes anos, eles sempre buscaram por reparo seja por via judicial e administrativa, através de diversas outras demandas, seja mantendo viva a memória da empresa.

O fato do príncipe, muito em voga atualmente como se novidade fosse, por conta de discussões a respeito do período pandêmico que o mundo hoje atravessa, a bem da verdade, já foi configurado em situações históricas como a que ora trazemos à baila.

Relevante ainda é o fato de que, à época, o juízo da 1ª Vara Federal, onde tramitou a ação judicial em comento, entendeu como partes legítimas da demanda alguns dos ex-colaboradores, o que abriria um precedente, para que, mesmo tendo recebido as verbas trabalhistas regularmente, que foram quitadas pela Panair do Brasil, ensejaria a mais alguma forma de reparo. Mas, infelizmente, como tudo no período ditatorial, os autos restaram desaparecidos, para que não mais se obtivesse acesso.

Diante de tantas violações de natureza gravíssima, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem se posicionado no sentido de que a Lei de Anistia do Brasil (Lei n. 6.683/79) é um dos principais óbices aos pedidos de reparação pelas barbáries causadas no período ditatorial militar. No entanto, é de sabença geral e de sentido basilar que práticas atroztes que violam direitos humanos, não são passíveis de anistia ou qualquer forma de prescrição, conforme endossa a própria decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que assim dispõe:

A ditadura militar, como se sabe, foi um período funesto da história brasileira, no qual todos os tipos de atrocidades foram praticados em nome da “segurança nacional”. Durante o longo período de exceção reinou a arbitrariedade, com prisões ilegais, cassações, expurgos, tortura, execuções e ocultamento de cadáveres. Tais práticas foram amplamente utilizadas para eliminar ou calar os opositores do regime.

(...)A Lei de Anistia não prevê a anistia para as obrigações cíveis decorrentes da prática de atos ilícitos, como os tratados nos presentes autos. Esse Tribunal Superior de Justiça, aliás, ao julgar o Recurso Especial nº 1.434.498/SP, interposto por Carlos Alberto Brillhante Ustra, coronel do Exército Brasileiro que atuou como Chefe do DOI-CODI, por maioria, expressamente afastou a incidência da Lei 6.683/79 à pretensão de reparação civil, consubstanciada em danos morais, das vítimas de tortura nas instalações do DOI-CODI comandada pelo referido Coronel.

O Exmo. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no voto divergente – condutor do acórdão, após brilhante análise da conjuntura em que foi proferida e declarada a constitucionalidade da Lei de Anistia, concluiu que a interpretação dessa norma “fica restrita ao que o legislador estabeleceu, não podendo o Poder Judiciário aumentar o espectro de alcance do ato anistiador a fatos que sequer foram cogitados no momento da edição da Lei 6.683/79”: E mais, afirma: Essa, aliás, foi a mesma *ratio decidendi* do Excelso Pretório quando do exame da

adequação da Lei da Anistia aos preceitos fundamentais insculpidos em normas constitucionais, a da impossibilidade de o Poder Judiciário alterar o que, por conjunções políticas, entendeu o legislador anistiar. A anistia, na forma como promulgada, ademais, trouxe ao cenário jurídico, mediante escolhas políticas, em que pese por deveras criticadas interna e internacionalmente, hipótese em que, o Estado, titular do direito à persecução penal nos crimes cometidos durante a ditadura, afastou a possibilidade de punição penal dos autores de tão graves violações a direitos humanos, mas os efeitos cíveis dessas violações remanescem. Tanto é assim que o direito às indenizações continua a ser reiteradamente reconhecido, seja na via administrativa, seja na via judicial, revelando-se plenamente hígida, com fundamento em uma interpretação sistemática e teleológica, humanista e democrática, a pretensão declaratória de responsabilidade pelos danos morais advindos de atos de tortura ser formulada individualmente em face daquele que foi beneficiado penalmente pela anistia. (...) Não há, com efeito, qualquer contradição jurídica entre o ato que anistiou os algozes da tortura, impedindo de serem punidos penalmente, e a pretensão civil de se declarar a existência de ato ilícito, fonte de uma obrigação de reparação de danos.

O Exmo. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no voto divergente – condutor do acórdão, após brilhante análise da conjuntura em que foi proferida e declarada a constitucionalidade da Lei de Anistia, concluiu que a interpretação dessa norma “fica restrita ao que o legislador estabeleceu, não podendo o Poder Judiciário aumentar o espectro de alcance do ato anistiador a fatos que sequer foram cogitados no momento da edição da Lei 6.683/79”: E mais, afirma: Essa, aliás, foi a mesma *ratio decidendi* do Excelso Pretório quando do exame da adequação da Lei da Anistia aos preceitos fundamentais insculpidos em normas constitucionais, a da impossibilidade de o Poder Judiciário alterar o que, por conjunções políticas, entendeu o legislador anistiar. A anistia, na forma como promulgada, ademais, trouxe ao cenário jurídico, mediante escolhas políticas, em que pese por deveras criticadas interna e internacionalmente, hipótese em que, o Estado, titular do direito à persecução penal nos crimes cometidos durante a ditadura, afastou a possibilidade de punição penal dos autores de tão graves violações a direitos humanos, mas os efeitos cíveis dessas violações remanescem. Tanto é assim que o direito às indenizações continua a ser reiteradamente reconhecido, seja na via administrativa, seja na via judicial, revelando-se plenamente hígida, com fundamento em uma interpretação sistemática e teleológica, humanista e democrática, a pretensão declaratória de responsabilidade pelos danos morais advindos de atos de tortura ser formulada individualmente em face daquele que foi beneficiado penalmente pela anistia. (...) Não há, com efeito, qualquer contradição jurídica entre o ato que anistiou os algozes da tortura, impedindo de serem punidos penalmente, e a pretensão civil de se declarar a existência de ato ilícito, fonte de uma obrigação de reparação de danos.

Como se extrai da decisão, supra, a lacuna quanto à reparação civil, fica em aberto, pois este âmbito a lei de anistia não alcança. E torna-se inócuo



atestar que a justiça de transição no Brasil, se constitui de alguns mecanismos efetivos para tanto. Estes mecanismos como a Comissão de Anistia, Comissão de Verdade e o próprio Poder Judiciário, por si só não têm se demonstrado suficientes do ponto de vista do pleno reparo, diante da magnitude das violações perpetradas pelo Estado durante o regime de exceção. São mecanismos que apesar dos esforços, proferem reparações simbólicas

## Considerações Finais

Concluimos, portanto, que o legado dessa história — que seria impossível esgotar neste trabalho, tamanha a sua relevância e quantidade de dados e informações históricas — nos acarreta uma imensa mácula à democracia brasileira, uma vez que a cada violação bárbara ocorrida no período ditatorial não reparada devidamente, enseja uma reabertura da possibilidade de retorno a períodos sombrios como aquele, tornando a democracia algo frágil, uma vez que não houve aplicação de medidas de caráter pedagógico enérgicas o suficiente para obstar este retorno, tonando a vida das vítimas uma verdadeira *via crucis* para reparos coerentes com o tamanho dos danos inominavelmente sofridos, perpetuando os efeitos destes danos por toda a vida das vítimas.

Assim, todas as medidas utilizadas como justiça de transição no Brasil não são minimamente suficientes não apenas para reparar as vítimas do que sofreram e do que lhes foram tomados, como também representa uma eterna ameaça à frágil democracia sob a qual temos pautada nossas vidas. Como cidadãos, é mais do que um dever, é uma questão vital, que nos preocupemos a um nível prioritário com as ameaças do passado que ainda reverberam fortemente entre nós, sem que sequer nos demos conta de sua importância. Que este trabalho e este *case*, nos sirva como um chamado para o tratamento destas questões com a devida relevância.

## Referências

GRAVINO, Valéria. **O empreendedorismo exemplar de Celso da Rocha Miranda**. Disponível em: <https://www.empendedor.com/o-empendedorismo-exemplar-decelso-da-rocha-miranda/>. Acesso em: 21/11/2020.

MARTINS, Cristiano Zanin et al. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MIRANDA, Rodolfo da Rocha. **Panair do Brasil: Síntese dos Fatos Históricos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Amazon, 2019.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Especialista traça histórico do Direito Constitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv?pagina=6>. Acesso em: 21/11/2020.

SASAKI, Daniel Leb. **Pouso Forçado - A história por trás da destruição da Panair do Brasil pelo regime militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Record Ltda, 2015.

SASAKI, Daniel Leb. **Comissão da Verdade confirma que aérea Panair foi fechada por motivos políticos.** Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Resultados/noticia/2014/12/comissaoda-verdade-confirma-que-aerea-panair-foi-fechada-por-motivos-politicos.html>. Acesso em 21/11/2020.

SOARES, Inês Virgínia Prado et al (comp.). **Memória e verdade:** a justiça de transição no estado democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

# **A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO POR MEIO DA ITINERÂNCIA NOS INTERIORES DO AMAZONAS-BRASIL E REALIDADE DAS BARREIRAS SOCIOAMBIENTAIS E GEOGRÁFICAS**

**Igo Zany Nunes Corrêa**

Mestrando em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia do Programa de Pós Graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Juiz do Trabalho do Tribunal do Trabalho da 11ª Região. Professor Universitário da Faculdade Estácio do Amazonas. Membro do Observatório de Direito Socioambiental e Direitos Humanos na Amazônia – ODSDH/UFAM e do Grupo de Estudos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – GESIDH/AM

## **Resumo:**

Este trabalho objetiva estudar a instrumentalidade da Justiça do Trabalho Itinerante realizada nos interiores do Estado do Amazonas como instrumento de empoderamento comunitário como papel democratizador dele, sob a ótica decolonial, considerando todas as particularidades socioambientais e as barreiras geográficas próprias da Floresta Amazônica e os sinuosos rios que assumem o protagonismo no território marcado por estradas não ou parcialmente pavimentadas e ausência de malha área regular. Para tanto, utilizou-se na pesquisa, de natureza qualitativa, o método dialético e tem como objetivo revisitar o modelo atual adotado, trazendo parâmetros de melhoria contínua e aprimoramento institucional do instrumento, sob estudo. Como resultado final, evidenciou-se que o modelo de itinerância trabalhista a ser adotado deve ser planejado e estratégico no intuito de estimular participação e novos ajuizamentos, através do conhecimento de direitos e da realidade local.

**Palavras-chave:** Justiça Itinerante; Acesso à Justiça; Amazonas; Barreiras Socioambientais e Geográficas; Lente Decolonial.

## **Introdução**

O direito de acesso à justiça é considerando um direito fundamental com previsão expressa na Constituição de 1988, através do princípio da inafastabilidade de jurisdição ou ubiquidade (art. 5º, XXXV), além de diversos

dispositivos internacionais que demonstram a importância de tal direito humano para a reafirmação da dignidade humana, tanto contra o Estado, quanto a particulares, vide art. 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), arts. 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, 1969), art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), os quais consagram a proteção judicial como inerente à proteção dos demais direitos humanos.

Nesse sentido, tal direito, nas acepções de Cappelletti e Garth (1988, p. 8/12), não é um mero procedimento formal, há a necessidade de que se discuta a realidade prática sobre os diferentes perfis de litigantes, promovendo acesso jurisdicional como requisito fundamental para um sistema jurídico moderno e igualitário

Assim vale o registro que a desigualdade no acesso é sensível quando se está diante da territorialidade brasileira que congrega locais isolados ou de difícil acesso como os interiores do Estado do Amazonas, já reféns das próprias barreiras sociais, ambientais e geográficas existentes, rebaixando aqueles que ali vivem à condição de “subcidadãos”, ou seja, titulares simbólicos de direito (MÉDICI, 2013), já que o Estado lhes outorga direitos de forma ineficaz e disfuncional.

Com isso, merece atenção da pesquisa acerca das formas de resolução de conflito que a Justiça e sua estrutura foram concebidas com parâmetros eurocêntricos, pendendo maior efetividade nos grandes centros urbanos e deixando a desejar quando se chega a locais mais distantes e obstaculizados deve ser revisitada.

Para alteração deste quadro, merece discussão epistemológica crítica que as estruturas jurisdicionais devem concorrer não para fomentar a si mesmo, mas sim para a realidade local, considerando, as peculiaridades que se extraem da relação entre sociedade e o meio ambiente, exemplificando-se aqui a forma que se podem aproveitar os rios que não são só o principal meio de acesso a essas comunidades, como também sua fonte de renda, de modo que a questão socioambiental aqui não se torne apenas um cenário objeto de preservação, mas também a parte de seu todo, da sua subsistência e coexistência

Assim, com o objetivo de atender a todos os municípios do Amazonas, por exemplo, as varas do trabalho do interior do Amazonas possuem jurisdição ampliada, atuando em locais desprovidos de estruturas jurisdicionais e inacessíveis em boa parte do ano por estradas e barcos, utilizando-se para o contorno disso, as estruturas locais, quer sejam municipais, religiosas ou comunitárias.

E a presente pesquisa, de natureza qualitativa, utiliza o método dialético e tem como objetivo estudar o acesso à justiça de forma crítica por meio da itinerância das Varas do Trabalho do Interior do Amazonas, no sentido de contextualizar relação entre o serviço jurisdicional ofertado e possíveis melhorias na prestação, sobretudo, através do uso da lente decolonial com objetivos claros de participação e de emancipação das comunidades interioranas.

Este trabalho traça caminho, através do conceito moderno de acesso à justiça, compatibilizando o conceito à realidade socioambiental do interior do Amazonas, sopesando a importância da mobilidade jurisdicional tanto procedimental, quanto estrutural, para fins de solucionar conflitos, entregando o bem da vida e contribuindo para o desiderato de pacificação sócia, sob a perspectiva de cidadanias múltiplas que não podem ser ignoradas ou desprezadas pelo Estado (CANTOTILHO, 2001).

## **Direito de Acesso à Justiça Itinerante e as adaptações estruturais. Democratização do acesso às estruturas jurisdicionais**

Inicialmente, cabe o questionamento se o viés liberal do acesso à Justiça para tutela de direitos civis e políticos, através da provocação do Estado para resolução de conflitos é o papel suficiente do Poder Judiciário, se com ele esgotam-se todos os percalços daqueles que estão sob a tutela jurisdicional e se de fato o ponto de vista da igualdade material não deve adentrar ao conteúdo do direito de acesso à Justiça.

É nesse sentido que Seixas e Souza (2013) trouxeram importante registro acerca da identidade do direito de acesso à justiça, tratando-se de não apenas acesso às estruturas jurisdicionais, portanto, não se esgotando ou se restringindo ao exercício do direito de ação com um consequente provimento jurisdicional, mas sim, na compreensão complexa da realidade que gera o êxito na função social pacificadora do Estado.

Iniciando a discussão sobre o direito de acesso à justiça longe das meras formalidades, Cappelletti e Garth (1988, p. 8/12) trouxeram a necessidade que a intervenção de terceiros na resolução ou prevenção de conflitos não fosse apenas normatividade sobre procedimentos, mas que discutisse a realidade prática sobre os diferentes perfis de litigantes e dotasse o Poder Judiciário de atuação positiva para promover o acesso à justiça como requisito fundamental para um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir e não apenas proclamar a existência desse direito.

Repisam os autores que o acesso à justiça é finalidade do sistema jurídico e deve ser igualmente acessível a todos e também, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos o que plenamente se enquadra nos resultados primários esperados da Justiça Itinerante.

Tal conceituação adentrou ao que os autores chamaram de três ondas renovatórias do acesso à justiça que sinteticamente podem alocar em ordem: assistência judiciária gratuita, representação dos interesses difusos e representação judicial ampla.

Partindo a responder à lacuna deixada por Cappelletti e Garth, Kim Economides (1999) premissa o que seria a quarta onda renovatória do acesso à justiça, trazendo à baila a necessidade de pensar o tema através da humanização dos profissionais de direito, dotando-os não só de conhecimento jurídico e procedimentos, mas também de posicionamento crítico sobre o modelo

de vida como agentes de promoção de mudanças sociais, o que deve acontecer desde a formação acadêmica básica até os processos de ingresso nas carreiras públicas.

Dessa forma, Watanabe (2019, p. 3/4) traz que o acesso à ordem jurídica justa é um novo olhar sobre a prestação jurisdicional, focando não só na funcionalidade dos órgãos já existentes, mas na qualidade dos serviços judiciários e bem assim, no elenco de técnicas e estratégias utilizadas na solução do conflito, incluindo aquelas consensuais que devem ser buscadas na pacificação social.

Ainda, Santos (2011, p. 72), salientou que há muitas iniciativas meritorias que infelizmente são pouco conhecidas, não só no estrangeiro, como também no próprio país, a exemplo da Justiça Itinerante, ressaltando os resultados da Justiça levada pelos barcos nas margens dos rios como no Amazonas e no Amapá.

É nesse contexto que Azkoul (2006, p. 75-94) discorreu na defesa de sua tese de doutorado que a Justiça Itinerante Brasileira é fruto de criatividade e se mostrou adequada para vencer barreiras geográficas e sociais para aproximar o Judiciário daqueles que são destinatários do acesso à Justiça.

E, com isso os velhos ditames da Justiça imóvel, inerte e formal saem de cena para que se atinja o acesso à justiça na sua dimensão não só formal de direito a um processo julgado pelo Poder Judiciário ligado a uma lesão ou ameaça de lesão a direito, mas também material como acesso à Justiça, aqui invocada por meio de todos os seus atores: juízes, promotores, procuradores, advogados e serventuários, levando toda a estrutura para mais próximo de seus clientes.

Já no interior do Estado do Amazonas essa realidade é muita mais relevante, já que as desigualdades se interseccionam com as vulnerabilidades e tornam o cliente dos serviços jurisdicionais precarizado, uma vez que a Justiça é manifestada com a mínima preocupação com o modo de vida e as limitações impostas tanto por barreiras naturais quanto pela exclusão social que é tolerada e invisibilizada pelo Poder Público.

No mesmo contexto, Fonseca (2010) discorreu que o ideal da justiça itinerante é percorrer diversos locais, atendendo pedidos, colhendo as provas e realizando as audiências. Segundo o autor, com a atuação jurisdicional realizada em escolas, locais comunitários e prédios públicos, a justiça rompe os parâmetros burocráticos fixos, operando, inclusive em fins de semana e feriados.

Nas lições de Almeida (2016), a desigualdade amazônica não reside apenas na densidade demográfica entre o maior centro urbano do Estado e os demais municípios, já que o espaço amazônico não hegemônico, ou seja, fora da área da capital, é negligenciado pelo Estado por não corresponder à realidade para qual as estruturais estatais e, especificadamente, as judiciais foram projetadas originariamente, cabendo ao Poder Judiciário atender aos anseios sociais com situações incomuns com maleabilidade dos requisitos formais.

No mesmo sentido, Maciel e Shiraiishi-Neto (2016), o Amazonas mes-

mo sendo uma das regiões mais importantes do ecossistema mundial, abundante em recursos naturais e uma experiência próspera da Zona Franca de Manaus, ainda é visto como uma terra esparsamente povoada, desigualmente desenvolvida e vazio demográfico.

A título de exemplo, falar-se em universalidade de acesso regular à internet banda larga no interior do Estado do Amazonas é uma realidade distante e totalmente desprovida de razoabilidade, vez que até 2012, apenas 15 dos 62 municípios contavam com acesso à rede mundial de computadores proporcionado via satélite (SIMAS; LIMA, 2013).

E, ainda, dados recentes do PNAD 2018 somente 63,3% da população amazonense tem acesso à rede de dados em banda larga, sendo que a média da Região Norte em si os índices são ainda menores 53,4%, desconsiderando a assimetria interna dos estados entre centros urbanos e regiões distanciadas (BRASIL, 2018).

A abordagem deste trabalho considera os aspectos tanto formais que dão azo à quebra das formalidades, através do pós-positivismo e critérios de simplificação das estruturas burocráticas e processuais (ALMEIDA, 2016), mas também a participação social daqueles que compõem a complexidade de cidadanias dos interiores do Amazonas, a fim de atingir a emancipação necessária para resolução de conflitos.

## **Decolonização do Acesso à Justiça. Participação comunitária e emancipação**

A teoria decolonial e a relevância do pluralismo jurídico assumem papéis importantes para reestruturação jurisdicional, a fim de que os cidadãos não só tenham consciência de seus direitos, mas também não se sintam impotentes para reivindicá-los quando violados como fruto do que Santos (2011. p. 37) denomina como “procura suprimida” que, segundo ele, esmaga e desalenta aqueles que procuram as autoridades e se deparam com linguagem rebuscada, maneiras cerimoniosas de tratamentos e vestimentas intimidadoras.

Para reforço crítico das instituições jurisdicionais, inegável sopesar aspectos atuais que refletem a história de invisibilização dos povos e comunidades tradicionais que vão desde o modelo colonizador europeu clássico que atuou reprimindo e impondo modo de existir desde a cultura, a linguagem, a religião e o próprio modo de se relacionar com o ambiente, sob argumentação de suposta inocência ou barbaridade comparada ao europeu. (DUSSEL, 1993).

Na conjuntura atual os aspectos colonizadores são remanescentes passando do colonialismo histórico para o conceito de colonialidade que se projeta na imposição da suposta modernidade que vão desde a escala mundial centro-periferia (ASSIS, 2014) até reflexos presentes dentro do mesmo contexto regional em que a realidade dos centros urbanos se aloca de forma disruptiva ao cotidiano dos municípios distanciados social e geograficamente.

Corroborando ao nosso entender que parametriza a colonização centro-periferia também para contexto urbano-rural a escrita de Dussel (1993) para o qual a América Latina foi a primeira colônia da periferia europeia, antes da África ou da Ásia, sendo que a modernização implantada pelo homem europeu passava pela ideia de alienação do outro com base em si mesmo, como base não mais na prática de conquista violenta, mas de práxis erótica, pedagógica, cultural, política, econômica ou do domínio dos corpos e outras formas importadas do colonizador.

E, sob as lentes de Dussel que se adota neste trabalho o conceito de Trans-Modernidade como a necessidade de superação do mito da modernidade, bem como a filosofia da libertação a fim de encontrar no outro (cidadão do interior do Amazonas) os novos diálogos que considerem a razão intersubjetiva para atingimento da Justiça nos vieses estrutural e material.

Nessa linha, Mendonça (2016, p. 161) defende que a elitização dos meios e mecanismos de acesso jurisdicional dá suporte para a retroalimentação das desigualdades sociais, cabendo ao Estado a adoção de políticas institucionais que democratizem tal direito dando conhecimento sobre direitos e formas de tutelá-los através do complexo aparato estatal, sobrelevando-se o primado da acessibilidade a uma ordem jurídica justa e equitativa

Portanto, arremata-se que a presença do Estado não é suficiente para efetivação acesso à Justiça, pois a tutela do direito depende da compreensão dos instrumentos necessários para assegurá-la, traduzindo como necessidade que a população tenha conhecimento e empoderamento em direitos, no intuito de se assenhorear e conhecer a identidade como sujeito de direito como fins para quais se destina a justiça (MENDONÇA, 2016, p. 292).

No contexto amazônico, variáveis indissociáveis como povos e comunidades tradicionais, diversidade étnicas, geografia, clima, sazonalidade de cheias e secas, todas essas atraem a um prestação jurisdicional peculiar, considerando a relação entre todos os esses fatores com os direitos material e processual, além do próprio acionamento das estruturas judiciárias (MELO; CORREA, 2020).

A título de exemplo, os ribeirinhos<sup>1</sup> possuem relação simbólica e de afeto com os rios, além da cultura liberal de extração de lucros e exploração para fins econômicos, tendo-o como vetor centrípeta da região e nele inseridas as condicionantes para a vida em sociedade correspondendo a todos aqueles que se utilizam do ambiente: pequenos produtores, índios, extrativistas, garimpeiros, colonos, fazendeiros, comerciantes etc., sendo assim, uma jurisdição itinerante deve privilegiar e atentar a essa peculiaridade como forma de intrusão social e de aproximação social, respondendo efetivamente à cartografia social

1 “Os atores sociais identificados como ribeirinhos, vivem em agrupamentos comunitários com várias famílias, localizados, como o próprio termo sugere, ao longo dos rios e seus tributários (lagos). A localização espacial nas áreas de várzea, nos barrancos, os saberes sócio-históricos que determinam o modo de produção singular e o modo de vida no interior das comunidades ribeirinhas concorrem para a determinação da identidade sócio-cultural desses atores”.



como forme de pertencimento (FURLAN; PIRES, 2017; CHAVES, 2004).

Ainda, a cartografia social do Amazonas denota também a inclusão não só de indígenas e ribeirinhos, mas abarca também outras identidades invisibilizadas como os povos remanescentes de quilombolas em pelo menos sete comunidades reconhecidas nos municípios de Barreirinha, Itacoatiara, Manaus e Novo Airão, com especificidades nas relações jurídicas laborais, tendo em vista o direito de propriedade coletiva das terras ocupadas, a identidade de experiências de vida e resistência dessas comunidades ao domínio e a colonização da vida (PONTES, 2016).

E não para por aí. O pluralismo não se restringe ao contexto étnico-social, mas também jurídico, pois mesmo nos residentes em âmbito urbano dos municípios que não se autoidentifiquem como povos tradicionais remanesce o sentimento de distanciamento do pertencer social supostamente universalizado, minimizado até mesmo pela distância dos centros urbanos para os quais se concebeu a justiça e pela normatividade alheia às singularidades locais, logo, a população desconhece os próprios direitos, desconhecidos da realidade local.

Assim, tem-se que os problemas amazônicos, em sua maior parte, não são gerados pelas dinâmicas locais apenas, mas adentram na imposição de ritmo e nas relações pré-concebidas e que não se compatibilizam com as necessidades, interesses, habilidades e saberes dos agentes sociais, ou seja, não há como as entender, utilizando-se da mesma métrica com que se medem os centros urbanos (CHAVES, 2004; MELO; CORREA, 2020).

Uma das barreiras que se apresenta é a linguística da região amazônica que influencia diretamente, por exemplo, no ajuizamento de ações ou mesmo na participação em audiência sem domínio da língua nacional e sem qualquer treinamento aos envolvidos (juízes, advogados, servidores etc), cabendo ao Estado a disponibilidade de intérprete ou tradutor, prestigiando, assim, a interculturalidade como valor da justiça (FONSÊCA, 2010; MELO; CORREA, 2020).

É neste ponto que a justiça itinerante previamente projetada se mostra protagonista, pois é capaz de retirar o Poder Judiciário da inércia e da inflexibilidade de procedimentos, com estudos prévios sobre as peculiaridades locais, dotando-o informações que autorizam a adaptação e a maleabilidade de procedimentos, incluindo-se a língua e os costumes locais com finalidade de aproximação social aprimorada.

O mesmo ocorre com o uso das estruturas locais pelos órgãos jurisdicionais que buscando atender e dar visibilidade ao maior número de litigantes e interessados possível se utiliza das estruturas municipais, religiosas ou comunitárias, outorgando ao cidadão morador dessas comunidades o acesso à Justiça, através da prévia conscientização de direitos, assistência técnica, gratuidade de serviços e pronto atendimento e conhecimento dos temas locais sensíveis em matéria trabalhista.

Adéqua-se com maestria as lições Souza (2018, p. 87), a qual afirmou

que os atores de justiça como: juízes, promotores, defensores e servidores utilizam as estruturas comunitárias como escolas, prefeituras, quadras, barcos ônibus e outros locais, a fim de se tornarem acessíveis para solucionar conflitos, constituindo-se num “pequeno fórum ambulante”.

A particular preocupação da mobilidade peculiar da Justiça no Amazonas não é novidade para a região, já que em 18 de abril de 2004, inaugurou-se do barco *Catuiara* que em *nbeengatu* significa “juiz bom”, língua do tronco tupi, que designou a embarcação que deu início às audiências no interior do estado na itinerância, através do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJAM (FRANCO-FILHO, 2019).

A iniciativa noticiada como um avanço ao acesso à Justiça a mais de 750 mil pessoas que seriam atendidas nas localidades presentes nas margens dos rios (BRASIL, 2004):



Figura 1: Catuiara no Amazonas

Fonte: <http://www.stf.jus.br/imprensa/2004abr/manaus01a.jpg>

E, para delimitação deste tema, fora escolhida a Justiça do Trabalho da 11ª Região com objeto de estudo, sob a justificativa de inexistência de estudos sob o impacto estrutural das varas do trabalho no Amazonas, considerando a peculiaridade de que apenas 10 municípios possuem sede de unidades judiciárias, sendo as demais albergadas por jurisdições ampliadas que supostamente dariam conta de território de cerca 1.559.161,682 km<sup>2</sup>.

## **A efetividade da Justiça do Trabalho Itinerante e a mobilidade estrutural**

Aqui se sobreleva uma questão trazida por Melo e Correa (2020), como garantir-se acesso à Justiça quando o jurisdicionado está, por vezes, a semanas

de viagem de barco distante da sede da Vara? A justiça itinerante, mesmo sem estrutura adequada e com periodicidade limitada por fatores orçamentários, tem sido um ponto de partida, com destino ainda inconclusivo.

Para fins de análise do objeto, traz-se o mapa da jurisdição ampliada das referidas Varas do Interior dos Estados de Amazonas e Roraima:



Figura 2: Mapa de Jurisdição das Varas do Trabalho do Amazonas e Roraima  
Fonte: <https://bd.trt11.jus.br/xmlui/handle/bdtrt11/265904>

Nas lições de Melo e Correa (2020), o gigantismo territorial amazônico não guarda proporcionalidade com a dimensão orçamentária da Justiça do Trabalho destinada a viabilizar o exercício do direito de acesso à Justiça ao cidadão amazônico, com alocação de recursos que são insuficientes para o propósito jurisdicional.

Continua também Franco-Filho (2019), a carência de recursos na realidade amazônica importa dificuldade de acesso aos jurisdicionados, uma vez que não é fácil, nem barato, transitar por hidrovias da região, já que são mínimas as rodovias, inexistindo pistas de pouso, culminando em distâncias imensas e vazios demográficos.

Para fins de exemplificação, no trabalho estatístico elaborado por Oliveira; Bentes (2018, p. 367), as dificuldades locais se avolumam não só por questões de embarreamento geográfico, mas também por questões sociais que estruturam historicamente os interiores do Estado do Amazonas, como na jurisdição da Vara do Trabalho de Eirunepé, a qual se estende pela calha do Rio Juruá, local em que as média de IDHM circulam abaixo de 0,550 e renda per capita não ultrapassa 1/3 da renda média nacional.

Segundo, as autoras o índice de analfabetismo da região é três vezes

maior que a média do próprio Estado e quando comparado com o centro urbano principal (Manaus) chega a ser dez vezes superior, concluindo-se pelo estado de total ausência de direitos fundamentais como educação, saúde e distribuição de renda para garantia do mínimo existencial (OLIVEIRA; BENTES, p. 377).

Importante salientar que a situação de informalidade generalizada no interior do Estado do Amazonas e ausência de repartições estatais necessárias para consecução dos finalidades da própria Consolidação das Leis do Trabalho acaba por criar universo de trabalhadores sem fiscalização, sem Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), sem registros de jornada de trabalho e de pagamentos de salários, o que acaba por agravar a situação local de trabalhadores e permitir a impunidade por descumprimento de normas trabalhistas por culpa estatal concorrente (OLIVEIRA; BENTES, p. 380)

De igual modo, ressaltou-se naquele trabalho como o impacto orçamentário atingiu diretamente o ajuizamento de ações, o qual possui crescimento proporcional à quantidade de idas e deslocamentos aos municípios componentes da jurisdição ampliada, portanto, pode-se inclusive trazer subsumir ao conceito de *procura suprimida*, expressão cunhada por Boaventura de Souza Santos (2011, p. 37) para designar àqueles que não procuram o Judiciário por total descrença nas instituições, desalentados por burocracia, excesso de cerimonialismo e outras intimidações próprias das invisibilidades e das ausências deliberadas e toleradas pelo Estado.

Assim, claro neste estudo que a Justiça Itinerante carece de estruturação com base não naqueles que se deslocam até os municípios do interior do Estado do Amazonas, mas sim sob a ótica daqueles que irão receber as estruturas móveis do Poder Judiciário, a fim de que aquela ida não seja apenas formal e protocolar, mas assuma papel relevante nas municipalidades destituídas de vara do trabalho própria e já precarizadas de educação, saúde, renda mínima, dentre tantos outros direitos sociais que estão catalogados simbolicamente da Constituição Federal.

Assume papel importante a Justiça do Trabalho como aproximação das relações de trabalho que não são triviais aos centros urbanos, com base nas questões socioambientais e geográficas que dão o tom nas atividades econômicas da região e na relação de dependência das comunidades com fatores de capital que se exploram da miséria vivenciada como trabalho escravo, trabalho do menor, jornadas excessivas, pagamento abaixo do salário-mínimo dentre outros.

## **Considerações Finais**

No primeiro momento deste trabalho, trouxe-se o conceito de acesso à Justiça necessário à compreensão para além da faculdade de acesso jurisdicional, mas como instrumento reformador da própria sociedade e dos problemas vivenciados, inclusive através da itinerância. E, em seguida, buscou-se

adequar a aplicação da teoria decolonial à análise da epistemologia da Justiça e do papel do julgador, sob aspectos da trans-modernidade para fins de incluir aqueles historicamente invisibilizados.

No terceiro momento, adentra a Justiça Itinerante no Amazonas como instrumento realizado pelo Tribunal Regional da 11ª Região para deslocamento a municípios não servidos de unidades judiciárias próprias e que sofrem pelas distâncias dos centros urbanos, o que é realidade própria dos interiores do Estado como característica peculiar.

Consignou-se, ainda, como a ausência do Poder Judiciário Trabalhista e mesmo a falta de conhecimento da situação das municipalidades acabam por agravar a situação de miséria e de descrédito nas instituições vinculadas à garantia de direitos e proteção jurisdicional, outorgando assim a missão árdua a itinerância em suprir a presença estatal da forma mais eficiente possível, considerando paradigmas de custos, orçamentos e deveres estatais.

Como resultado final obtido da dialética, evidenciou-se que a Justiça do Trabalho Itinerante representa instituição de grande importância para democratização do acesso à Justiça, sobretudo, quando relacionada ao deslocamento das estruturas jurisdicionais para locais em que não existem varas do trabalho próprias e distanciados do próprio Estado como garantidor de direitos mínimos de resguardo da dignidade da pessoa humana.

Questões como periodicidade que atualmente afasta o sentimento de pertencimento dos cidadãos interioranos como destinatários da proteção trabalhista, precisam ser rediscutidas com participação efetiva dos comunitários envolvidos, a fim de que possam influenciar no planejamento da itinerância, tanto na escolha dos melhores períodos, bem como dos fatores de preparação como: divulgação, preparação e empoderamento comunitário, a fim de que se atinja e se explore o potencial de resolução de conflitos locais e tenha efetivo crédito nas instituições jurisdicionais.

Cabe à Justiça do Trabalho participar ativamente da retirada de invisibilidade dos povos e comunidades tradicionais do Amazonas como ente agregador de direitos e extirpador da ausência deliberada do Estado, o que influencia na perpetuação da própria miséria local e na continuidade de violação de direitos trabalhistas, essências para manutenção da dignidade e da construção do projeto de vida que supere os obstáculos físicos e imateriais que se apresentam ao desenvolvimento pessoal.

A Justiça Itinerante Trabalhista devidamente planejada é capaz de não só resolver os conflitos que espontânea ou casualmente se apresentam a ela, mas também atuar com proatividade na conscientização, na educação em direitos e nos estudos técnico-sociais e antropológicos que compatibilizem procedimentos para acesso à Justiça consciente, simplificada e adequada à localidade com privilégio ao pluralismo jurídico e à participação dos destinatários como reais sujeitos de direito.

De arremate, buscou-se contribuir através deste trabalho para a abertura de estudos e discussões epistemológicas sobre o papel da Justiça no seu viés

estrutural e pessoal para o atingimento da igualdade material e dos direitos dela decorrentes pela vivência do homem em sociedade, o que requer que o julgador e todo o corpo auxiliar se destitua do papel de “salvador branco” e assumam a escuta ativa da população envolvida e trabalhe no intuito de que se atinja o empoderamento necessário e a emancipação própria daqueles que conhecem seus direitos.

## Referências

ALMEIDA, Roger Luiz Paes de. **Neoconstitucionalismo como base para promoção do acesso à justiça em regiões com carência de estrutura judiciária: o exemplo da Amazônia**. 2016. 196 f. Tese (Doutorado em Direito) – Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016.

ASSIS, Wendell Ficher Teixeira. **Do colonialismo à colonialidade: expropriação territorial na periferia do capitalismo**. Cafajeste. CRH, Salvador, v. 27, n. 72, pág. 613-627, dezembro de 2014. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-49792014000300011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792014000300011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 8 ago. 2020.

AZKOUL, Marco Antonio. **Justiça Itinerante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

BRASIL. IBGE, **Análise de Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017-2018**. Disponível em: <[http://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Nacional\\_por\\_Amostra\\_de\\_Domicilios\\_continua/Anual/Acesso\\_Internet\\_Televisao\\_e\\_Posse\\_Telefone\\_Movel\\_2018/Analise\\_dos\\_resultados\\_TIC\\_2018.pdf](http://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Anual/Acesso_Internet_Televisao_e_Posse_Telefone_Movel_2018/Analise_dos_resultados_TIC_2018.pdf)>. Acesso em: 5 jul. 2020.

BRASIL. IBGE, **Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017-2018**. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf)>. Acesso em: 5 jul. 2020.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Notícias do STF. Presidente do STF inaugura Justiça Fluvial Itinerante no Amazonas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62579>>. Acesso em 10 jun. 2020.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 2001.

CAPPELLETTI Mauro; GARTH, Bryant, colab. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris: 1988.

CHAVES, Maria do Perpétuo Socorro Rodrigues. **Uma experiência de pesquisa-ação para gestão comunitária de tecnologias apropriadas na Amazônia: o estudo de caso do assentamento de reforma agrária Iporá**. – Campinas, SP: [s.n.], 2001.

CORTE IDH. **Caso Cantos v. Argentina**. Sentença de 28 de novembro de 2002. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_97\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf)>. Acesso em: 1 jul. 2020.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: Conferências de Frankfurt.** – Petrópolis, RJ; Vozes, 1993.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”:** epistemologia versus metodologia? *CIDADANIA, justiça e violência/ Organizadores Dulce Pandolfi...[et al].* Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999. P. 61/70.

FONSÊCA, Vitor. A Justiça Itinerante e os novos caminhos da Justiça. **Revista dos Tribunais.** v. 35, n. 184, p. 251–272, jun., 2010.

FRANCO-FILHO, Georgenor de Sousa. **Justiça Itinerante na Amazônia e acesso à justiça.** Conferência proferida no II Congresso Regional da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, em Manaus (AM), em 8 nov. 2019. Disponível em: <<http://www.andt.org.br/academicos/georgenor-de-sousa-franco-filho>>. Acesso em: 3 out. 2020.

FURLAN, Donizete Vaz; PIRES, Simone Maria Palheta. **A problemática do acesso à Justiça Trabalhista em Comunidades Ribeirinhas:** o caso do arquipélago do Bailique no estado do Amapá. *Rev. de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho.* Brasília, v. 3, n. 1, p. 179 - 199. 2017. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/2476/pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MACIEL, Luciano Moura; SHIRAIISHI-NETO, Joaquim. Acesso à Justiça: direitos decepados dos cidadãos múltiplos no estado do Amazonas. **Revista Jurídica da Presidência,** Brasília, v. 18 n. 114 Fev./Maio 2016 p. 169-194. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1128/1145>>. Acesso em 1 out. 2020.

MEDICI, Alejandro. **Teoria constitucional y giro decolonial:** narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. *Otros Logos. Revista de Estudos Críticos. Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad Universidad Nacional Del Comahue.* Año 01, n. 01, 2013. Disponível em: <<http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/Revistas/0001/Medici.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

MELO, Sandro Nahmias; CORRÊA, Igo Zany Nunes. Amazônia e acesso à Justiça em tempos de pandemia. **Revista LTr:** legislação do trabalho, São Paulo, v. 84, n. 8, p. 947-958, ago. 2020.

MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça.** São Paulo: Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Juliane Nery de; BENTES, Dorinethe dos Santos. Justiça itinerante: a atuação da vara do trabalho de Eirunepé/AM nos municípios localizados na Calha do Rio Juruá/AM. *In* BENTES, Dorinethe dos Santos ... [et al.] (organizadores). **Temas contemporâneos de direito:** uma contribuição à pesquisa jurídica da Universidade Federal do Amazonas. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PONTES, Aldrin Bentes. **Direito ao reconhecimento das terras ocupadas por quilombolas em Manaus.** 2016. 140. f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Escola Superior de Ciências Sociais. Universidade Estadual do Amazonas, Manaus, 2016

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para revolução democrática da justiça**. – 3. Ed. – São Paulo: Cortez, 2011.

SIMAS, Danielle Costa de Souza; LIMA, Jonathas Simas de. Desafios da inclusão digital no interior do Amazonas e a internet como ferramenta de redução das desigualdades sociais e regionais. In: **2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**, 2013, Santa Maria/RS. GT 6 Direitos na Sociedade em Rede (2013), 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-9.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2020.

SOUZA, Roberta Kelly Silva. **Juizados Especiais Itinerantes**: ampliação do direito ao acesso à justiça – recorte nacional e regional. Curitiba: Juruá, 2018.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos, e outros estudos. Prefácio. Min. Ellen Gracie Nrothfleet, apresentação Prof. Humberto Theodoro Junior. – Belo Horizonte, Del Rey, 2019.



# OS OBSTÁCULOS DO ACESSO À JUSTIÇA PARA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO NAS AÇÕES PROPOSTAS PELO MP/AM<sup>1</sup>

**Inna Carolina F. P. B. Nascimento**

Discente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM

## **Resumo:**

O artigo tem por objetivo identificar os obstáculos do acesso à justiça nas ações propostas pelo Ministério Público para a tutela do Patrimônio Público. O método utilizado na pesquisa é o indutivo, busca-se neste método a observação da problemática e posterior construção de um pensamento coerente. Os resultados constataram o déficit do acesso à justiça, tal fenômeno ocorre devido a improbidade administrativa de funcionários que possuam um cargo de influência, cominado com fiscalização ineficiente dos Tribunais de Contas. Desta forma, o Conselho Nacional de Justiça, ao perceber a importância em dar atenção para as ações patrimoniais, priorizou o julgamento de crimes contra a administração, visto que o montante dos desvios prejudica a efetividade do Estado, que deveria tutelar de forma efetiva os direitos sociais. A falta deste afeta a sociedade em aspectos difusos. Portanto, nota-se a importância da liberdade para o parquet tutelar o Patrimônio Público.

**Palavras-chave:** Patrimônio Público; Déficit do Acesso à Justiça; Improbidade Administrativa; Direitos difusos;

## **Introdução**

Desde a Idade Antiga, nota-se a aceção do ideal de Patrimônio Público no Direito Romano, auferindo-se para ele o sentido de coletividade e salvaguarda dos bens tutelados pelo Estado e a sucessiva origem de mecanismos de controle social, tal como a ação popular. Não obstante, firmou-se no Brasil com a chegada da coroa portuguesa, e consolidou-se, governamental e politicamente, um alicerce da proteção e tutela dos bens públicos, ainda que de forma incipiente, que veio a ser aperfeiçoada com a Constituição de 1988, que dispôs acerca das prerrogativas da fazenda pública e da tutela de seu respectivo patrimônio.

1 Resultado do Projeto de Pesquisa desenvolvido na Universidade Federal do Amazonas, orientado pelo professor Dr. Maurílio Casas Maia.

O expoente principal do Direito moderno que versa sobre a Administração Pública e, por conseguinte, os bens públicos, encontra-se expresso no Artigo 37 da Magna Carta, este dispondo acerca dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência do funcionalismo público.

A Lei 4.717/65, conhecida como Lei da Ação Popular, define o patrimônio público como: “O conjunto de bens e direito de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, pertencentes aos entes da administração pública direta e indireta”. O Patrimônio Público pertence aos entes públicos, coexistindo os bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais.

Com o advento da lei 8.429/1992, mais conhecida como “Lei de Improbidade”, o conceito pôde se estender ainda mais através de sanções e limitações ao uso do patrimônio e as delapidações sofridas pelo mesmo.

Este artigo tem por finalidade identificar os obstáculos do acesso à justiça nas ações propostas pelo Ministério Público para tutela do Patrimônio Público e qualquer modo de obtenção de vantagens acima dos cofres públicos, de forma que lese a administração no aspecto *lato sensu*; apresentar processos de atuação do Ministério Público acerca dos crimes patrimoniais; e, por fim, expor o déficit do acesso à justiça e a importância da defesa dos direitos difusos em juízo.

É de extrema importância o debate jurídico para discutir sobre a efetividade da tutela patrimonial e as problemáticas que a administração pública enfrenta, haja vista que quando se discute sobre o patrimônio público estamos falando da receita do Estado, de como os recursos estão sendo empregados, da efetividade do Ministério Público em punir e obter a justiça nos processos em que não se observou a probidade administrativa, e como se dá a responsabilidade de órgãos, gestores e servidores que forem de encontro aos princípios do Artigo 37 da Constituição Federal.

Não obstante, em que pese a divulgação do provimento de ações judiciais seja escassa, vindo a muitas vezes alimentar o sentimento de impunidade dos administrados, diversas atuações ministeriais vêm alcançando os fins almejados pelo legislador originário, sendo imprescindível que o debate e a exposição de tais ações dirijam o pensamento do público em geral para um novo dogma: a responsabilização pelo uso indevido de recursos público ser regra no ordenamento jurídico brasileiro.

## **Tutela Jurídica do Patrimônio Público**

### **Conceito e Desenvolvimento do Patrimônio Público**

A tutela jurídica do patrimônio público tem como cerne principal a salvaguarda de todos os bens pertencentes à administração pública e até mesmo o dinheiro destinado para este fim.

Na legislação brasileira já havia decretos prevendo sanções para os atos que importem prejuízo para a Fazenda Pública. Porém, destaca-se a Lei 4.717

de 29 de junho de 1965, que deu início a Ação Popular, um instrumento de propositura da ação pelo próprio cidadão, caso fosse conhecida alguma incongruência ou ilicitude no dever do administrador.

Com o advento da Constituição de 1988, o conceito de patrimônio público veio a se aperfeiçoar no Brasil, através dos os princípios que regem a Administração Pública, estes dispostos no art. 37 da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, dentre os quais está o da moralidade administrativa, que se pauta na observância da lealdade, probidade e boa-fé das funções exercidas dentro da administração, seja ela direta ou indireta. Desta forma, quando a conduta vai de encontro a algum princípio, ou a este princípio em específico, serão enquadrados nos casos de Improbidade Administrativa, que importarão na suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Não obstante, é cediço que a moralidade e ética são condutas subjetivas, portanto, fez-se necessária a criação de uma lei que delineasse de maneira mais objetiva os atos considerados ilícitos, então a Lei n. 8.429/92 ou a Lei de Improbidade Administrativa foi criada, dispondo acerca da definição de ato ilícito e classificação dos atos de improbidade administrativa, que importam em enriquecimento ilícito, danos ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública.

Como já foi dito anteriormente, os atos de improbidade administrativa importarão em suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. Salienta-se que conforme entendimento do STF, as ações de ressarcimento ao erário serão imprescritíveis.

## **Interesse e Legitimidade na Tutela do Patrimônio Público**

Dentro do processo, temos como tríade os institutos processuais que regem um processo, qual seja: Ação, Jurisdição e Processo. Neste tópico do artigo, destaca-se a ação, que é o instrumento que provoca a jurisdição, diante desta provocação, o Estado sai da inércia e profere uma decisão para dirimir um conflito. Uma das condições para propor qualquer ação judicial é o interesse. Conforme o Artigo 17 do CPC/15: “Para postular em juízo é necessário o interesse e a legitimidade”.

O Interesse Público é a comprovação do autor de justificar a relevância da ação para o postulante, o Ministério Público possui o interesse de tutelar as ações em que o Estado esteja sofrendo dano, principalmente no que concerne aos direitos coletivos e difusos.

Quanto à legitimidade, esta se classifica em ordinária e extraordinária, as hipóteses são abarcadas pela Lei, salvo quando o código permite o instituto

---

2 CF/88, art. 37: “A administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da união obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

do substituto processual, que será o interessado para postular a defesa dos direitos e interesses de outrem, não será o titular do direito aqui, mas será legitimado para concretizá-lo em algumas situações.

Havia uma antinomia jurídica entre tribunais que entendiam que o Ministério Público não teria legitimidade para postular pela Fazenda Pública e outros tribunais que entendiam que era possível o Ministério Público entrar com Ação Civil Pública, mas na condição de legitimado extraordinário, e quando se tratasse de direitos transindividuais.

Logo, para amenizar as discussões acerca do assunto, em 2006 o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 329, entendeu que o Ministério Público teria legitimidade para propor Ação Civil Pública em defesa do Patrimônio Público.

### **Função do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Público**

Para dar início a este tópico sobre o patrimônio público, devemos começar pela definição do Ministério Público dentro da Constituição Federal e seu papel para a ordem jurídica.

O Ministério Público é função essencial à justiça e sua atividade consiste em tutelar os interesses da sociedade, seja como *custos legis*, vide o artigo 179 do CPC, ou seja como parte do processo. Quando o Ministério público age como parte do processo, exerce a titularidade de Estado, quando pleiteia a ação de direito alheio em nome próprio e entra como substituto processual, torna-se parte processual.

Quando o Ministério Público tiver a faculdade de agir como *parquet* e não tiver manifestação, tampouco expresso que o Ministério Público deva atuar como *Custos Legis*, o magistrado deve chamar a interferência do Ministério Público ao processo.

A função do Ministério Público na defesa do patrimônio público é extraordinária, é o responsável por salvaguardar os interesses Transindividuais, entretanto é competência da Fazenda Pública tratar de problemas inerentes a sua própria competência e defender o próprio interesse em juízo.

Por ser um órgão desvinculado do poder executivo, legislativo e judiciário, o *parquet* tem mais autonomia e imparcialidade para propor ação civil sobre determinadas matérias, e a matéria acerca do Patrimônio Público é uma delas, pois aqui se trata em sua maioria das vezes, de atos ilícitos cometidos por funcionários de tais poderes, então a legitimidade extraordinária do Ministério Público traz mais segurança jurídica para perquirir a busca do direito diante da improbidade administrativa.

É foi por isso que o STF no RE 225.777 MG consolidou o entendimento do STJ no julgamento de restituição do dinheiro público desviado pelo prefeito de Viçosa-MG, dando legitimidade para o Ministério Público agir extraordinariamente através do instrumento da ACP.

Porém, ainda que o Ministério Público possa atuar em legitimidade ex-

traordinária, não poderá representar em juízo, isso porque a finalidade do Ministério Público aqui não é advogar para os entes e a administração, mas sim buscar o ressarcimento de danos e para anular ato que seja desfavorável para o interesse público.

Representar judicialmente da união, os estados e os municípios implicaria em uma advocacia ou consultoria jurídica, o que extrapola os limites de sua função. Enquanto a Fazenda Representa o Estado, o Ministério Público agiria como substituto processual, postularia em nome próprio defendendo o direito alheio.

## **Os Obstáculos Encontrados para a Tutela do Patrimônio Público**

Dentro da problemática do patrimônio público, deparamo-nos com a improbidade administrativa, também é visível que a sociedade recebe todo o ônus quando um agente público desvia o dinheiro da máquina ou depreda o patrimônio oriundo de tributos e verbas da própria população.

Um dos maiores problemas que encontramos entre o desvio exorbitante de verbas públicas, é o controle ineficaz do Tribunal de Contas. O Tribunal é responsável por fiscalizar as contas dos gestores<sup>3</sup> e de toda a administração pública em geral, porém, o seu ingresso para a carreira é disposto no Artigo 73 da CF, onde 1/3 das vagas de Conselheiro é por indicação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público de contas, e 2/3 escolhidos pelo Congresso Nacional (pelo princípio da equiparação, aqui seria Assembleia Legislativa).

Ou seja, a Assembleia Legislativa escolhe quem vai indicar para o conselheiro competente para julgar as contas da própria assembleia, tal fato corrobora para a violação do princípio da impessoalidade.

Não obstante, quanto ao procedimento licitatório, é comum falar-se em fraude à licitação, tais hipóteses de maior incidência são o superfaturamento e a contratação de serviços fantasmas. E muitas vezes, os partícipes dos esquemas licitatórios são as pessoas que trabalham diretamente com o controle licitatório e que possuem todas as informações referente ao procedimento, sempre visando uma compensação financeira.

A lesão ao patrimônio público afeta a sociedade de maneira difusa porque as verbas destinadas ao interesse público são desviadas em prol de ilegalidades, quando temos precariedade em todo o Estado do Amazonas, seja na capital ou seja em lugares de difícil acesso, na saúde, educação, infraestrutura e prestação de serviços.

---

3 F/88, Art. 71: O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de contas da união, o qual compete: II- Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Não é à toa que ao cometer o ilícito, o Ministério Público tem interesse, pois a improbidade fere os direitos difusos, além do que o guardião constitucional dos interesses que influenciam a sociedade em aspectos coletivos e difusos é o próprio órgão ministerial. Portanto, ao cometer um ilícito contra o patrimônio, este ilícito prejudicará diretamente ou indiretamente toda a camada da população.

## **Das Ações Propostas pelo Ministério Público**

No Estado do Amazonas, houve a operação da Polícia Federal intitulada “maus caminhos”, a corrupção de agentes públicos e a ineficiência dos órgãos de controle favoreceram ações de organizações criminosas, a Polícia Federal estima que o rombo dos cofres públicos ultrapassou cerca de 100 milhões em prejuízo para a fazenda pública.

Após provocação, a Procuradoria da República do Estado do Amazonas ofereceu a denúncia. A razão da denominação da operação “maus caminhos” se refere a Fundação Novos Caminhos, que era a instituição utilizada pelo grupo para desviar os recursos que a Secretaria de Saúde do Estado do Amazonas repassava para as entidades filantrópicas.

Ou seja, a entidade emitia uma nota de serviço, que era pago de forma superfaturada ou até mesmo simulada, sem a existência de pacientes naquela instituição. Conforme o Ministério Público Federal dispõe na página principal do site acerca da Operação:

A Operação Maus Caminhos é a investigação de corrupção com maior volume de recursos públicos, agentes públicos da alta cúpula envolvidos e número de fases de desdobramentos já conduzida pelos órgãos de fiscalização e controle no Amazonas. O valor preciso dos desvios praticados pela organização criminosa ainda não foi definido, devido ao fato de que há frentes da investigação ainda em aberto, mas estima-se que ultrapasse a casa dos R\$ 100 milhões.

Estima-se que dificilmente o dinheiro repassado será recuperado na sua integralidade, visto que este foi o maior caso de corrupção já ocorrido no Estado do Amazonas. Tais fatos ocasionaram uma crise no Sistema de Saúde do Estado e a cassação do mandato do ex-governador José Melo, o qual, conforme entendimento do STJ, possui foro privilegiado, pois o ilícito ocorreu durante o exercício do mandato de governador.

O processo ainda não transitou em julgado, porém esta operação prendeu alguns secretários e médicos que estavam envolvidos no esquema. É cristalino que o Ministério Público, atuando ativamente no processo, foi instrumento fundamental para a satisfação do direito.

Quanto ao MP do Estado Amazonas, no bojo do processo nº 0616599-81.2017.8.04.001, o Estado do Amazonas firmou um contrato de prestação de serviços com a Empresa “Umanizzare Gestão Prisional de serviços S/A”,

em que a obrigação da empresa era fornecer alimentação aos detentos, a prestação de assistência jurídica, psicológica, médica, odontológica, a garantia da segurança interna das unidades e a manutenção do presídio.

Conforme as fls. 2-3 dos autos do processo, no dia 01/01/2017 ocorreu uma rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim – COMPAJ, uma das maiores chacinas ocorridas em uma rebelião de presídio no Estado do Amazonas, que pôs um fim brutal a vida de diversos detentos.

Posteriormente, foi criado o grupo de enfrentamento da crise do sistema prisional, onde diversos órgãos atuaram na fiscalização dos presídios. Após, constataram que os presídios se encontraram em estado de abandono total, com a quebra de diversas cláusulas contratuais e situação precária, a qual contribuiu indiretamente para a ocorrência de uma rebelião.

Daí, o Ministério Público, ao ver a negligência da Empresa que ganhou a licitação e tinha como dever a prestação de qualidade e garantia de segurança no presídio, ajuizou Ação Civil Pública em face da Umanizzare.

No proferimento da sentença, o juízo entendeu que:

Apesar das dificuldades havidas e das falhas apontadas na execução do contrato, não se vislumbra conduta que configure inidoneidade da empresa requerida ou seja suficientemente grave para que lhe imputemos o impedimento de contratar ou o pagamento de multa contratual. Esta, aliás, caso fosse pertinente, deveria ser reclamada pelo ente estatal contratante que possa ter se sentido lesado ou mal assistido e não através de uma ação civil pública.

Portanto, ainda que o Ministério Público tenha procurado a reparação dos danos, o juízo entendeu que não se configurava inidoneidade ou má-fé da empresa, mas sim uma relação contratual entre o ente público e o particular em que houve a quebra de inúmeras cláusulas contratuais, cominando entre a suspensão e a rescisão dos contratos com o Estado, entendendo o juiz ser a penalidade suficiente para o caso em comento.

## **Conclusão**

É fundamental que o Ministério Público tenha legitimidade para ajuizar uma Ação Civil Pública, pois isso reforça ainda mais o acesso à justiça da sociedade brasileira, a obtenção de uma ordem jurídica justa e obstaculização das arbitrariedades pelos os entes da administração pública.

Os obstáculos encontrados no acesso à justiça, são de fato, empecilho à para atividade Ministerial. Pois, além da própria improbidade de gestores da máquina pública, é notória a inconsistência da forma de ingresso dos Conselheiros do Tribunal de Contas no cargo, pois abre as portas para maior influência do Poder Legislativo no Órgão de Contas.

É cristalino que falta imparcialidade nessa esfera, um método que assegure a impessoalidade do órgão para uma atribuição tão importante, pois

afinal, o tribunal é um dos maiores fiscalizadores da destinação financeira das Receitas do Estado. Sendo assim, passível de mudança através de uma Emenda Constitucional.

Apesar dos obstáculos ao patrimônio para a tutela efetiva do Ministério Público serem uma temática ampla, com inúmeros fatores que obstam o funcionamento efetivo da instituição, os resultados tendem a ser os mesmos, a precariedade em alguns sistemas quanto à saúde, educação, segurança pública e afins, são a soma da improbidade administrativa de políticos, funcionários da própria administração direta ou indireta que possuam um cargo de influência, cominado com fiscalização ineficiente dos tribunais.

O Conselho Nacional de Justiça, ao perceber a importância em dar atenção para as ações em desfavor do patrimônio público estipulou a meta de priorizar o julgamento a crimes relativos contra a administração pública, improbidade administrativa e ilícitos eleitorais, tendo como meta sanar 70% dos processos distribuídos até 2016, pois como já falado, o montante dos desvios prejudica alguma esfera que o Estado, como provedor, deveria tutelar, e a falta deste afeta a sociedade em aspectos difusos, e é aí que entra a importância de dar mais liberdade para o MP tutelar o Patrimônio.

Desta forma, não assiste razão que o Ministério Público não possa defender os interesses difusos em juízo, pois foi visto ao longo desta pesquisa a atribuição imprescindível do parquet na tutela do patrimônio público. Não que queira agir como advogado, ou que preste assistência jurídica, até porque essa não é a função ministerial, mas sim defender os interesses em juízo quando for legitimado, em detrimento dos interesses indisponíveis da sociedade, que diariamente são diminuídos pela improbidade administrativa.

## Referências

AMAZONIA REAL. **IPHAN concede licença prévia ao porto das lajes no encontro das águas em Manaus**. Disponível em: <https://amazoniareal.com.br/iphan-concede-licencaprevia-ao-porto-das-lajes-no-encontro-das-aguas-em-manaus/>. Acesso em: 25 de setembro de 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 de junho de 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 18 de junho de 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 16 de Março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 18 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de Junho de 1992**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)>. Acesso em: 18 de junho de 2020.

BUENO, Anderson Rosseti. SOUZA, Alyce da Silva. KELLY, Jullianny. AGUIAR,



Francinei Domingo. MOURA, Monique Silva Cintra. **Ação Popular:** do direito romano aos dias atuais. Publicado em 04/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65310/acao-popular-do-direito-romano-aos-dias-atuais>> Acesso em: 07 de agosto de 2020

BRASIL. **Lei n. 4.717, de 29 de Junho de 1965.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm)> Acesso em: 20 de julho de 2020.

CURI, Juliana Araújo Simões. **A Problemática do acesso à justiça no Brasil.** Disponível em: <<http://www.mpdf.tm.br/portal/index.php/mpdf-acao/recomendacoes-menu/2386-promotoria-de-justica-de-defesa-do-patrimonio-publico-e-social-prodep>>. Acesso em 14 de abril de 2020

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 30. ed. Rev.atual. e ampl. - Rio de Janeiro: forense 2017, p 1.006-1009.

DONIZETTE, Elpidio. **Das funções essenciais à justiça:** O ministério Público. Disponível em: <<https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/369709627/das-funcoes-essenciais-a-justica-o-ministerio-publico>> Acesso em 17 de junho de 2020

FIORETTO, Juliana. **A legitimidade no Ministério Público na ação civil pública.** Disponível em: <[https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_juliana.pdf](https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_juliana.pdf)>. Acesso em 18 de julho de 2020

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O ministério Público em defesa do Patrimônio Público.** Disponível em: <[http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/patrpub\\_MPC.pdf](http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/patrpub_MPC.pdf)>. acesso em 14 de abril de 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Defesa dos interesses difusos em juízo. **Conferência proferida no I ciclo de debates sobre a Ação Civil Pública.** Porto Alegre, fundação Escola Superior do Ministério público, 1985.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 7ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MP-AM. **Manual de atuação funcional do patrimônio público.** Disponível em: <<https://www.mpam.mp.br/attachments/article/5535/MANUAL%20DE%20ATUA%C3%87%C3%83O%20FUNCIONAL%20%20PATRIM%C3%94NIO%20P%C3%94BLICO.pdf>>. Acesso em 19 de julho de 2020.

MPF. **Operação maus caminhos.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/operacao-maus-caminhos/entenda-o-caso>. Acesso em 25 de setembro de 2020.

MP-GO. **As atribuições do Ministério Público na defesa do patrimônio público material e moral.** Disponível em: <https://www.mpam.mp.br/attachments/article/5535/MANUAL%20DE%20ATUA%C3%87%C3%83O%20FUNCIONAL%20%20PATRIM%C3%94NIO%20P%C3%94BLICO.pdf>. Acesso em 16 de junho de 2020.

MP-GO. **Manual de atuação na defesa do patrimônio público.** Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/portalweb/hp/6/docs/manualatuacaopatripu.pdf>> Acesso em 29 de julho de 2020

MP-MG. **Defesa do Patrimônio Público.** Disponível em: <<https://www.mpmg>

mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/patrimonio-publico/apresentacao/>  
acesso em 16 de abril de 2020.

PROCESSO Nº 0616599-81.2017.8.04.001. Disponível em: <<https://consultasaj.tjam.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>>. Acesso em: 25/09/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 225.777**, Relator(a): Min. Eros Grau, julgado em 24/02/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626787>> Acesso em: 18 de junho de 2020.

# A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA COMO MECANISMO PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS<sup>1</sup>

Ana Carla Werneck

Doutoranda na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora no Centro Universitário UniDomBosco

## Resumo:

O presente artigo analisa o cenário do Poder Judiciário do Estado do Paraná, especificadamente a Justiça Estadual na sua esfera do 1º grau de jurisdição. Tal desiderato é realizado à luz da chamada “crise do Poder Judiciário”, onde pretende-se compreender se o cenário deste recorte contribui para o panorama geral. Este objetivo será desenvolvido por meio da análise de dados do relatório Justiça em Números oriundo do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. A partir de tal pesquisa, concluiu-se que o Poder Judiciário do Estado do Paraná possui um acervo significativo de processos judiciais em trâmite e de tempo de julgamento. Ainda, que a solução para este cenário é a administração judiciária, por meio da figura do juiz-gestor. No que tange ao método utilizado na elaboração deste trabalho, será aplicado o dedutivo, com pesquisa qualitativa.

**Palavras-chave:** Crise do Poder Judiciário; Estado do Paraná; Administração da Justiça; Acesso à Justiça; Duração Razoável do processo.

## Introdução

É cediço que a morosidade, aliada muitas vezes à ineficiência, do Poder Judiciário, para cumprir a precípua função de garantir a efetiva tutela jurisdicional, é o que impacta na célere e eficaz resolução de conflitos da sociedade.<sup>2</sup>

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

2 Sergionei Correa chega a ponderar sobre a necessidade de uma nova modalidade de resolução de conflitos, confira-se: “*A sociedade contemporânea vivência um momento no qual não apenas os juristas, mas a comunidade em geral discute formas alternativa para o tratamento dos conflitos sociais, tendo em vista a sobrecarga e ineficácia das formas tradicionais estatizadas de resolução dos conflitos na modernidade-mundo.*”. CORRÊA, Sergionei. Repensando a Administração da Justiça e a Atividade Jurisdicional Adjudicatória diante da Crescente Complexidade dos Conflitos Contemporâneos. p. 351-370. In: BARBOSA, Claudia Maria; COUTO, Mônica Bonetti; FÉLIX, Ynes da Silva (org.). **Política judiciária, gestão e administração da justiça.**

Neste prisma é que se demonstrará que o Poder Judiciário do Estado do Paraná, por meio dos seus resultados contribui acentuadamente para o que se denomina de “crise do Poder Judiciário” ou “crise da morosidade”. Tal desiderato será realizado por meio do relatório Justiça em Números de titularidade do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. No que tange à metodologia, a abordagem será por meio da pesquisa qualitativa, e em relação ao procedimento a pesquisa será documental e bibliográfica. Ressalta-se, ainda, que o método será o dedutivo.

No intento do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional é que se apresentará a figura do juiz-gestor, faceta da administração judiciária, e que será apontado como ferramenta indispensável para a concretização do direito fundamental ao acesso à justiça com uma resposta em tempo razoável.

## O cenário do Poder Judiciário do Estado do Paraná

O relatório desenvolvido anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, denominado “Justiça em Números”, lançado no mês de agosto de 2020, referente ao ano de 2019, demonstra que o Poder Judiciário concluiu o ano de 2019 com 77.096.939 (setenta e sete milhões, noventa e seis mil e novecentos e trinta e nove) processos em tramitação (ativos)<sup>3</sup>. Dos quais 61.209.295 (sessenta e um milhões, duzentos e nove mil e duzentos e noventa e cinco), que corresponde a aproximadamente 79,4% do total, em andamento perante à Justiça Estadual<sup>4</sup>.

O abarrotamento das unidades jurisdicionais é algo reluzente, ao passo em que preocupante, na medida em que o volume se torna exacerbado diante da estrutura atual, de forma que chega a concluir o CNJ que “*mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 2 meses de trabalho para zerar o estoque*”<sup>5</sup>.

A realidade do Poder Judiciário do Estado do Paraná, não é diferente a dos demais Tribunais Estaduais, bem como vem a corroborar com os resultados das estatísticas concluídas pelo referido órgão.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de acordo com a classificação desenvolvida pelo CNJ<sup>6</sup>, é de grande porte. O grupo é composto, em ordem decrescente, pelos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais,

---

Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 365.

3 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2020. p. 49.

4 Ibid., p. 48.

5 Ibid., p. 93.

6 “*Para a categorização por porte, foram consideradas as variáveis: despesas totais; casos novos; processos pendentes; número de magistrados; número de servidores (efetivos, requisitados, cedidos e comissionados sem vínculo efetivo); e número de trabalhadores auxiliares (terceirizados, estagiários, juízes leigos e conciliadores).*” Ibid., p. 38.

Paraná e, por último, o Rio Grande do Sul<sup>7</sup>.

Na perspectiva do ano de 2019, a Justiça Estadual do Paraná: i) atingiu como *escore* o índice de 0,540 (resultado dos parâmetros); ii) dispendeu R\$2.827.494,419 (dois bilhões, oitocentos e vinte e sete milhões, quatrocentos e nove e quatro mil e quatrocentos e dezenove reais) com a Justiça; iii) recebeu 1.365.021 (um milhão, trezentos e sessenta e cinco mil e vinte e um) processos novos; iv) finalizou o ano com 3.760.331 (três milhões, setecentos e sessenta e cinco mil e trezentos e trinta e um) casos pendentes; e, v) seu quadro de pessoal era de 922 (novecentos e vinte e dois) magistrados e 18.377 (dezoito mil e trezentos e setenta e sete) servidores e auxiliares da justiça<sup>8</sup>.

Outro dado de extrema relevância, precipuamente para o foco deste estudo, é a carga de trabalho do magistrado por tribunal, aonde o 2º grau de jurisdição teve o patamar de 3.060 (três mil e sessenta) processos, ao passo em que o 1º grau de jurisdição atingiu a quantia de 7.126 (sete mil, cento e vinte e seis) processos por magistrado<sup>9</sup>.

Sobreleva-se, ainda, dois indicadores de desempenho utilizados pelo CNJ que são de grande valia para o presente estudo: a taxa de congestionamento e o Índice de Atendimento à Demanda (IAD). O primeiro “mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos”<sup>10</sup>. Aponta-se, ainda, que “a taxa de congestionamento líquida, por sua vez, é calculada retirando do acervo os processos suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório”<sup>11</sup>. O segundo indicador “o IAD, por sua vez, reflete a capacidade das cortes em dar vazão ao volume de casos ingressados. Quando o índice é inferior ao patamar de 100%, há aumento no número de casos pendentes”<sup>12</sup>.

Restou evidenciado, que a taxa de congestionamento total da Justiça Estadual do Paraná, especificadamente do primeiro grau de jurisdição, foi de 76% (setenta e seis por cento)<sup>13</sup>. Isso significa que, tomando-se por base o número de casos julgados, bem como a conceituação do indicador, restou pendente de julgamento, aproximadamente, 1.230.085 (um milhão, duzentos e trinta mil e oitenta e cinco) processos<sup>14</sup>.

O Índice de Atendimento à Demanda (IAD), por sua vez, também conhecido como índice de desobstrução, resultou em 90% (noventa por cen-

7 Ibid., p. 42.

8 Id.

9 Ibid. p. 135.

10 Ibid., p. 112.

11 Id.

12 Id.

13 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**: (...) Op. cit., p. 145.

14 Chegou-se a este montante através da soma dos casos novos e dos pendentes e, por fim, traduziu-se o percentual em razão do destinado a taxa de congestionamento.

to)<sup>15</sup>, logo, a Justiça Estadual do Paraná, especificadamente o primeiro grau de jurisdição, deixou de julgar 10% (dez por cento) dos processos que ingressaram no ano de 2019.

Por fim, um dado de extrema importância também, é o tempo médio de tramitação do processo judicial da petição inicial até a prolação da sentença, que é, de acordo ainda com o referido relatório, de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses.<sup>16</sup>

O tempo de tramitação do processo judicial como um requisito de análise é algo que impacta na concretização da garantia, que além de esculpida na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LXXVIII, é também um direito humano, vez que previsto no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º que trata sobre as Garantias Judiciais.

No intuito de demonstrar que esta realidade vem de alguns anos, trazem-se à lume o Projeto de Monitoramento de Varas Judiciais - Relatório 2008 desenvolvido pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná. O referido projeto recebeu, em 25/02/2010, o denominado “Prêmio Nacional de Estatísticas Judiciárias” (na categoria “órgãos judiciários”), promovido pelo Conselho Nacional de Justiça. O projeto apurou a média da duração dos processos em varas cíveis e criminais do Estado do Paraná/BR.

Constata-se da análise dos dados lá apontados, que à época algumas Comarcas atingiram um patamar bem diferenciado, em que a média da duração do processo foi de 74 meses – na Lapa, o que equivale a pouco mais de 6 anos, e outra a 52 meses – Clevelândia, que corresponde a mais de 4 anos de tramitação até a resposta jurisdicional.<sup>17</sup>

Muito mais eficaz, todavia, do que saber o tempo de tramitação final do processo judicial, é ter consciência sobre o seu andamento, para ter conhecimento o motivo pelo qual o processo teve aquela duração. Nesse sentido, vale trazer à lume o resultado do estudo realizado por Richard Beckers e a professora Claudia Maria Barbosa, em pesquisa que compõe o projeto Limites e possibilidades da Eficácia da Prestação Jurisdicional no Brasil, que analisaram uma determinada quantidade de processos, em três varas cíveis da Comarca de Curitiba e constataram, além de outros pontos interessantes,

que parte do tempo total de duração do processo é gasto durante período de sobrestamento, ou seja, no período em que o processo fica parado aguardando o impulso seguinte: realização de audiência, decisão proferida em recurso que concede efeito suspensivo a decisões de primeiro grau, decisão dos tribunais superiores determinando o sobrestamento do feito em virtude do reconhecimento de repercussão

15 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**: (...) Op. cit., p. 143.

16 Ibid., p. 185.

17 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Projeto de Monitoramento de Varas Judiciais: relatório 2008. Coord. Leonardo Lustosa, Osvaldo Canela Junior. Curitiba: Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/177291/Projeto+de+Monitoramento+de+Varas+Judiciais+-+Relat%C3%B3rio+2008>>. Acesso em: 20 out. 2020. p. 40.

Logo, restou demonstrado que, ao contrário, inclusive do que muitos sustentam, o maior fator para a morosidade da prestação jurisdicional é o gerenciamento do andamento do processo dentro da própria unidade judiciária.

Diversos fatores foram indicados como ensejadores para o que se denomina de “Crise do Poder Judiciário”<sup>19</sup>, tais como a precariedade de estrutura física, o número insuficiente de magistrados e serventuários, a ampliação do acesso à justiça ao cidadão, a negligência dos Poderes Executivo e Legislativo.<sup>20</sup> Porém, além de tais circunstâncias (embora interligadas, vez que todos são integrantes da administração da justiça), resta, também, evidente a ineficiência do gerenciamento do Poder Judiciário, seja pela falta de: investigação e conhecimento de aptidões do pessoal (gestão de pessoas); de mapeamento dos processos de trabalho, por meio, por exemplo dos indicadores (gestão de processos); gerenciamento do quadro de pessoas em razão das suas competências (gestão por competência); ou, por fim, pela inexistência de um planejamento estratégico (gestão estratégica).

Desta feita, tem-se que o método da administração judiciária hoje utilizado (se é que podemos considerar a existência de algum modelo) não acompanhou o desenvolvimento da sociedade globalizada, logo, é por meio do seu aperfeiçoamento e aplicabilidade que haverá a melhora na prestação jurisdicional, com a concretização dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e à duração razoável do processo judicial.

## O Juiz-Gestor como instrumento da administração judiciária

No Brasil, a administração judiciária começou a ser alvo de estudos no ano de 2000, com a promoção de Congresso sobre o tema, pelo Conselho da Justiça Federal. Ao longo dos anos a temática teve uma evolução significativa no seu desenvolvimento e aplicabilidade<sup>21</sup>, entretanto, ainda há muito a

18 BECKERS, Richard; BARBOSA, Claudia Maria. **A distribuição do tempo dos atores judiciais em processos jurídicos**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=66a168785ed58b2b>>. Acesso em: 02 nov. 2020. p. 12-13.

19 Claudia Maria Barbosa traça um apanhado geral sobre a temática ao tratar sobre a crise de função do Poder Judiciário Brasileiro. Ver: BARBOSA, Claudia Maria. Crise e Reforma do Poder Judiciário Brasileiro: Análise da Súmula Vinculante. p. 21-40. In: FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Dario Almeida Passos de. **Direito e administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 21-30.

20 Nesse sentido, ponderam Martha Franco Leite e Gabriela Maia Rebouças ao afirmar que “*sob o foco da inaptidão dos instrumentos legislativos a crise pode ser vista por vários matizes, e também: (i) sob a ótica quantitativa da gestão dos processos, da tramitação propriamente e do enfrentamento de um Judiciário ‘afogado’; (ii) sob a ótica qualitativa das expectativas sociais de materialização de direitos e do grau de confiabilidade na prestação jurisdicional estatal.*”. LEITE, Martha Franco; REBOUÇAS, Gabriela Maia. Desafios de um Judiciário Brasileiro em Números: a modernização a serviço de que(m)? p. 64-81. In: BARBOSA, Claudia Maria; CARVALHO NETO, Frederico da Costa; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Política judiciária e administração da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 66.

21 FREITAS, Vladimir Passos de. Eficiência em pauta. Considerações sobre a ad-

trilhar, até porque não se atribui à administração judiciária a importância que lhe é devida, pois “a) não faz parte do currículo das faculdades de direito; b) não figura nas escolas da magistratura; c) são poucos os estudos, (...); d) cada tribunal tem o seu modelo de administração, via de regra sem transmiti-lo aos demais; (...)”<sup>22</sup>.

A administração judiciária, que é instituto inserido na administração da justiça, pode ser conceituada como sendo um conjunto de ferramentas e técnicas, que, implementadas no Poder Judiciário, independentemente da sua esfera, por intermédio de objetivos, metas e planejamento, tem como finalidade primordial, dentre outras, a entrega de uma prestação judiciária eficiente e efetiva ao cidadão.

A administração judiciária encontra justificativa, precipuamente, no fato de que é uma técnica de gerenciamento que pode ser aplicada, num primeiro momento, com as ferramentas que o Poder Judiciário já possui, apenas com a mudança de rotinas de trabalho, por exemplo. Até porque não se poderia cogitar em aumentar o corpo de trabalho, seja por juízes ou servidores, pois seria, no mínimo, algo paliativo, em razão do número crescente de demandas. Nesse sentido Ney Wiedermann Neto aponta que “a experiência amalhada pela ciência da Administração releva que a melhoria dos processos de trabalho pode contribuir significativamente para o aumento de produtividade, mesmo que mantidas as bases de mão-de-obra e recursos materiais disponíveis”.

23

A necessidade de aplicabilidade das ferramentas da administração está muito mais presente no Poder Judiciário do que se conjectura, pois encontra-se o exercício das funções de gestão em todas as suas esferas. Desde o chefe de secretaria, ao administrar Secretaria, o secretário que exerce tais atividades em nível de 2º grau de jurisdição, o magistrado que deve administrar a unidade jurisdicional, o desembargador do seu gabinete, o diretor do Foro pela Comarca como um todo e o Presidente do Tribunal que administra de uma maneira geral.<sup>24</sup>

Neste escopo é que surge a figura do que se denomina de “juiz-gestor”. Também denominado juiz-administrador, o juiz-gestor, “de acordo com as competências e habilidades dos servidores a ele subordinados, deve delegar atividades, definir rotinas, ditar o ritmo e a organização do trabalho, todas atividades-meio que são essenciais ao atendimento de sua atividade-fim, a pres-

---

ministração da justiça. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-nov-08/consideracoes\\_administracao\\_justica](http://www.conjur.com.br/2006-nov-08/consideracoes_administracao_justica)>. Acesso em: 10 nov. 2020. p. 3.

22 Ibid., p. 2.

23 WIEDERMANN NETO, Ney. Gestão de gabinetes de magistrados nas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. In: **Coletânea de trabalhos de conclusão de curso apresentados ao programa de capacitação em poder judiciário**: FGV Direito Rio. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2010. v. 9. p. 86.

24 Ibid., p. 47.



tação jurisdicional”<sup>25</sup>.

Eliane Garcia NOGUEIRA, neste passo, resume o papel do juiz-gestor como aquele responsável pela administração da sua unidade jurisdicional. Ao juiz-gestor compete coordenar “todo o serviço judiciário, de modo a permitir a esperada produtividade jurisdicional”<sup>26</sup>.

Neste viés, Marcelo Malizia CABRAL aponta a característica de “ser gestor”, dentre os atributos que ele entende que seria o ideal para um novo perfil de juiz, vejamos: “construindo um novo perfil de magistrado, pragmático, inteligível, gestor, participativo, questionador, líder, multidisciplinar, agente político, transformador”<sup>27</sup>.

Assim,

queira ou não, goste ou não, o juiz precisa ter, além do conhecimento técnico-jurídico, conhecimentos básicos de gestão, até porque, no relacionamento com os servidores, é visto como quem deverá orientar e gerir o funcionamento do juízo a que responde. Questões envolvendo análise do clima organizacional, motivação, liderança, relacionamento interpessoal, comunicação, estímulo aos desempenhos e à inovação fazem parte da atividade do magistrado da pós-modernidade. A nova teoria humanista da administração valoriza a pessoa humana como valor fundamental de qualquer instituição que queira prestar um serviço de qualidade.<sup>28</sup>

O papel de juiz-gestor deve ser exercido na unidade jurisdicional como um todo, ou seja, tanto no seu gabinete quanto no Cartório/Secretaria. Todavia, independentemente do local – se Cartório/Secretaria ou gabinete, a atividade de gestão do magistrado deve centrar-se em quatro funções administrativas: “o planejamento, a organização, a liderança e o controle”.<sup>29</sup> No entanto, algumas modalidades de gerenciamento podem variar de acordo com o local. Por exemplo, quando tratamos da gestão de pessoas que, notadamente, deve ser mais intensa (se utilizar de mais ferramentas e com mais frequência) quando se tem um maior número de pessoas, que geralmente é no Cartório/Se-

25 KOURY, Suzy Cavalcante. **Planejamento Estratégico do Poder Judiciário: o papel das Escolas Judiciais**. Disponível em: <[http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2010/02/TD06\\_SuzyKouryCorrigido\\_8\\_PLANEJAMENTO-ESTRAT%-C3%89GICO-DO-PODER-JUDICI%C3%81RIO-O-PAPEL-DAS-ESCOLAS-JUDICIAIS.pdf](http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2010/02/TD06_SuzyKouryCorrigido_8_PLANEJAMENTO-ESTRAT%C3%89GICO-DO-PODER-JUDICI%C3%81RIO-O-PAPEL-DAS-ESCOLAS-JUDICIAIS.pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2020. p. 3.

26 NOGUEIRA, Eliane Garcia. **Gestão Estratégica de Vara**. p. 91-155. In: **Coletânea de trabalhos de conclusão de curso apresentados ao programa de capacitação em poder judiciário**: FGV Direito Rio. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2009. v. 5. p. 93.

27 CABRAL, Marcelo Malizia. **Administração Judiciária: caminho para a construção de um Judiciário mais eficiente e legítimo**. Disponível em: <[http://www.amb.com.br/index\\_.asp?secao=artigo\\_detalhe&art\\_id=1497](http://www.amb.com.br/index_.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=1497)>. Acesso em: 13 nov. 2020. Devendo, portanto, deixar de lado “o antigo modelo de juiz, burocrata, erudito, reservado, inerte, focado somente no saber jurídico”. Id.

28 BACELLAR, Roberto Portugal. **Juiz Servidor, Gestor e Mediador**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2013. p. 31.

29 Id.

cretaria, pois onde se concentram a maior parte das tarefas que dão o suporte para o comando jurisdicional.

Assim é que, quando tratamos do gerenciamento a ser realizado pelo juiz-gestor dentro do seu gabinete<sup>30</sup>, a gestão de processos, gestão por competência e gestão estratégica devem estar mais presentes. De forma que “a atuação do magistrado ao planejar o trabalho do seu gabinete está associada à função jurisdicional. Consiste, principalmente, em estabelecer metas junto com a sua equipe para o julgamento dos processos que lhe são afetos”.<sup>31</sup>

Na seara de atuação dentro do Cartório/Secretaria, deve se dar precisamente por meio do planejamento das rotinas dos servidores, do que se deve ou não fazer e como fazer. Tudo isso a fim de evitar os chamados “tempos mortos” ou também chamados de “tempo improdutivo”<sup>32</sup>, que irão impactar, certamente, na duração da prestação jurisdicional ao final.<sup>33</sup>

Neste último contexto, vale notar que “são inúmeras as técnicas disponíveis para conferir maior otimização à prestação jurisdicional”.<sup>34</sup> Para a finalidade que se destina o presente estudo, importante trazer à baila dois institutos originados do juiz-gestor, que são a Portaria, que delega atos ao Cartório/Secretaria para cumprimento e a Ordem de serviço, que dispõe a forma de conclusão dos processos judiciais. Ambas são ferramentas de grande impacto para o gerenciamento da unidade jurisdicional.

A portaria é um instrumento administrativo pelo qual o magistrado delega atos de mero expediente ao Cartório/Secretaria. Paulo Eduardo Alves da Silva, sintetiza, que a portaria se consubstancia em “uma lista de atos que o cartório pode determinar sem intermediação judicial”.<sup>35</sup> Tais atos, todavia,

---

30 Alerta Ney Wiedermann Neto que “o planejamento das atividades do gabinete pode ser entendido como uma espécie de planejamento operacional. Porém deve visualizar a Instituição como um todo, e não o gabinete de modo isolado desse verdadeiro organismo. É necessário o planejamento estratégico do Poder Judiciário para que os próprios planos de ação do gabinete estejam com ele alinhados”. WIEDERMANN NETO, Ney. Gestão de gabinetes de magistrados nas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Op. cit., p. 25.

31 Acrescenta, ainda, o referido autor que “em se tratando de magistrado do segundo grau de jurisdição – desembargador ou juiz de direito convocado – é oportuno o planejamento em conjunto com os demais colegas e a definição de metas comuns de produtividade para a própria Câmara Cível que integram”. Ibid., p. 32.

32 “Os “tempos mortos” ou “tempo improdutivo” constituem-se em característica marcante na organização procedimental burocrática pelo qual os andamentos dos feitos são submetidos a uma cadeia fluxogramática para práticas de atos formais e de registro, sem nenhum valor agregado à solução finalística ou decisional”. CALHÃO, Antônio Ernani Pedroso. **Justiça Célere e Eficiente**: uma questão de governança. São Paulo: LTr, 2010. p. 279.

33 Nesse sentido reforça Paulo Eduardo Alves da Silva: “Para que o processo ganhe celeridade seria preciso planejar macroscopicamente a fluência das atividades do cartório, eliminando o represamento nos “gargalos””. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

34 CAHALI, Cláudia Elisabete Scherz. **O gerenciamento de processos judiciais**: em busca da efetividade da prestação jurisdicional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 164.

35 SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. Op. cit., p. 74.

não devem ter cunho decisório. Podendo, assim, ser entendidos como sendo atos que não provocam prejuízos para as partes. Logo, são os que tem o condão de impulsionar o processo, relativos ao próprio rito processual, como também impedir ou sanar eventual irregularidade.

A ordem de serviço, por sua vez, é a ferramenta pela qual o magistrado institui a metodologia que deverá ser feita a ele a remessa dos autos. Ela é um segundo passo após a implementação da delegação de atos, pois neste momento parte-se da premissa que o processo a ser analisado não necessita de um despacho de mero expediente.

O objetivo desta ferramenta é propiciar ao magistrado a análise do processo de acordo com as suas peculiaridades. Precipuamente no que tange a sua urgência e as prioridades legais, além de permitir a maior celeridade na sua análise, em razão da identificação prévia da matéria dos autos, por exemplo.

À vista dos aspectos traçados sobre o perfil do juiz-gestor, podemos assegurar que o seu papel vai além da sua atividade-fim, de processar e julgar, em razão de que a atividade-meio (que é realizada por meio da implementação da administração judiciária na unidade jurisdicional) é de extrema importância para que se possa ter uma resposta jurisdicional de acordo com os direitos fundamentais constitucionais, precipuamente ao da duração razoável do processo.

## **Considerações finais**

A falta de gestão judiciária no Poder Judiciário brasileiro e, aqui, como foco de estudo, especificadamente o Estado do Paraná, possui uma relevante parcela de contribuição para o que se denomina de “crise do Poder Judiciário” ou até mesmo “crise da morosidade”. Isso porque a falha da prestação jurisdicional, fica evidente quando se avalia a grande quantidade de processos que estão em tramitação em comparação com a estrutura do Judiciário, por meio da quantidade de magistrados, a quantidade de julgamentos e de demandas ajuizadas por ano.

O Poder Judiciário do Estado do Paraná, especificadamente quando falamos da Justiça Estadual, demonstra exatamente o cenário acima apontado e isto fica ainda mais reluzente quando analisamos os índices de desempenho formulados pelo Conselho Nacional de Justiça, os quais demonstram que em que pese o número de processos julgados, não se consegue por fim ao mesmo número de demandas que ingressam, ocasionando, assim, um acervo considerável.

Assim é que ingressa o papel da administração judiciária, por meio da figura do juiz-gestor. Ele pode ser entendido como sendo àquele juiz que deve reunir as modalidades de gestão de pessoas, de processos, por competência e estratégica, desenvolvendo uma aptidão de gerenciamento e de liderança. Para tanto, deve também manter a preocupação constante com o aperfeiçoamento das rotinas diárias e dos processos de trabalho tanto do Cartório/Secretaria

quanto do gabinete, tudo isso a fim de buscar a excelência das atividades-meio e, conseqüentemente, da atividade-fim do Poder Judiciário, que é a prestação jurisdicional.

Logo, a mudança da perspectiva do juiz-artesanal para o juiz-gestor, com a conseqüente aplicabilidade das ferramentas da administração judiciária, notadamente ensejará em melhoramento na prestação jurisdicional paranaense, com a devida concretização do direito fundamental ao acesso à justiça com uma resposta em tempo razoável.

Considerando, assim, a importância que a temática enseja, bem elucidada o professor Vladimir Passos de Freitas que “a política judiciária e a administração da Justiça não são mais problemas exclusivos dos juizes, mas sim de toda a sociedade”<sup>36</sup>.

## Referências

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juiz Servidor, Gestor e Mediador**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2013.

BARBOSA, Claudia Maria. Crise e Reforma do Poder Judiciário Brasileiro: Análise da Súmula Vinculante. p. 21-40. In: FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Dario Almeida Passos de. **Direito e administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006.

BECKERS, Richard; BARBOSA, Claudia Maria. **A distribuição do tempo dos atores judiciais em processos jurídicos**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=66a168785ed58b2b>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Projeto de Monitoramento de Varas Judiciais**: relatório 2008. Coord. Leonardo Lustosa, Osvaldo Canela Junior. Curitiba: Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/177291/Projeto+de+Monitoramento+de+Varas+Judiciais+-+Relat%C3%B3rio+2008>>. Acesso em: 20 out. 2020.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Administração Judiciária**: caminho para a construção de um Judiciário mais eficiente e legítimo. Disponível em: <[http://www.amb.com.br/index\\_.asp?secao=artigo\\_detalhe&art\\_id=1497](http://www.amb.com.br/index_.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=1497)>. Acesso em: 13 nov. 2020.

CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. **O gerenciamento de processos judiciais**: em busca da efetividade da prestação jurisdicional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CALHÃO, Antônio Ernani Pedroso. **Justiça Célere e Eficiente**: uma questão de governança. São Paulo: LTr, 2010.

CORREA, Sergionei. Repensando a Administração da Justiça e a Atividade

---

36 FREITAS, Vladimir Passos de. Eficiência em pauta. Considerações sobre a administração da justiça. Op. cit., p. 2.

Jurisprudencial Adjudicatória diante da Crescente Complexidade dos Conflitos Contemporâneos. p. 351-370. In: BARBOSA, Cláudia Maria; COUTO, Mônica Bonetti; FÉLIX, Ynes da Silva (org.). **Política judiciária, gestão e administração da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

FREITAS, Vladimir Passos de. Eficiência em pauta. Considerações sobre a administração da justiça. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-nov-08/consideracoes\\_administracao\\_justica](http://www.conjur.com.br/2006-nov-08/consideracoes_administracao_justica)>. Acesso em: 10 nov. 2020.

KOURY, Suzy Cavalcante. **Planejamento Estratégico do Poder Judiciário: o papel das Escolas Judiciais**. Disponível em: <[http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2010/02/TD06\\_SuzyKouryCorrigido\\_8\\_PLANEJAMENTO-ESTRAT%C3%89GICO-DO-PODER-JUDICI%C3%81RIO-O-PAPEL-DAS-ESCOLAS-JUDICIAIS.pdf](http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2010/02/TD06_SuzyKouryCorrigido_8_PLANEJAMENTO-ESTRAT%C3%89GICO-DO-PODER-JUDICI%C3%81RIO-O-PAPEL-DAS-ESCOLAS-JUDICIAIS.pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2020.

LEITE, Martha Franco; REBOUÇAS, Gabriela Maia. Desafios de um Judiciário Brasileiro em Números: a modernização a serviço de que(m)? p. 64-81. In: BARBOSA, Cláudia Maria; CARVALHO NETO, Frederico da Costa; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Política judiciária e administração da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

NOGUEIRA, Eliane Garcia. Gestão Estratégica de Vara. p. 91-155. In: **Coletânea de trabalhos de conclusão de curso apresentados ao programa de capacitação em poder judiciário**: FGV Direito Rio. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2009. v. 5.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WIEDERMANN NETO, Ney. Gestão de gabinetes de magistrados nas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. In: **Coletânea de trabalhos de conclusão de curso apresentados ao programa de capacitação em poder judiciário**: FGV Direito Rio. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2010. v. 9.

# MEDIAÇÃO COLETIVA NA AMAZÔNIA: USINA HIDRELÉTRICA DO RIO MADEIRA E PROJETO DE ASSENTAMENTO JOANA D'ARC

Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia – Unir, Professora de Direito Civil na Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON, Magistrada do Tribunal de Justiça de Rondônia

## Resumo:

Assentamento Joana D'Arc, representado por associações e cooperativas, e Usina Hidrelétrica Santo Antônio entabularam acordo envolvendo 800 famílias, com adesão de 75% dos envolvidos, por meio da mediação. Evidenciou-se a necessidade de reconhecimento da comunidade, de seus símbolos, organização e constituição, propiciando-se, durante as 25 sessões realizadas, o diálogo entre corporação e comunidade atingida, na busca por reconhecimento e compreensão mútuos. O objetivo é analisar a mediação como instrumento emancipatório e transformativo das identidades coletivas, estabelecendo espaço democrático de debate e alternativas à transformação do conflito. Utilizou método indutivo durante a revisão da literatura, com base em Sen, Habermas, Honneth, Boaventura, Almeida, Warat, Barth e Taylor, e pesquisa documental. Os resultados indicaram que a mediação visibiliza a interdependência entre os diversos atores, oportunizando o reconhecimento e o protagonismo dos envolvidos na solução do conflito.

**Palavras-chave:** Mediação; Transformativa; Emancipação; Teoria do Reconhecimento; Sistemas.

## Introdução

A partir do estudo de caso da ação civil pública<sup>1</sup> ajuizada pelo Minis-

---

1 Processo 0014433-03.2012.8.22.0001 - 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Porto Velho-Rondônia. “O Ministério Público do Estado de Rondônia ingressou com uma ação civil pública em que pretendia a condenação da empresa Santo Antônio Energia S/A em obrigação de fazer consistente em: Promover a desapropriação e o reassentamento de moradores impactados pelo empreendimento nos locais indicados; Pagar indenização de benfeitorias realizadas; Fornecer assistência técnica, máquinas agrícolas e correção do solo (adubo e calcário), casa própria; Pagar as dívidas junto ao INCRA com vistas a pos-

tério Público do Estado de Rondônia em face da Usina Hidrelétrica Santo Antônio Energia S. A., buscando o reassentamento dos ocupantes do Projeto de Assentamento Joana d'Arc I, II e III, com cerca de 800 famílias atingidas pelo empreendimento, relatando perdas da produção, desequilíbrio ambiental e modificação das condições do território, em que ocorreu o julgamento de procedência parcial e em grau de recurso, o relator determinou que fosse submetido à mediação, a pedido das Associações e Cooperativas que se habilitaram como terceiras interessadas, suspendendo-se o julgamento.

O objetivo deste artigo é analisar a mediação como instrumento emancipatório e transformativo, de empoderamento e protagonismo às identidades coletivas, propiciando o espaço democrático de debate e alternativas à transformação do conflito.

O problema que norteará o estudo é se a mediação de conflito coletivo entre Usina Hidrelétrica, Associações, Cooperativas e Ministério Público pode construir espaço público para exercício das liberdades substantivas e capacidades, buscando o reconhecimento das identidades coletivas e da comunidade, a partir de seus símbolos e da forma como se organizam e se constituem, propiciando-se, por meio da mediação, este encontro comunicativo entre corporação e comunidade atingida, na busca por reconhecimento e compreensão mútuos

Utilizou método indutivo durante a revisão da literatura, com base em Sen, Habermas, Honneth, Boaventura de Souza Santos, Alfredo Wagner Berino de Almeida, Luis Alberto Warat, Barth e Taylor, além de pesquisa documental no processo judicial.

## **Liberdade Substantiva e capacidades**

A partir da pesquisa sobre liberdade substantiva e capacidades com base em Souza e Aquino, Zambam e Amartya Sen, observa-se a manifestação da liberdade substantiva e das capacidades no processo de mediação.

A mediação, como método de solução autocompositivo facilitado por

---

sibilitar a obtenção do título definitivo da terra, bem como assegurar os direitos sociais previstos no art. 6º da CF/88; Cumprir determinadas condicionantes da Licença Prévia, notadamente quanto a compatibilização da oferta de serviços públicos (transporte, educação, saúde, saneamento, segurança, subsistência, assistência técnica); Cumprir condicionantes indicadas da Licença de Instalação, notadamente quanto a reinserção social e recomposição da qualidade de vida das famílias não proprietárias da *área* de influência direta do empreendimento; Cumprir a condicionante da Licença de Operação, referente a implementação dos programas junto aos Projetos Joana d'Arc I, II, III: Programa de Monitoramento do Lençol Freático; Programa de Comunicação Social; Programa de Saúde Pública; Programa de Remanejamento da População Atingida; Programa de Recuperação da Infraestrutura Afetada; Programa de Compensação Social; Programa de Apoio à Atividade de Turismo e Lazer; Plano Ambiental de Conservação e Uso do Entorno do Reservatório, sendo que o enchimento do reservatório, nas etapas 2 e 3 se encontra condicionado ao cumprimento efetivo destes programas; Indenizar por dano moral coletivo e dano social a comunidade dos moradores atingidos dos projetos que especifica". (BALDAN, 2019)

um ou mais facilitadores, é indicada para relações continuadas, pessoais ou territoriais, principalmente por propiciar uma comunicação mais efetiva entre as partes, utilizando-se das técnicas adequadas para cada tipo de conflito.

Quando o conflito emerge de grandes projetos de infraestrutura, ocorre uma ruptura no modo de vida e no sistema das comunidades ali preestabelecidas, que é subdimensionado pelos setores governamentais responsáveis pela análise prévia dos projetos (DIEGUES, 2000; RODRIGUES, 2012).

Souza e Aquino afirma que “as liberdades substantivas servem como forte referência aos direitos civis e políticos básicos e indispensáveis; sendo assim, quando se torna ausente, influenciam de forma negativa na efetiva participação do indivíduo na sociedade” (2017, p. 231).

Para a inclusão do indivíduo na comunidade, e possibilitar sua participação com escolhas refletidas, os envolvidos, exercendo as liberdades substantivas, como defende Zambam, devem buscar a satisfação de diversas dimensões essenciais, não só a realização individual, mas também a interação com o ambiente em que vive e o desenvolvimento de uma sociedade.

Para Amartya Sen “[...] as liberdades substantivas são alcançadas por meio das condições que são proporcionadas para os indivíduos. Essas condições são as chamadas *capabilities* e são a principal forma e garantia para que haja o exercício das liberdades substantivas. Portanto, as *capabilities* e liberdades substantivas contribuem para a “realização de combinações alternativas de funcionamento” (SEN, 2000, p. 92).

As liberdades substantivas que estabelecem as condições necessárias para a livre participação e possibilidades nos mais diversos espaço da sociedade, sem qualquer tipo de exclusão, discriminação ou constrangimento.

Sen (2011, p. 269) reforça ainda que a abordagem das capacidades compreende que “os meios para uma vida humana satisfatória não são em si mesmo os fins da boa vida ajuda a gerar um aumento significativo do alcance do exercício avaliativo”, isto é, a liberdade não é vista apenas como fim a ser alcançado, mas também instrumental, opção pelo meio que se pretende alcançar e concretizar efetivamente.

Oportunizar que as pessoas envolvidas no conflito possam exercer sua liberdade substantiva, instrumentaliza uma das capacidades do ser humano de buscar se apropriar, analisar e decidir, dentre as possibilidades postas, aquela que mais se coaduna com seu bem-estar, com seu modo de vida, e com a forma como se vê no mundo, no seu ambiente, e relacionado com os demais membros da sociedade ou comunidade.

A liberdade não é vista apenas como fim a ser alcançado, mas também instrumental, opção pelo meio que se pretende alcançar e concretizar efetivamente.

## **Democracia, Esfera pública e Associação**

Passamos a traçar uma relação entre Democracia, Esfera Pública e As-



sociação, a partir do conceito de esfera pública em Habermas, e associação civil em Avritzer, para fundamentar que as sessões de mediação reestabelecem o espaço democrático de debate, a esfera pública de discussão política dos efeitos, entre os próprios envolvidos.

Para Habermas (1997, p. 158), o princípio fundamental da Democracia se baseia no princípio do discurso e na forma jurídica. Refere-se ao princípio do discurso quanto à aceitação de correção da norma que obtém o assentimento de todos os afetados num discurso racional e que possa estabelecer consenso de todos os afetados. O princípio do discurso não é afeto nem à moral e ao direito, pois se aplica por meio das liberdades subjetivas e são institucionalizadas juridicamente, ao final, por meio do exercício discursivo da autonomia política.

Este modelo teórico concebido por Habermas quanto à democracia compõe uma concepção de política como forma de organização e convivência em sociedade, por meio da interação e capacidade comunicativa.

A Esfera pública seria o espaço de comunicação e deliberação, ocorrida por meio da comunicação que permita chegar a resultados racionais, por meio de processos de discussão que legitimariam, mediante certos princípios, as decisões políticas, apresentando uma dupla dimensão, de um lado, desenvolveria processos de formação democrática de opinião pública e da vontade política coletiva; e, de outro, vincular-se-ia a um projeto de práxis democrática radical, em que a sociedade civil se torna uma instância deliberativa e legitimadora do poder político, em que os cidadãos são capazes de exercer seus direitos subjetivos públicos (viés emancipatório).

Cabe ao direito fazer a conexão entre o sistema e o mundo da vida (NEVES, 2012, p. 107), contudo ele só se torna legítimo quando for posto em conformidade com um procedimento democrático, que expresse intersubjetivamente a autonomia dos cidadãos (NEVES, 2012, p. 114).

Na leitura de Vieira, a construção de uma sociedade civil organizada, quanto à visão de democracia de Habermas, propiciaria a construção de um espaço democrático de formação da vontade coletiva:

O conflito entre Estado e mercado, de um lado, e as estruturas interativas do mundo da vida, de outro, leva este último a se organizar em movimentos sociais fundados da democracia que, para Habermas, é a institucionalização no sistema político das sociedades modernas do princípios normativos da racionalidade comunicativa. A esfera pública é o local de disputa entre os princípios divergentes de organização da sociabilidade. Os movimentos sociais constituem os atores que reagem à reificação e burocratização, propondo a defesa das formas de solidariedade ameaçadas pela racionalização sistêmica. Eles disputam com o estado e com o mercado a preservação de um espaço autônomo e democrático de organização, reprodução da cultura e formação de identidade e solidariedade. (VIEIRA, 2001, p. 63)

A esfera pública seria o espaço do debate público, autônomo, apresen-

tando uma dupla dimensão, segundo Vieira: de um lado, desenvolveria processos de formação democrática de opinião pública e da vontade política coletiva; e, de outro, vincular-se-ia a um projeto de práxis democrática radical, em que a sociedade civil se torna uma instância deliberativa e legitimadora do poder político, em que os cidadãos são capazes de exercer seus direitos subjetivos públicos (2001, p. 64).

Para Vieira, a reconstrução do espaço público, em Habermas, possui um condão emancipatório, contemplando procedimentos racionais, discursivos, participativos e pluralistas, que permitam aos atores da sociedade civil consenso comunicativo e autorregulação, cuja autonomia e participação destaca o primado da comunidade e da solidariedade, que possibilitaria a libertação da sociedade civil dos imperativos sistêmicos, tanto dos controles burocráticos do Estado e quanto das imposições econômicas do mercado (2001, p. 64).

Trazendo este conceito de esfera pública e participantes, para a mediação coletiva que estamos estudando, esta propiciaria este espaço público, em que se atenda aos interesses concretos dos atores sociais, propiciaria a institucionalização das pluralidades, da diversidade, e a possibilidade de consenso mediante procedimentos comunicativos.

A esfera pública, assim concebida, geraria decisões coletivas e legitimadora da democracia, com o debate em torno dos interesses coletivos, possibilitando uma ação comum a partir do princípio do discurso.

Como a participação na mediação deveria ser garantida a todos os perententes ao conflito, o segundo desafio era como oportunizar que as cerca de 800 famílias pudessem participar desta esfera comunicativa e de deliberação.

Avritzer (1997) analisando o surgimento e ampliação da sociedade civil, principalmente no Brasil, identificar três tipos de associações com desenhos formais distintos: a) associações não-conflitivas, como as recreativas, de ajuda mútua e religiosas; b) 2. associações conflitivas com o campo sistêmico, como os sindicatos, associações profissionais, educacionais, de saúde, comunitárias etc. que atuam em campos predefinidos de ação burocratizando-se com temas fixos do passado; c) novo associativismo, com desenhos solidários, democráticos e identitários, como o movimento de mulheres, negros, indígenas, ecológicos, direitos humanos, num campo ético-político-cultural que aponta para uma esfera pública democrática

Identifica Avritzer (1997) necessidade de que essas novas formas de ocupação do espaço público assegurem as seguintes condições: a) o status público de associações que, às vezes, podem conter elementos privados, além da contabilidade pública e garantia de organização interna democrática; b) a democracia conectada com a equidade, preocupando-se com o que o novo associativismo pode fazer para os não-organizados, evitando novas formas de desigualdade; c) medidas para impedir o eventual papel antidemocrático das associações pelo particularismo e adoção de regras em causa própria.

Realizadas as sessões de pré-mediação, com as associações e cooperati-

vas habilitadas, além do Ministério Público, e a Santo Antônio Energia S/A, identificou-se o número de pessoas envolvidas no conflito, esclarecendo os princípios éticos do procedimento da mediação, e com a anuência dos participantes, fora estabelecido pelas partes que seriam as associações e cooperativas, por meio de seus presidentes, que representariam as diversas coletividades existentes no Projeto de Assentamento, e que estes, na representação dos interesses de sua coletividade, deveriam debater e disseminar entre seus representados, os diálogos e o andamento da mediação, coletando a participação de seus representados e as expondo na próxima mediação.

Na primeira sessão conjunta, ainda fora necessário retomar aos princípios éticos e formular os acordos para prosseguirmos na mediação, e, por maioria, fora deliberado permanecer em mediação somente as organizações locais habilitadas nos autos, e, durante as sessões de mediação, o membro do Ministério Público representaria aqueles que, individualmente, não fossem representados por qualquer uma das coletividades presentes na sessão de mediação.

## **Teoria do Reconhecimento e Teoria da Redistribuição**

Para o reconhecimento das necessidades intrínsecas e extrínsecas ao indivíduo, identidades coletivas e movimento sociais, analisaremos a Teoria do Reconhecimento em Honneth e Teoria da Redistribuição em Fraser, para equalização de forças.

Honneth (2003) distingue três formas de reconhecimento, as quais conteriam o potencial para uma motivação dos conflitos, em que o conflito se origina da experiência de desrespeito social, de ataque à identidade pessoal ou coletiva, ou que busque restaurar relações de reconhecimento mútuo ou de desenvolvimento a outro nível, superior.

Honneth estuda, primeiramente, a formação da identidade do indivíduo, nas suas relações básicas, na esfera emotiva (confiança em si mesmo), contudo, reconhece que nesta esfera não existira tensão moral que suscitasse movimentos sociais. A busca pela autorrealização pessoal ficaria adstrita ao próprio indivíduo e não repercutiria no campo comunitário ou social. Na esfera de estima social, no qual os projetos do indivíduo passariam pelo respeito solidário, e na jurídico-moral, onde a pessoa se reconhece como autônoma e moralmente imputável (autorrespeito), teriam potencial para gerar conflito social, que abrangeria a privação de direitos e a degradação de formas de vida, a luta pelo reconhecimento de sua comunidade e seu território, bem como a solidariedade ao seu modo de vida e cosmovisão.

Nestas duas últimas dimensões que Honneth analisa a possibilidade de a luta gerar conflito social, já que ali estariam abrangidos a privação de direitos e a degradação de formas de vida, relacionadas às esferas do direito e da estima social, a luta pelo reconhecimento de sua comunidade e seu território, bem como a solidariedade ao seu modo de vida e cosmovisão.

O conflito social, para Honneth, é o objeto de estudo da Teoria Crítica, incluindo a interação social como luta entre grupos sociais para a modelagem da própria forma organizacional da ação instrumental.

Nesta concepção formal de eticidade pós-tradicional, desenvolvida por Honneth, principiaria nas condições intersubjetivas da integridade pessoal para se chegar aos universais normativos de uma vida bem-sucedida, abrangendo o padrão de reconhecimento de uma solidariedade social, com finalidades partilhadas em comum, mas garantindo a autonomia jurídica de todos os sujeitos, os quais devem coexistir com os padrões de reconhecimento do amor e do direito.

E este desafio de reconhecimento das individualidades, da necessidade e liberdade do indivíduo de estabelecer sua felicidade, seu projeto de vida, deve estar plenamente protegido juridicamente, e em consonância com sua comunidade de valores, da identidade coletiva que se atribui.

Nancy Fraser formula a concepção de paridade de participação, como núcleo central para a justiça social, em que todos os membros da sociedade interajam entre si, como pares, para isto, é necessária a concretização de duas condições, a distribuição de recursos materiais seja de tal incumbência que assegure independência e voz a todos os participantes (condição objetiva de participação paritária), e os padrões institucionais dos valores culturais expressem igual respeito por todos os participantes e assegure igual oportunidade de alcançar estima social (condição intersubjetiva da participação paritária).

Na mediação em estudo, tanto se oportunizara a devida dedicação emotiva (respeito à forma como a pessoa se apresenta e se comunica, quanto ao respeito cognitivo (oportunizando a fala e voz a todos os participantes, mesmo aqueles não representados pelas organizações sociais), quanto à estima social (respeito à comunidade de valores, honra e dignidade de todos os participantes).

A paridade de participação oportuniza que os negociadores falem de suas necessidades individuais e coletivas, em igualdade de condições com a empresa hidrelétrica, e pleiteiem os interesses que pretendem ser atendidos, numa dimensão ética e política.

Na luta pelo reconhecimento do seu modo próprio de vida, o representante da identidade coletiva, pretende tanto o reconhecimento de si mesmo, identidade individualizada, quanto o de sua comunidade de valores, sua autenticidade, sua territorialidade, em contraposição ao padrão social “moderno” estabelecido, massificado e coisificado.

## **Identidade coletiva, Comunidade e Território**

A identidade coletiva, a partir da formação da comunidade, constrói um mundo simbólico constituído a partir do vínculo ao território, como demonstram Barth, Alfredo Wagner Berno de Almeida e Bauman.

A participação, no sistema democrático, que permita o reconhecimento

das diferenças multiculturais da comunidade política, permeia um espaço mediático e dialogado para que as negociações quanto às diferenças ocorram de forma adequada e possa estabelecer aproximações das culturas.

As fronteiras, mesmo em um mundo globalizado, não estão desaparecendo – Friedman –, citando Barth menciona que as identidades ‘comunitárias’ ostensivamente compartilhadas são subprodutos ou conseqüências do infundável (e por essa razão tanto mais febril e feroz) processo de estabelecimento de fronteiras.

É da natureza dos ‘direitos humanos’ que, embora se destinem ao gozo em separado (significam, afinal o direito a ter a diferença reconhecida e a continuar diferente sem temor a reprimendas ou punição), tenham que ser obtidos através de uma luta coletiva, e só possam ser garantidos coletivamente. (...) Para tornar-se um ‘direito’, a diferença tem que ser compartilhada por um grupo ou categoria de indivíduos suficientemente numerosos e determinados para merecer consideração: precisar tornar-se um cacife numa reivindicação coletiva na prática, porém, tudo se reduz ao controle de movimentos individuais – demandando lealdade inabalável de alguns indivíduos considerados como os portadores da diferença reivindicada, e barrando o acesso a todos os demais (BAUMAN, 2003, p. 71).

Menciona Bauman, ainda que “a diferença adequada ao reconhecimento sob a rubrica dos direitos humanos precisa ser encontrada ou construída. Por essas razões que o princípio dos “direitos humanos age como um catalisador que estimula a produção e perpetuação da diferença, e os esforços para construir uma comunidade em torno dela” (BAUMAN, 2003, p. 71), contrastando com os modelos de homogeneização social e cultural propagada pelo globalismo sobre as regiões periféricas.

Concorda Bauman (2003, p. 71) com Nancy Fraser quando relata seu protesto

[...] contra ‘a indiscriminada separação da política cultural da diferença em relação à política social da igualdade’ e ao insistir em que a ‘justiça hoje requer tanto a redistribuição quanto o reconhecimento’. (...) a lógica das ‘guerras pelo reconhecimento’ prepara os combatentes para a absolutização da diferença (...) as demandas por redistribuição feitas em nome da igualdade são veículos de integração, enquanto as demandas por reconhecimento em meros termos de distinção cultural promovem a divisão, a separação e acabam na interrupção do diálogo (Bauman, 2003, p. 71).

Reforçando seu argumento quanto à análise da injustiça, com base em Barrington Moore Jr., descreve Bauman (2003, p. 75) que as privações raramente eram manifestadas no passado, os grupos de pessoas não se rebelaram contra condições repugnantes, mas contra a mudança abrupta das condições a que estavam acostumados a suportar, isto é, a injustiça contra a qual esta-

vam prontos a se rebelar era medida em relação às suas condições de ontem e não pela comparação invejosa com as outras pessoas à volta.

O que mobilizara os membros das comunidades assentadas para a sua condição de privação e desigualdade não fora a paulatina invisibilidade de seu meio cultural, mas a intervenção abrupta, sem espaço de diálogo, que alteraram drasticamente sua cosmovisão, modo de vida, e sua inter-relação com o entorno.

Contudo, agora, na era pós-moderna (domínio das mídias eletrônicas, colonização da realização pessoal por uma imagem de consumo pelo mercado econômico, cultural, social etc.), o esperado é um crescimento contínuo da disponibilidade do prazer e da felicidade. Uma condição que outrora fora sofrida em silêncio poderia ser reformulada como caso de privação e ser percebida como violação da justiça, segundo Bauman (2003, p. 76-77).

A condição das comunidades assentadas os despertara para o reconhecimento de violação de direitos e a desagregação fora tão acelerada que causara efeito em seus membros, individualmente, ante a inconstância da atualidade, quando a comunidade não é mais o porto seguro de valores e modo de vida, que os levou a luta pelo reconhecimento e participação na deliberação de seus destinos, estabelecendo este espaço de reconhecimento e democrático dentro do processo de mediação.

Bauman (2003, p. 133) desenvolve a concepção que “somos todos interdependentes neste nosso mundo que rapidamente se globaliza, e devido a essa interdependência nenhum de nós pode ser senhor de seu destino por si mesmo”.

Segundo Almeida “Há uma luta por “política de identidades”, no qual os organismos sociais se movimentam e as pessoas se agrupam sob uma mesma expressão coletiva, para declararem seu pertencimento a um povo ou a um grupo, a afirmarem uma territorialidade específica e a encaminharem organizadamente demandas face ao Estado, exigindo o reconhecimento de suas formas intrínsecas de acesso à terra”.

Dubar (2012) enfatiza a atividade produtiva como criadora de obras que dão um sentido à existência individual e organizam a vida de coletivos, não se reduzindo à troca econômica de um gasto de energia por salário, mas estão inseridas na dimensão simbólica de realização de si e de reconhecimento social, esta identidade é construída a partir do processo de socialização.

O território, além do espaço de reprodução econômico, das relações sociais, é também o *locus* das representações e do imaginário mitológico e simbólico dessas comunidades (Diegues)

Souza (1995, p. 121), a partir do debate com Sack, critica as limitações da geografia e propõe uma nova forma de abordagem que pressupõe uma flexibilização da visão de território, em que este se torna um campo de forças, uma teia ou uma rede de relações sociais que, a par de sua complexidade interna, define, ao mesmo tempo, um limite, uma alteridade: a diferença entre nós (o grupo, os membros da coletividade ou ‘comunidade’, os insiders) e os

‘outros’ (os de fora, os estranhos, os outsiders).

Durante o processo de mediação, identificou-se claramente o simbólico, nas identidades coletivas, da atividade exercida no lavrar e se sustentar como assentado, que lhes dá significado ao seu modo de vida, que insere o indivíduo na comunidade, e que reproduz para a sua família e estabelece a função na comunidade.

Embora algumas identidades coletivas desejassem a indenização plena do território e das terras individuais, em maior número as organizações sociais pretendiam permanecer no seu território, no simbólico, aprimorando as condições e estabelecendo melhorias substanciais e permanentes para si e para os demais.

## Mediação coletiva e diálogo intercultural

O procedimento de mediação propicia e fundamenta um diálogo intercultural, constitucionalmente previsto, para possibilitar o equilíbrio ambiental, atuando nas necessidades, valores e interesses das partes envolvidas, como desenvolveremos a partir de Araújo, Boaventura de Sousa Santos, Warat, Marés, Waldman e Rafael Mendonça.

Pertinente aqui trazer a correlação do multiculturalismo e das políticas de diferença, trazidas a partir de Charles Taylor, para se buscar um caráter igualitário e universalista da dignidade, cuja descoberta é dialógica:

A aproximação entre a ideia de reconhecimento e a de multiculturalismo deve-se a Charles Taylor, que enfatiza a relação entre uma identidade inferiorizada e a falta de reconhecimento. Suas preocupações decorrem de duas mudanças decorrentes da modernidade. A primeira delas corresponde ao colapso das hierarquias sociais, que formavam a base para a noção de honra, dando lugar à noção de dignidade, cuja concepção teria caráter igualitário e universalista, ao passo que a segunda consiste no ideal de autenticidade, uma identidade individualizada que o sujeito descobre em si próprio e põe em evidência a descoberta e o contato moral consigo mesmo. A definição da identidade, segundo Taylor, só pode ocorrer dialogicamente, ou seja, mediante trocas intersubjetivas, e é parcialmente moldada pelo reconhecimento ou pela falta de reconhecimento ou pelo reconhecimento indevido (*misrecognition*), sendo que o reconhecimento devido seria uma necessidade humana vital (ARAÚJO, 2018, p. 183).

Na Constituição da República, definimos como valor a fraternidade, o pluralismo e a solução pacífica das controvérsias.

Segundo Juliana Santilli (2005) e José Afonso da Silva (1995), a Constituição da República adotara uma concepção unitária do meio ambiente, que compreenderia tanto os bens naturais quanto os bens culturais, numa interpretação sistêmica e integrada dos dispositivos constitucionais de proteção à cultura e ao meio ambiente.

Marés pontua que por vezes coexiste choque de interesse entre preser-

vação do meio ambiente e do patrimônio cultural na própria comunidade, bem como nos entes federados que deveriam resguardar o interesse socioambiental.

Para se resguardar o interesse em colidência, Boaventura propõe um “diálogo intercultural sobre a dignidade humana que pode levar, [...] uma concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e se constitui em redes de referências normativas capacitantes”.

Waldman (2011) indica que as partes envolvidas no conflito, na mediação, buscam olhar suas próprias normas de justiça.

As decisões autônomas tomadas pelos envolvidos expressam suas crenças, preferências, desejos e prioridades, cabendo ao mediador a observação atenta às condições internas e externas que influenciam ou subvertem o exercício do arbítrio das pessoas, como esclarece Mendonça (2014, p. 36).

Para determinar a capacidade de participação na mediação, Mendonça (2014, p. 37) indica analisar a compreensão, avaliação e a habilidade de se comunicar dos envolvidos, em que num grande desequilíbrio de poder, caberá ao mediador “[...] utilizar movimentos, no processo, que levem em conta os desequilíbrios existentes”, sendo tarefa do mediador auxiliar à parte desempoderada a encontrar sua voz e sua agenda, “para a qual utilizará técnicas que permitam assegurar tempo igual, administrar comportamentos intimidadores e nivelar o campo informacional” (MENDONÇA, 2014, p. 41)

Ressalte-se que não cabe aos mediadores o exercício de interpretação das falas dos participantes, mas de compreensão dos valores, interesses e necessidades que explicitam, restabelecendo a comunicação, como Warat já explicitava, que “a ‘interpretação’ é sempre forçada, dado o caráter incompleto de todos os sentidos, de qualquer processo simbólico, pois estando presente a condição de que qualquer sentido nunca se fechar, de não poder, em nenhuma circunstância, realizar sua plenitude” (WARAT, 2001, p. 27).

## Considerações Finais

Como a mediação coletiva ocorrera em cerca de 25 sessões, de junho a dezembro de 2018, foram utilizadas várias abordagens técnicas, preponderantemente a de Harvard e a transformativa.

Na abordagem da Escola de Harvard, os mediadores atuaram como facilitadores do processo, não emitindo opinião sobre o conflito e nem direcionando as partes para um acordo, mas identificando os interesses subjacentes dos envolvidos, buscando chegar a um melhor acordo negociado, auxiliando as partes a explorar seus interesses ou melhorando a qualidade da interação e comunicação.

Na abordagem transformativa, que tem como foco o empoderamento e reconhecimento, buscou-se, no conflito em estudo, não direcionar as ações das partes para um acordo, exclusivamente, mas auxiliá-las a se expressarem



melhor e construir um relacionamento com melhor qualidade de interação para que possam, então, decidir os conflitos que lhes assolam (MENDONÇA, 2014, p. 192).

A mediação de conflitos coletivos é bastante complexa, tanto pelo número de pessoas envolvidas, que, por vezes, exige a participação do Poder Público (necessidade de efetividade de políticas públicas de reconhecimento e inclusão social), quanto por vezes subsistir assimetria de poder, de habilidade de comunicação e negociação, além de informações que possam aprimorar o argumento dos negociadores.

Como bem pontua Mendonça (2014), o processo de mediação ocorre entre as partes estabelecidas em consenso, cujo procedimento informal, não é predeterminado, e depende das estratégias das partes, e se reinventa a cada sessão, em que o mediador é o auxiliar no movimento de reconhecimento e empoderamento, para a superação da crise de relação.

No caso em estudo, o membro do Ministério Público, como autor da ação civil pública, e como representante dos moradores não representados pelas organizações sociais, teve participação ativa e colaborativa para que o diálogo fosse estabelecido e o consenso atendesse às necessidades dos envolvidos, respeitando os valores e interesses manifestados por aqueles que também gostariam que o recurso fosse julgado.

Os advogados, com papel preponderante no esclarecimento das questões técnico-jurídicas aos seus respectivos clientes, muito contribuíram na negociação e na melhoria da comunicação, compreendendo o papel de apoiador da tomada de decisão dos envolvidos no conflito.

Enfim, cabe aqui apontar o efetivo protagonismo das partes envolvidas e comprometidas em chegarem a um consenso, a partir da melhoria da comunicação e oportunizando a fala de todos os presentes.

Os representantes locais da usina hidrelétrica se manifestaram com respeito, compreendendo uma fala ou outra mais recriminatória quanto à política e atuação da empresa, combativos, mas buscando alternativas para se possibilitar chegar ao consenso.

Os representantes das associações e cooperativas atuaram não só como negociadores, mas também como interlocutores dos interesses e necessidades de sua comunidade de origem, esclarecendo, contactando, explicando, estabelecendo assembleias para votação de propostas, para que suas falas correspondessem à deliberação de sua comunidade política.

Ao final do processo mediativo, a partir dos consensos, chegou-se à solução parcial do conflito, e grande parte dos envolvidos aderiram individualmente ao consenso (75%), para se respeitar as identidades coletivas e os indivíduos, representados, que não tinham interesse em aderir ao consenso, e pretendiam que a solução ocorresse por meio do julgamento do recurso interposto pela usina hidrelétrica.

A mediação, como método de resolução adequado de conflitos, em conflitos de natureza coletiva, pode abranger abordagens e técnicas distintas para

propiciar a melhoria da comunicação entre os participantes do conflito.

Muito embora tenha sido utilizado, preponderantemente, a Escola de Harvard, no caso em questão, em que o facilitador é imparcial e facilitador da comunicação, em virtude dos efeitos sistêmicos dos conflitos socioambientais descrito pelas partes, também se fez necessário a utilização da abordagem emancipatória, transformativa, para que o diálogo intercultural ocorresse em paridade de forças.

As sessões de mediação possibilitaram o exercício das liberdades substantivas e das capacidades dos negociadores e da própria comunidade representativa, equalizando as forças e a capacidade de comunicação interativa.

O espaço democrático de debate, a esfera pública mais ampla, com a participação direta dos membros da comunidade, elegendo o representante que seria o negociador nas sessões de mediação, empoderaram e fortaleceram as associações civis e cooperativas.

O diálogo entre os envolvidos oportunizou o reconhecimento nas 3 dimensões de necessidades, tanto na esfera pessoal, como na política e jurídica, criando os participantes a norma consensuada que regeria as relações conflituosas ora em diante, possibilitando que, individualmente, os afetados aderissem à proposta coletiva debatida e consensuada, além de permanecer no processo litigioso, aqueles que assim o desejassem.

A mediação, no caso estudado, propiciara o empoderamento das identidades coletivas, a consciência de interdependência entre as organizações civis entre si e em relação à empresa hidrelétrica, o empoderamento e protagonismo da identidade coletiva e da comunidade, refletindo positivamente no estímulo a permanecerem em seu território, mediante indenização que subsidie a minoração das consequências e adaptação à nova realidade.

## Referências

ARAUJO JUNIOR, Júlio José. A Constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista? In CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora UNESP, 2018, p. 183.

BALDAN, Guilherme Ribeiro. **A Mediação Transnacional para o alcance da sustentabilidade na resolução de conflitos decorrentes de danos ambientais na bacia do Rio Amazonas**. 2019. 222 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

BARTH, Fredrik. **Ethnic Groups and Boundaries: The Social Organization of Culture Difference** (1969). 2 ed. Long Grove/Illinois: Waveland Press, 1998.

BAUMAN, Zygmunt; Dentzien, Plínio. **Comunidade. A busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

CHELOTTI, Manoel Cervo. Reterritorialização e Identidade Territorial. **Sociedade & Natureza**, 22, abr. 2010, p. 165-180. Uberlândia: EDUFU, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sn/v22n1/12.pdf>. Acesso em: 22 de março de 2019.

DIEGUES, Antônio Carlos. **A imagem das águas**. Antônio Carlos Diegues (org.). São Paulo: Editora Hucitec, 2000.

DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo Sérgio Vieira; SILVA, Viviane Capezzuto Ferreira; FIGOLS, Francisca Aida Barboza; ANDRADE, Daniela. **Os saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil**. Antônio Carlos Diegues (org.). Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: NUPAUB, 2000. Disponível em: <http://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/750/2/Biodiversidade%20e%20comunidades%20tradicionais%20no%20Brasil.pdf>;Saberes. Acesso em: 16 de abril de 2019.

DUBAR, Claude. **A construção de si pela atividade de trabalho: a socialização profissional**. Cad. Pesqui., São Paulo, v. 42, n. 146, p. 351-367, Aug. 2012. Acesso em: 17 de maio de 2019.

FRAXE, Therezinha de Jesus Pinto; WITKOSKI, Antônio Carlos; MIGUEZ, Samia Feitosa. **O ser da Amazônia: identidade e invisibilidade**. Cienc. Cult., São Paulo, v. 61, n. 3, p. 30-32, 2009. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252009000300012&lng=en&nrm=i](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252009000300012&lng=en&nrm=i)so>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange**. London: Editora Verso, 2003

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I e II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

MENDONÇA, Rafael. **A Ética da Mediação Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

SACK, Robert. **The human territoriality - its theory and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. ISA, Editora Petrópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, jun. 1997. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF). Acesso em: 19 out. 2018.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 2.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: UE/Porto Alegre, 1977.

SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **Democracia e desigualdades sociais: reflexões da Teoria de Sem frente à**

complexidade das desigualdades sociais. Estudos sobre Amartya Sen. V. 2: Justiça, Liberdade e Desenvolvimento. [recurso eletrônico] / Neuro José Zambam; Marlon André Kamphorst (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017, p. 299 a 352

SOUZA, Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria; DETTONI, Jovanir Lopes; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Mediação em conflito coletivo: estudo de caso usina hidrelétrica do Rio Madeira e Projeto de Assentamento Joana D'Arc. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 6, p. 77-97, 2020

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001

WALDMAN, Ellen (ed). **Mediation Ethics**: cases and commentaries. San Francisco; Jossey-Bass, 2011

WARAT, Luis Alberto. Pálpitos epistemológicos para el siglo XXI (segunda vuelta). **Revista momento certo Kairós**. Tubarão, 2001

ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen**: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012.

# A INTERCORRÊNCIA DOS CONFLITOS DE VALOR EM NEGOCIAÇÕES E MEDIAÇÕES

**Diego El-Jaick Rapozo**

Associado sênior no Faleck & Associados. Coordenador de mediação no PIM – Projeto de indenização Mediada com atuação em casos relacionados ao rompimento da barragem de Fundão. Mediador certificado pelo Instituto de Certificação de Mediadores Lusófonos - ICFML. Mediador Judicial do Estado do Rio de Janeiro – Atuou como funcionário do Núcleo Permanente de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – NUPEMEC do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Instrutor de Mediação judicial e extrajudicial. Instrutor de negociação. Possui LLM em Direito Corporativo pelo IBMEC-Brasil

## **Resumo:**

Iniciaremos o artigo realizando a análise do conflito na busca por melhores resultados. Conflitos de valor, decorrentes na maioria das vezes de interpretações subjetivas sobre determinado fato, objeto, atitude ou algo material podem, por sua natureza e complexidade, trazer barreiras ao diálogo e à própria negociação. Utilizar mediadores, facilitadores e negociadores experientes que detenham as mais variadas técnicas pode aumentar a chance de construção de um resultado de benefícios mútuos. Causas e técnicas de abordagem dos conflitos de valor serão também analisadas. Em grandes projetos em que estejam presentes múltiplos atores, o processualista ou designer de sistemas de disputas deve ter grande atenção desde a concepção até a execução do projeto. Concluimos assim que, seja em conflitos individuais ou coletivos, a subjetividade é o fenômeno capaz de multiplicar as barreiras ao acordo e que a utilização de terceiros pode ampliar as chances de construção de consenso entre as partes.

**Palavras-chave:** Conflitos de valor; Mediação; Design sistemas de disputas.

## **Introdução**

Paz. Guerra. Amor. Ódio. Fronteiras. Armas. Inúmeras podem ser as palavras que vem à mente das pessoas quando falamos sobre conflitos. Inúmeros adjetivos, inúmeros sentimentos, inúmeras verdades, inúmeras desavenças, inúmeras histórias caminham em nosso imaginário quando ouvimos única e exclusivamente essa palavra, “conflito”.

Alguns dizem que o conflito faz parte da vida do *homo sapiens* desde que

o mundo é mundo. O Conflito pelo fogo, pelo local, pela água. Outros dizem que o que nos faz crescer e amadurecer, como ser humano, como grupo, etnia, país ou mesmo como sociedade são os conflitos a que estamos sujeitos. Conflitos podem ter sido, por exemplo, um fator importante para o desenvolvimento de ferramentas e para a evolução da ciência como um todo.

A sociedade continua a caminhar e os conflitos são inerentes a todos nós. Entramos em conflitos com nós mesmos, com nossos pais, filhos, funcionários, chefes, nossos governantes, e situações do dia a dia. O tratamento adequado de qualquer desses exemplos de conflitos a que todos estamos sujeitos passará pela forma com que os agentes nele envolvidos são capazes de observá-los e senti-los. Como você aborda o outro lado ou como você se prepara para enfrentar o conflito também podem ser fatores importantes na sua tomada de decisão e busca por soluções.

O conciliador e mediador Jonh Paul Lederach chama a atenção para a necessidade de enxergarmos o conflito com um novo olhar. Para Lederach, quando diante de um conflito é preciso utilizar a “lente da transformação de conflitos” como uma estrutura preparada para abordar o conteúdo, o contexto e a arquitetura do relacionamento em uma verdadeira transformação. O autor afirma que<sup>1</sup>:

Sem se satisfazer com uma solução rápida que parece resolver a questão mais premente, a transformação busca criar uma estrutura capaz de tratar o conteúdo, do contexto e da estrutura do relacionamento. A transformação, enquanto abordagem, aspira a criação de processos construtivos de mudança usando o próprio conflito como meio para chegar lá. Processos desse tipo oferecem a oportunidade de aprender sobre padrões e abordar estruturas de relacionamento, ao mesmo tempo levando a soluções concretas para questões urgentes.

Um novo olhar é capaz de gerar melhores resultados. Analisar o conflito de maneira mais profunda e buscar soluções mais robustas deve ser a ideia norteadora de uma negociação e de uma mediação.

Entretanto, um ponto complexo das resoluções de conflitos é quando o mediador ou negociador se depara com conflitos de valor.

A percepção de determinada pessoa, ou mesmo grupo de pessoas, sobre os valores subjetivos de determinado bem material ou imaterial, disputas entre valores como crença, ética e moral tendem a gerar impasses em negociações e mediações mesmo com mediadores e negociadores experientes. Por isso, é importante saber identificar e tratar de maneira adequada essa espécie de conflito.

## Conflitos de valor

Um conflito de valor pressupõe a percepção que o indivíduo, inserido

1 LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 24 - 25.

em conflito, possui sobre determinado item da negociação, podendo recair sobre um objeto, sobre um bem, uma atitude ou sobre algo imaterial. Por tratar de valores imateriais, pode parecer impossível entender o ponto de vista do outro, a realidade enfrentada e trazida pelo outro. Uma maneira de pensar distinta aos seus valores poderá ser uma afronta quase invencível.

Segundo o Christopher Moore, em seu livro *o Processo de Mediação*<sup>2</sup>:

Em contraste com os conflitos de interesse, em que existe um consenso entre as partes sobre a competição para o resultado final desejado ou em que existem interesses diferentes significantes para facilitar que um processo de negociação minimize a perda de todos os lados, os conflitos divergentes são baseados em diferença de valores. As disputas de valor encontram-se em questões como culpa e inocência, que normas devem prevalecer em um relacionamento social, que fatos devem ser considerados válidos, que crenças estão corretas, quem merece o que, e que princípios devem guiar aqueles que tomam decisões.

O problema existe quando o outro, que também possui sua própria percepção, constitui em seu consciente valores diametralmente opostos ou conflitantes. Inicialmente poderá ocorrer uma busca pela validação de verdades próprias e ignorância do ponto de vista alheio, o que pode ampliar a tensão. Essa não será a melhor opção para os negociadores que podem ingressar em espirais de conflitos, descaracterizações de verdades e atribuições de culpa que podem culminar em um não acordo.

Mediadores devem ouvir as partes sempre. Em alguns casos, pode ser importante demonstrar para ambos a ética e a responsabilidade na concretização dos valores de cada negociador. É importante que ambos tenham agido com responsabilidade na construção de seus valores que norteiam sua ideia de verdade para que, assim, diante desse mútuo sentimento de responsabilidade, possamos caminhar na busca da construção de consenso e de soluções mútuas. Essa responsabilidade precisa ser demonstrada, esclarecida e entendida pela outra parte que, mesmo não concordando, precisa entender que houve a responsabilidade.

Esse fato ocorre com frequência em conflitos inerentes a moral, por exemplo. Nesse sentido, Ronald Dworkin afirma que<sup>3</sup>:

Somos sempre culpados de uma espécie de circularidade. Não tenho como verificar a precisão de minhas convicções morais exceto usando outras convicções morais. Minhas razões para pensar que sonegar impostos é errado serão boas se os argumentos em que eu me

2 MOORE, Christopher W. **O processo de mediação. Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos**. São Paulo: Artmed; 2ª ed. 2002, p. 190.

3 DWÖRKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho. Justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 151.

basear forem bons. Essa imagem da dificuldade é simplista demais: temos esperanças de que o círculo das nossas opiniões tenha um raio um pouco maior que isso. Mas, se estou diante de um indivíduo cujas opiniões morais diferem radicalmente das minhas, não posso ter esperança de encontrar em meu conjunto de razões e argumentos algo que ele possa aceitar sem ser, a seus próprios olhos, irracional. Não posso lhe *demonstrar* que minhas opiniões são verdadeiras, e as dele, falsas.

Mas posso ter a esperança de convencê-lo – e a mim mesmo – de algo que, muitas vezes, é mais importante: de que, ao desenvolver minhas opiniões e agir com base nelas, eu agi com responsabilidade.

Ronald Dworkin parece buscar evidenciar a importância de, em uma interlocução, as partes agirem com boa fé na construção de suas ideias sobre valores. Isso possibilita que, ao divergirem, possam ter um diálogo profundo sobre os valores, mas sem a percepção de que o outro tenha agido de má-fé, com desvio de caráter ou mesmo que seja alguém com valores obscuros. Sem dúvida essa percepção ajudará na construção da confiança, item essencial ao processo de negociação.

Quando o negociador percebe que o outro atuou com extrema responsabilidade na construção dos seus valores, é possível que seja instaurado um sentimento de cooperação. Contribui para a cooperação o fato de ter se colocado à disposição para ouvir o ponto de vista do outro. Esse movimento de cooperação pode levar a uma sensação de que as conversas podem ser retomadas e um acordo poderá ser firmado com critérios objetivos e baseados em interesses.

## Identificando conflitos de valor e suas possíveis interações

### Quanto à influência das emoções

Quando o negociador não consegue voltar seus olhos para a clareza empática de que o diálogo sobre valores necessita, não dando grande atenção às emoções surgidas no conflito, pode-se chegar a um impasse destrutível de acordos e relações. O mediador deverá trabalhar com atenção e buscar diminuir uma possível posição negocial, como por exemplo quando pela percepção de determinada pessoa, nada seja pior do que negociar com alguém sem valor. Reações emocionais também podem ocorrer em casos em que estejam em jogo questões morais relevantes, como afirma Max Bazerman<sup>4</sup>:

Sem dúvida, julgamentos morais normalmente são bastante associados a reações emocionais poderosas. As pessoas normalmente consideram que essas emoções seguem avaliações morais. Porém, Haidt (2001,2007) apresenta forte evidência de que, de fato, é mais comum que ocorra o oposto. Ou seja, o que distingue as questões morais é

4 BAZERMAN, Max H. **Processo decisório**. Tradução Daniel Vieira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pág. 227.



que elas produzem reações emocionais e que essas reações então controlam nossas avaliações mais cognitivas. Parte da evidência mais forte de Haidt vem de situações em que as pessoas reagem a uma questão com emoções que elas não podem explicar ou justificar, mas que apesar disso orientam suas decisões.

Conflitos de valor podem ampliar emoções. Sujeitos a fortes emoções, os negociadores podem terminar por tomar decisões que não atendem aos seus interesses ou que criam impasses destrutíveis. Esses tipos de conflitos são, via de regra, extremamente complexos e necessitarão de grande dedicação e empenho por parte do mediador que deverá estar com plena atenção aos detalhes para ajudar os envolvidos. Não se trata muitas das vezes de trabalhar com o que é verdadeiro ou não, mas sim, sobre o que é mais importante<sup>5</sup>.

### **Possíveis causas geradoras de conflitos de valor e seus possíveis tratamentos**

Christopher Moore, coadunando com a percepção quanto à enorme complexidade que envolve o tratamento de conflitos de valor, demonstra causas capazes de originar esses conflitos e possíveis interações dos mediadores quando apresenta o que chama de “Círculo do conflito”. Afirmo o autor que<sup>6</sup>:

Os conflitos de valor são causados por: Critérios diferentes para avaliar ideias ou comportamentos. Objetivos exclusivos intrinsecamente valiosos. Modos de vida, ideologia ou religião diferente.” afirma como Possíveis intervenções relacionadas aos Valores: “Evitar definir o problema em termos de valor; permitir que as partes concordem e discordem. Criar esferas de influência em que domina um conjunto de valores. Buscar atingir um objetivo superior compartilhado por todas as partes.

O autor explica as seguintes interações possíveis:

Primeiro, os mediadores podem tentar evitar descrever um problema em termo de valores. Em vez disso, encorajam as partes a focalizar em seus interesses básicos ou naquilo que estão tentando realizar, transformando assim uma disputa de valores em um conflito baseado nos interesses. (...) Segundo, os mediadores podem ajudar as partes a concordarem em desenhar esferas de influência em que cada uma delas tem autoridade ou jurisdição exclusiva, e onde seus respectivos valores vão prevalecer. (...) Outra maneira de abordar as disputas sobre valores é a mediação determinar se as partes defendem valores superiores ou dominantes que possam ser usados para moderar valo-

5 STONE, Douglas. **Conversas difíceis**. Douglas Stone, Bruce Patton, Sheila Heen; tradução Soeli Araújo Ferraresi. 10ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 9.

6 Op. cit. MOORE, 2002, p. 62.

res conflitantes de nível inferior.<sup>7</sup>

O mediador deverá estimular o trabalho de construção de confiança com um diálogo voltado à satisfação dos interesses e, para tanto, deverá incentivar a realização de uma escuta verdadeiramente empática. Ou seja, quando um negociador demonstra que agiu com responsabilidade ao definir seus valores, será a hora de ouvir o outro e entender se houve o mesmo trabalho responsável na construção dos valores. Caberá, ainda, analisar quais interesses podem estar envolvidos nessa construção.

Será importante se distanciar do erro básico de uma negociação que é o de supor que a sua verdade é a única e é absoluta. Segundo os autores Douglas Stone, Bruce Patton, Sheila Heen no livro *Conversas Difíceis*<sup>8</sup>:

(...) o distanciamento da suposição da verdade nos liberta do objetivo de provar que estamos certos e nos indica o caminho para compreendermos as percepções, interpretações e os valores de ambos os lados. Ele permite que nos transformemos em questionadores em vez de sermos simples emissores de mensagens e explora como cada pessoa percebe o mundo. Faz-nos entender também que nossas percepções, interpretações e valores não são ‘verdades absolutas’.

Uma boa escuta faz com que a outra parte se sinta respeitada e verdadeiramente ouvida, possibilitando que a negociação aprofunde em interesses possivelmente encobertos. Perguntas abertas, de esclarecimento e voltadas ao entendimento de questões e mapeamento de interesses podem ajudar o mediador e/ou o negociador a terem um maior panorama global do conflito no qual estão inseridos.

Assim, parece que optar por um terceiro neutro e imparcial pode ser uma excelente estratégia. O mediador deve estar atento aos óbices oriundos de conflitos de valor para dar-lhes os melhores tratamentos. O facilitador do diálogo é capaz de mediar essa tensão e dar efetividade ao processo garantindo o espaço de fala, utilizando técnicas capazes de gerar a validação do processo, que deve ser percebido como um processo justo pelas partes, iluminando objetivos e atentado para zonas de conflito geradas por algum conflito de valor. Mediadores experientes podem ajudar a fortalecer e restaurar a confiança no processo, no próprio terceiro facilitador e nas partes entre si utilizando-se das mais variadas ferramentas da mediação e estratégias negociais.

Um exemplo de conflito de valor envolvendo a honra foi relatado pelo filósofo Michael J. Sandel no livro “Justiça”. Sandel traz um relato sobre o “Coração Púrpura”, medalha do exército americano atribuída àqueles que foram feridos ou morreram em guerras. No entanto, alguns ex-combatentes que tiveram como seqüela estresse pós-traumático, problemas mentais ou proble-

7 Ibid. MOORE, 2002, p. 190/191.

8 STONE, Douglas. **Conversas difíceis**. Douglas Stone, Bruce Patton, Sheila Heen; tradução Soeli Araújo Ferraresi. 10ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.09.

mas psicológicos passaram a buscar o recebimento desta medalha, alegando que se sacrificaram tanto pelo seu país quanto os ex-combatentes que tiveram traumas físicos.

No entanto, o Pentágono anunciou que manteria a honraria apenas para aqueles que tivessem sofrido ferimentos físicos causados intencionalmente pela ação inimiga e que fossem de fácil diagnóstico. Apoiadores da decisão proferida pelo Pentágono entenderam que problemas mentais e/ou psiquiátricos refletiam uma fraqueza de caráter e que, por isso, quem sofre desse tipo de trauma não seria merecedor de tal honraria. Segundo o autor, a divergência sobre o merecimento do recebimento desta medalha está no âmbito de discussões sobre valores e a moral militar americana.<sup>9</sup>

Assim, notamos que no caso de conflitos de valores as maiores dificuldades estão na formação de barganhas posicionais, na ruptura do diálogo e no fato de que, ao final, a solução encontrada traga um sentimento de injustiça para um dos lados.

Os negociadores, com o apoio de terceiros neutros, devem manter o foco na busca por um consenso baseado no respeito ético e diálogo empático para possibilitar uma decisão capaz de gerar benefícios mútuos e satisfação com o processo.

## Conflitos de valor em grandes projetos

O mundo é global e dinâmico. Inúmeras interações sociais coletivas geram uma infinidade de possíveis situações de conflitos. O mesmo ocorre quando estamos diante de um grande projeto. Há uma grande complexidade e uma gama enorme de desafios aos mediadores, advogados e negociadores que deverão participar de sua construção e implementação. Uma boa opção nesse caso é a utilização do *Design* de Sistemas de Disputas que irá dar identidade própria ao procedimento com base no caso concreto.<sup>10</sup> Alguns exemplos de grandes projetos são os que envolvem situações complexas com múltiplos atores e/ou conflitos.

No atual momento de pandemia vivido em todo o mundo, um exemplo possível seria a implementação de projeto de renegociação de acordos trabalhistas decorrentes de conflitos enfrentados pelas empresas ou renegociação de dívidas de empresas que estejam em recuperação judicial junto aos seus credores. Outras possibilidades também podem gerar a necessidade de criação de um *design* de sistemas de disputas, como na construção de um pro-

---

9 SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 18-19.

10 FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas. Criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Diego Faleck, de forma pioneira no Brasil, apresentou o conceito e os objetivos do *design* de sistemas de disputas afirmando que trata-se de um conjunto de procedimentos criados pelo *designer* de forma a se adaptar ao caso concreto, seja para um único conflito ou para demandas em série dando maior controle e autonomia do processo aos envolvidos.

cedimento indenizatório para uma comunidade eventualmente afetada pela implementação de uma usina hidrelétrica em determinada localidade ou mesmo um projeto indenizatório criado para reparar eventuais danos decorrentes do rompimento de uma barragem.

Grandes projetos sugerem múltiplas interações. Essas interações devem ser analisadas desde o momento da construção do projeto, passando por sua análise de viabilidade, desenho, implementação e execução.<sup>11</sup> Em todos esses momentos, inúmeras discussões serão tratadas, incontáveis diálogos ocorrerão e, sem dúvida, um número considerável de conflitos virá à tona podendo, alguns deles, ser gerados por conflitos de valor.

O fato é que alguns conflitos podem ter sido iniciados ou mesmo terem chegado a uma situação de impasse devido a uma percepção oposta de valores entre as partes, o que pode elevar, como já citado anteriormente, as emoções dos envolvidos, ou de parte deles, tornando ineficaz qualquer diálogo. A condução do procedimento por um terceiro imparcial incentiva os envolvidos a cooperar na busca por soluções baseadas em interesses e torna o processo mais confiável, pois estão realmente trabalhando para buscar o consenso.

Quando falamos em desenvolvimento de grandes projetos e criação de *design* de sistemas de disputas necessariamente passamos pelo trabalho teórico e prático desenvolvido por Diego Faleck. Em sua obra, quando elenca possíveis barreiras à solução de controvérsias que devem ser mapeadas pelo *designer* de resolução de disputas, ele afirma que<sup>12</sup>:

Sistemas de resolução de disputas devem prever meios de reconhecer, tratar e gerenciar emoções. Identidade e autopercepção são pontos que devem ser considerados pelo designer tanto para evitar que acordos sejam perdidos, quanto para maximizar o sucesso das negociações. Sistemas de resolução de disputas podem incorporar pedidos de desculpas ou permitir espaço para uma conversa mais próxima com os seus usuários, para aproveitar a força da importância da identidade e autopercepção das pessoas como meio positivo de resolver problemas.

Conflitos podem ocorrer nos mais variados projetos de médio e longo prazo e podem ter inúmeras causas por trás de sua concretização.

Conflitos relacionados à identidade de uma comunidade são exemplos de conflitos de valor. Há, por parte da comunidade, um afeto subjetivo pelo local que pode ser oriundo das mais diversas questões, tais como visões religiosas distintas, sentimento de pertencimento ancestral à terra ou qualquer outra razão de cunho subjetivo. Esse tipo de conflito parece ter ocorrido no caso da construção da Barragem do Foz Tua, um afluente do Rio Douro, em que a comunidade que seria afetada fazia oposição à construção da barragem

11 Ibid. p. 3-8.

12 Ibid. p. 103.

devido a um sentimento de pertencimento e identidade com o local que seria afetado<sup>13</sup>. No implemento da barragem, muitas discussões foram travadas, mas, talvez a mais complexa delas, tenha sido referente ao conflito de valor aqui descrito. Mesmo com outros meios de compensação, esse sentimento teve que ser trabalhado na busca pela construção de um consenso em prol de todos.

Assim, fica claro que no decorrer de grandes projetos as questões referentes a conflitos de valor devem ser enfrentadas por grupos experientes de mediadores e/ou facilitadores, ou mesmo negociadores, hábeis em negociações complexas para que possam transformar o conflito de valores em acordos baseados em interesses. Afinal, serão necessárias as mais diversas técnicas de diálogo e construção de consenso para se chegar a um ponto de entendimento comum e aceito por todos.

## Conclusão

A subjetividade é o fenômeno capaz de multiplicar as barreiras ao acordo. No entanto, os interesses estarão sempre presentes e é com base neles que devemos buscar as soluções. Temos que estar atentos a negociação e, seja como negociador ou mediador, dominar as mais diversas técnicas e conhecimentos. É necessário dominar as ferramentas de mediação, negociação e comunicação ampliando, assim, o êxito na construção de soluções de benefícios mútuos, mesmo diante de cenários desafiadores causados pela intercorrência de conflitos de valor.

A utilização de mediação nesses processos, com a utilização de mediador neutro e imparcial, é capaz de ajudar as partes a entender a situação e buscar uma saída pacífica e de benefícios satisfatórios para os envolvidos, pois na maioria dos casos conflitos de valor podem ancorar as partes em posições de oposição em relação a outra parte.

Comuns em projetos de longos prazos e que envolvam múltiplas parte, e conseqüentemente múltiplas percepções, conflitos de valor podem distanciar as partes de um acordo, gerar perda de tempo, desgastes relacionais e acordos controversos. O desenvolvimento de um *design* de sistemas de disputas por profissionais qualificados poderá ser decisivo nas interações entre os envolvidos e nos resultados pretendidos. A utilização da mediação e da facilitação pode trazer aos envolvidos a certeza de participar de um processo justo e efetivo, além de estimular a cooperação na busca por consenso.

Seja qual for a natureza do conflito de valor existente no caso concreto, o mediador deve dominar suas técnicas e buscar resolução com base em interesses. Estimular o trabalho cooperativo, mas acima de tudo ter habilidade para identificar e orquestrar um caminho menos árduo à negociação que encontre uma trava baseada em valores opostos ou distintos.

---

13 CENTEMERI, Laura. **Valores em conflito: megaprojetos, ambiente e território**. Coord. Laura Centemeri, José Castro Caldas. Coimbra: Almedina, 2016. p.137

Assim, entendemos que no que se refere aos conflitos de valor, a chave para chegar a acordos consensuais e que gerem benefícios mútuos e satisfação com o processo passa pela alteração do enfoque do conflito, na busca por atender aos interesses das partes e no uso de técnicas avançadas de mediação e negociação, gerando um movimento de ampliação do diálogo e respeito.

## Referências

BAZERMAN, Max H. **Processo decisório**. Tradução Daniel Vieira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CENTEMERI, Laura. **Valores em conflito: megaprojetos, ambiente e território**. Coord. Laura Centemeri, José Castro Caldas. Coimbra: Almedina, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho. Justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas. Criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação. Estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2ªed. São Paulo: Artmed, 2002.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

STONE, Douglas. **Conversas difíceis**. Douglas Stone, Bruce Patton, Sheila Heen; tradução Soeli Araújo Ferraresi. 10ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

# A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA PARA A PESSOA NA CONDIÇÃO DE IDOSA

**Nivea Corcino Locatelli Braga**

Advogada. Coordenadora Estadual da Comissão de Celeridade Processual da Ordem dos Advogados do Brasil/Rio de Janeiro. Presidente da Escola Superior de Advocacia da 49ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Rio de Janeiro. Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense

## **Resumo:**

O presente trabalho visa analisar a mediação como um efetivo mecanismo de acesso à justiça para a pessoa na condição de idosa ou na condição de superidosa, especialmente para compor os conflitos oriundos das relações familiares. A pesquisa justifica-se pelo exponencial aumento do envelhecimento populacional que ocorre em nível global e que afeta o Brasil de forma substancial. Nesse cenário, o envelhecimento demográfico populacional desafia o implemento de instrumentos e de políticas públicas efetivas capazes de disseminar, consolidar, concretizar e executar medidas de arrimo às pessoas idosas.

**Palavras-chave:** Mediação; Acesso; Justiça; Pessoa; Idosa.

## **Do Envelhecimento Populacional**

O envelhecimento populacional é uma realidade global irrefutável no mundo contemporâneo que não se restringe ao continente europeu, conforme divulgado pela Organização das Nações Unidas.

Nesse sentido, em 17 de junho de 2019, a Divisão de População do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais do Secretariado das Nações Unidas propalou as projeções populacionais para cada país isoladamente considerado e posteriormente forneceu a soma dos números que apontam para um envelhecimento demográfico nunca antes visto na história da humanidade.

O estudo integra a Revisão de Perspectivas da População Mundial de 2019, marcada pela vigésima sexta rodada de estimativas e projeções populacionais oficiais da organização das Nações Unidas.

Para tanto, a população absoluta e relativa dos idosos foi separada em três categorias: 60 (sessenta) anos e mais, 65 (sessenta e cinco) anos e mais e

80 (oitenta) anos e mais, considerando o período de 1950 a 2100.

Em 1950 a população total era de 2,5 bilhões de habitantes, porém com o passar dos anos esse número aumentou de forma exponencial atingindo 7,8 bilhões de habitantes em 2020, o que denota um crescimento absoluto de 4,3 vezes no período de 150 anos.

No que concerne aos idosos o aumento foi ainda mais alarmante. Em 1950 o número de pessoas com 60 (sessenta) anos até 64 (sessenta e quatro) anos era de 202 milhões e no ano de 2020 passou para 1,1 bilhão, com projeção para 2100 de 3,1 bilhões, o que é inédito na história da humanidade.

Já os idosos com 65 (sessenta e cinco) anos até 79 (setenta e nove) anos de idade era de 129 milhões em 1950 e passou para 422 milhões em 2020, com projeção de alcançar para 2,5 bilhões em 2100.

Com relação aos idosos com 80 (oitenta) anos ou mais o número que era de 14 milhões no ano de 1950 pulou para 72 milhões em 2020, com projeção do alarmante número de 881 milhões em 2100.

Em 1982 ocorreu em Viena a I Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, que aprovou o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento<sup>1</sup> considerado o primeiro instrumento internacional sobre a temática que estabeleceu diretrizes de pensamento e de ação sobre a longevidade para os anos seguintes.

Durante a I Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento ficou evidenciado que os custos dos programas voltados para os jovens têm maior aceitabilidade pelos governos que os consideram um investimento para o futuro e em sentido diametralmente oposto os valores destinados à melhoria de condições de vida das pessoas idosas são encarados como gastos<sup>2</sup>.

Em abril de 2002 durante a II Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, realizada pela ONU em Madri, Espanha foram firmadas a Declaração Política e o Plano de Ação Mundial para o envelhecimento<sup>3</sup>.

No artigo 2º da Declaração Política o aumento da expectativa de vida em muitas regiões do mundo foi reconhecido como uma das maiores conquistas da humanidade, nos seguintes termos:

Celebramos el aumento de La esperanza de vida em muchas regiones del mundo como uno de los mayores logros de La humanidad. Reconocemos que el mundo está experimentando una transformación demográfica sin precedentes y que de aquí a 2050 el número de personas de más 60 años aumentará de 600 millones a casi 2.000 mil-

1 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. I Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento. **Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

2 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. I Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento. **Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

3 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento**. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/ageing/madrid-plan-of-action-and-its-implementation.html>>. Acesso em: 21 de novembro de 2020.



lones, y se prevé que el porcentaje de personas de 60 años o más se duplique, pasando de un 10% a un 21%. Ese incremento será mayor y más rápido em los países em desarrollo, donde se prevé que La población de edad se multiplique por cuatro en los próximos 50 años. Esa transformación demográfica planteará a todas nuestras sociedades el reto de aumentar las oportunidades de las personas, en particular las oportunidades de las personas de edad de aprovechar al máximo sus capacidades de participar en todos los aspectos de la vida.<sup>4</sup>

A projeção realizada pela ONU é de que nos próximos 50 anos, a população idosa do mundo em desenvolvimento será quadruplicada, até 2050, assim o número de idosos aumentará em aproximadamente de 600 milhões a quase 2 bilhões<sup>5</sup>, o que irá impactar significativamente a responsabilidade dos Estados e da sociedade civil.

No Brasil o substancial envelhecimento demográfico da população foi constatado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE que realizou um estudo denominado “Índice de Envelhecimento” considerando o número de pessoas com 60 (sessenta) anos ou mais, para cada 100 (cem) pessoas menores de 15 anos de idade, na população residente em determinado espaço geográfico no lapso temporal de 2010 a 2060.

O IBGE atualmente é principal provedor de dados e informações e tem a missão institucional de retratar o Brasil com informações imprescindíveis para verificação de sua realidade fornecendo dados para o desenho e concretização de políticas públicas, nas esferas governamentais federal, estadual e municipal.

Em 2010 o número de idosos era de 29,55% e a projeção nacional para 2060 é de 173,47%, um número que desafia a sociedade e os poderes constituídos para a tomada de providências em áreas diversas para atender a essa nova realidade nacional e mundial<sup>6</sup>.

Com base nos dados obtidos por institutos oficiais que revelam a realidade populacional, se verifica uma legítima, oportuna e real necessidade de (re) desenho, (re) formulação e consecução de normas e de políticas públicas para a garantia dos direitos humanos dos adultos maiores.

## Da Convenção Interamericana Sobre Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos

No plano internacional havia uma omissão legislativa face à inexistência

4 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, op. cit., p. 3.

5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Plano de ação internacional contra o envelhecimento, 2002**. Organização das Nações Unidas; tradução de Arlene Santos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. — 49. (Série Institucional em Direitos Humanos; v. 1).

6 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/institucional/o-ibge.html>>. Acesso em: 21 de novembro de 2020.

de um instrumento normativo vinculante sobre os direitos humanos das pessoas idosas, urgindo na elaboração de uma Convenção Internacional.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) celebrada em Washington, em 15 de junho de 2015, após reunião realizada em 18 de maio de 2015 foi aprovada pela Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, a Convenção Interamericana sobre proteção dos direitos humanos dos idosos<sup>7</sup> que constituiu um marco de nodal importância na proteção das pessoas idosas nos tempos hodiernos por consubstanciar o primeiro instrumento internacional de proteção aos direitos humanos dos idosos com efeito vinculante e com instrumentos de estabelecimento, fixação, comprometimento e fomento do envelhecimento ativo, sem olvidar das peculiaridades locais e regionais dos países membros.

A citada convenção após reconhecer expressamente em seu preâmbulo, o imperativo de respeito irrestrito aos direitos Humanos consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, alicerçada aos Princípios estabelecidos pelas Nações Unidas em favor das pessoas idosas em 1991, a Proclamação do Envelhecimento em 1992, a Declaração Política e o Plano de Ação de Madri sobre o Envelhecimento em 2002, bem como a Estratégia Regional de implementação para a América Latina e o Caribe do Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento em 2003, seguida da Declaração de Brasília para a região da América Latina e Caribe em 2007, o Plano de Ação da Organização Pan-Americana da Saúde sobre a Saúde dos Idosos, com inclusão do Envelhecimento Ativo e Saudável em 2009, a Declaração de Compromisso de *Portof Spain* também no ano de 2009 e a Carta de San José sobre os direitos do idoso da América Latina e do Caribe datada de 2012, decidiu priorizar e estruturar a temática do envelhecimento, além de fomentar a adoção de políticas públicas para o plano da ação.

O Capítulo I fixa os três objetivos estruturais da Convenção, a saber: a promoção, a proteção e a certificação do reconhecimento, gozo e exercício, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa idosa e determina o comprometimento dos Estados Partes em caso de omissão legislativa, a adotar, segundo seus procedimentos constitucionais e legais, as medidas legislativas ou de outro caráter imperiosas para a efetivação dos direitos, além de trazer definições objetivas de: abandono, cuidados paliativos, discriminação, discriminação múltipla, discriminação por idade na velhice, envelhecimento, envelhecimento ativo e saudável, maus-tratos, negligência, serviços socio-sanitários, unidade doméstica ou domicílio, idoso que recebe serviços a longo prazo e velhice.

Pela Convenção é considerada idosa a pessoa com sessenta anos ou

7 CONSELHO PERMANENTE. **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos**. Washington, D.C. 14 de junho de 2015. Disponível em <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO\\_Idoso/Textos/Conven%C3%A7%C3%A3o%20Interamericana.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso/Textos/Conven%C3%A7%C3%A3o%20Interamericana.pdf)>. Acesso em: 28 de novembro de 2020.

mais, salvo se a lei do Estado-Parte estipular uma idade menor ou maior, respeitado o limite de sessenta e cinco anos.

No capítulo seguinte, são listados como princípios gerais aplicáveis à convenção, como a valorização do idoso, seu papel na sociedade e sua contribuição ao desenvolvimento, no capítulo III são estipulados os deveres gerais dos Estados-Partes destinados à ação, a efetivação, a adoção de medidas de prevenção, medidas afirmativas, medidas legislativas, administrativas, judiciais e orçamentárias, promoção de instituições públicas especializadas na defesa do idoso, promoção de participação da sociedade civil e de outros atores sociais, além do engajamento na coleta de informações adequadas com dados estatísticos protegendo os direitos da: igualdade e não discriminação em razão da idade, direito à vida e à dignidade na velhice, à saúde, à independência, à autonomia, à participação e integração comunitária, à segurança e a uma vida sem violência, a não ser submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, manifestação, consentimento livre e informado na âmbito da saúde, à liberdade pessoal, de expressão, de opinião, acesso à informação, nacionalidade, liberdade de circulação, privacidade, intimidade, seguridade social, trabalho, educação, cultura dentre outros.

A tomada de consciência constante no capítulo V é destinada a divulgação, conscientização e capacitação progressiva da sociedade em geral sobre os alicerces dos postulados constantes na convenção.

Nesse sentido, o fomento da valorização e do respeito para com a pessoa idosa como um valor imprescindível deve ser estimulada desde a tenra idade, a fim de propiciar a formação de uma cultura de tratamento digno e respeitoso daquele que já está no limiar da existência.

O capítulo seguinte da convenção trata dos mecanismos de acompanhamento e dos meios de proteção da convenção e estabelece-se um mecanismo de acompanhamento integrado por uma Conferência dos Estados-Partes e um Comitê de Peritos, como um instrumento valioso para o plano do fazer, contando também com um sistema de petições individuais.

Para além da normatização é preciso partir da premissa que:

El fundamento de derechos humanos que no se limiten a una declaratoria de buenas intenciones o a un deber ético, es decir que puedan alcanzar efectividad jurídica social e individual, está constituido por transferencias de poder entre los diversos grupos sociales, las instituciones en que se articulan y las lógicas que animan estas relaciones. Estas transferencias inciden (o deberían incidir) e nel carácter del poder. El criterio que sustenta esta tesis es que los derechos humanos no son efectivos como normativa social si no contienen una potenciación (como sujetos) de que nesson víctimas de discriminaciones (precarización, marginalidad) e imperios que implican discriminaciones (explotación, subordinación) estructurales<sup>8</sup>

8 GALLARDO, H. *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos. Quito: Escuela de formación de laicos y laicas*. Vicaría Sur Servicio Justicia y Paz (Serpa), 2000, p. 15.

O mecanismo de acompanhamento será instituído quando for recebido o décimo instrumento de ratificação ou adesão, sendo importante a adesão do Brasil e de outros países para propiciar o cumprimento do artigo 33 da Convenção, na perspectiva de que é urgente a tarefa de determinar em cada Estado as necessidades que consideram ser *“um mínimo decente, otros, un mínimo absoluto por debajo del cual no puede quedar ese Estado se pretende legitimidad. Esse mínimo no compone, nilo pretende, tampo coelbien estar de los ciudadanos, sino que es una exigencia de justicia”*.<sup>9</sup>

## **Da Mediação como Método Adequado de Resolução de Conflitos**

Diante desse cenário, a mediação surge como um efetivo mecanismo de acesso à justiça para a pessoa na condição de idosa ou na condição de superidosa, especialmente para compor os conflitos oriundos das relações familiares.

Ora, o envelhecimento demográfico populacional desafia o implemento de instrumentos e de políticas públicas efetivas capazes de disseminar, consolidar, concretizar e executar medidas de arrimo às pessoas idosas.

Assim, deve ser garantido ao idoso, o acesso à justiça no aspecto formal e material, com adoção e fomento da mediação, como uma fonte renovadora no processo de pacificação social a ser utilizada inclusive para além do âmbito do Poder Judiciário.

O artigo 230 da Constituição da República Federativa do Brasil traz como norma principiológica, de respeito obrigatório, a proteção das pessoas idosas, pela família, pela sociedade e pelo Estado, em razão da patente vulnerabilidade.

Para outorgar efetividade ao comando constitucional, o legislador infraconstitucional em diversas oportunidades procurou abrigar esses direitos, como se verifica na Lei nº 10.741/2003 e na Lei nº 13.466/2017.

No plano internacional existe a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, datada de 14 de junho de 2015, que prevê no artigo 31 o acesso efetivo à justiça em igualdade de condições com as demais às pessoas idosas, mediante a adoção de ajustes de procedimento nos processos judiciais e administrativos, bem como o desenvolvimento e o fortalecimento dos programas dirigidos a promover, os mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

A relevância temática é representada pelos aportes benéficos e emancipadores gerados pelo instituto da mediação, que como método adequado de solução de conflitos garante a preservação da dignidade da pessoa humana em relação à pessoa na condição de idosa.

A mediação propicia a transformação da cultura do conflito em cultura no diálogo, já que estimula a escuta ativa, a valorização do outro, contribuindo

---

<sup>9</sup> CORTINA, Adela. *Ciudadanos del Mundo. Hacia una Teoría de la Ciudadanía*. Tercera Edición. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 75.

substancialmente para a real resolução dos problemas circundantes pelos próprios envolvidos.

A mediação propicia um ganha-ganha, ou seja, um efeito prospectivo quando se chega a um acordo benéfico para todos os envolvidos, respeitando a dignidade de todos.

É necessário um alerta para a gravidade da situação a fim de ajudar a mudar os preconceitos sobre o envelhecimento, assim: *“acreditar nas potencialidades do idoso, abrir um espaço para sua criatividade, estimular suas iniciativas e apoiá-lo com carinho e afeto trará segurança e confiança, ingredientes essenciais a reestruturação de suas vidas”<sup>10</sup>.*

Nesse cenário a mediação atua como efetivo instrumento de pacificação social resgatando a comunicação positiva entre as pessoas, assegurando respeito ao idoso no âmbito familiar.

## Conclusão

A título de conclusão verificou-se que é necessário haver uma maior conscientização da sociedade acerca da utilização da mediação para apaziguar os conflitos que surgem no seio familiar, com o reconhecimento do envelhecimento como direito personalíssimo, com respeito à pessoa na condição de idosa e com o fortalecimento de seus direitos humanos.

Assim, a mediação se revela como uma das premissas do acesso à justiça no mundo contemporâneo, com respeito à autonomia dos envolvidos, para que estes em um ambiente colaborativo, dialógico e emancipador possam res- tabelecer a convivência de forma a respeitar suas diferenças e a reconhecer o idoso como sujeito de direitos.

## Referências

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/institucional/o-ibge.html>>. Acesso em: 21 de novembro de 2020.

CONSELHO PERMANENTE. **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos**. Washington, D.C. 14 de junho de 2015. Disponível em <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO\\_Idoso/Textos/Conven%C3%A7%C3%A3o%20Interamericana.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso/Textos/Conven%C3%A7%C3%A3o%20Interamericana.pdf)>. Acesso em: 28 de novembro de 2020.

CORTINA, Adela. **Ciudadanos del Mundo. Hacia una Teoría de la Ciudadanía**. Tercera Edición. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 75.

FRUTUOSO, Diana. **Terceira idade da universidade**. Rio de Janeiro: Unati, novembro de 1999.

GALLARDO, Helio. Política y transformación social. Discusión sobre Derechos Humanos. **Revista Estudios**. Universidad de Costa Rica. nº 18-19. Ecuador,

10 FRUTUOSO, Diana. **Terceira idade da universidade**. Rio de Janeiro: Unati, novembro de 1999.

Editorial Tierra Nueva, 2000, p. 165. Disponível em: <file:///H:/Dialnet-PoliticaY TransformacionSocial-5556342.pdf>. Acesso em: 02 de dezembro de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas** - assinada em 26 de junho de 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Conferência Internacional sobre o Envelhecimento**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.

\_\_\_\_\_. **Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento**. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/ageing/madrid-plan-of-action-and-its-implementation.html>>. Acesso em: 21 de novembro de 2020.

\_\_\_\_\_. I Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento. **Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

# RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE LITÍGIOS NAS CONTROVÉRSIAS INTERNACIONAIS

**Bruno Anderson Lima Costa**

Mestrando da Universidade Autónoma de Lisboa, Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direito Eleitoral pela Faculdade Arnaldo Jansen

**Tayssa Simone de Paiva Mohana Pinheiro**

Mestranda da Universidade Autónoma de Lisboa, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, Bacharel em Administração pela Universidade Estadual do Maranhão. Advogada

## Resumo:

O presente trabalho faz breve estudo dos contemporâneos meios pacíficos de resolução de litígios que envolvam os sujeitos de Direito Público Internacional. Apresentaram-se primeiramente os dispositivos da Carta das Nações Unidas e da Carta das Organizações dos Estados Americanos que tratam das resoluções pacíficas de litígio entre os Organismos Internacionais. Posteriormente, discorreu-se sobre os modos de solução de conflitos internacionais. Por fim, foram revisados os meios pacíficos (e coercitivos) de solução de controvérsias, enfatizando as questões históricas, políticas, humanitárias, e principiológicas que envolvem o arcabouço legal da matéria apreciada, sendo feito aporte aos Meios Diplomáticos, Meios Políticos, à Arbitragem, aos Meios Judiciais; e aos Meios Coercitivos. Diante disso, concluiu-se que o uso da violência somente é permitido em casos excepcionais, com regras jurídicas e consuetudinárias específicas, não estando ao bel prazer da parte ofensora.

**Palavras-chave:** Solução Pacífica de Litígios; Organismos Internacionais; Direito Internacional Público; Resolução Alternativa de Litígio; Beligerância Internacional.

## Introdução

Em toda comunidade há conflitos e na Comunidade Internacional não seria diferente, vez que não está alheia as turbulências que a vida em grupo reclama. A existência de disputas no seio internacional decorre das diferenças humanas, sendo das mais variadas possíveis e em qualquer campo de interes-

se.

Tal controvérsia é, tecnicamente, o litígio que envolve os Estados e Organizações Internacionais, se revestindo de qualquer natureza ou grau de gravidade, podendo ser exemplificada como: um desacordo sobre certo ponto de direito ou de fato; ou, uma contradição/oposição de teses jurídicas.

Ademais, por ter diversas origens (econômica, política, cultural, científica, religiosa etc.), não é, tão somente, exteriorizada por meio de conflitos armados, mas, também, por assuntos dos mais simples, como a interpretação de cláusula de tratado.

Entretanto, diferentemente da esfera nacional (no qual o Estado é o encarregado, em última instância, de providenciar a adequada composição de conflitos, impondo a seus membros suas determinações - por meio de leis e órgãos competentes), na seara internacional, os conflitos não podem, *a priori*, ser solucionados da mesma maneira.

O presente estudo objetiva analisar os contemporâneos meios pacíficos de resolução dos litígios que, porventura, venham a se envolver os sujeitos de Direito Público Internacional.

Para atingir esse objetivo, o primeiro capítulo apresentará os dispositivos da Carta das Nações Unidas e da Carta das Organizações dos Estados Americanos que tratam das resoluções pacíficas de litígio entre os Organismos Internacionais. Posteriormente, serão apresentados os meios pacíficos de solução de controvérsias, enfatizando as questões históricas, políticas, humanitárias, e principiológicas que envolvem o arcabouço legal da matéria apreciada, com aporte aos Meios Diplomáticos, Meios Políticos; à Arbitragem; aos Meios Judiciais; e aos Meios Coercitivos.

## Controvérsias Internacionais e os Dispositivos de Solução

Em cenário mundial não se fala em «*autoridade suprema*» capaz de ditar as regras de conduta e fazer exigir o seu cumprimento por parte dos Estados e das Organizações Internacionais. Ou seja, não se encontra no Direito Internacional um núcleo jurídico positivo com autoridade máxima em matéria de conflito de interesses<sup>1</sup>.

Assim, a convivência internacional caracteriza-se pelo quarteto: 1) *igualdade entre os Entes Estatais*, que não contam com capacidade jurídica de impor seus ditames a outros; 2) *soberania nacional*; 3) *princípio da não intervenção*, que limita as ingerências de poderes externos nos territórios dos Estados; e 4) *não subordinação*<sup>2</sup>.

Contudo, ainda que de modo distinto das condutas adotadas internamente por cada Ente, e diante da real necessidade de conceber meios de solução, a Sociedade Internacional está sempre em busca de *meios pacíficos* para concluir todas as controvérsias internacionais, visando estampar segurança e

1 ITUASSÚ, Oyama Cesar. **Curso de Direito Internacional Público**. p. 569-570.

2 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. p. 605.



tranquilidade às relações. Assim sendo, a Sociedade Internacional possui dupla finalidade: *impeditiva*, solucionando as controvérsias; e *preventiva*, furtando o uso privado da força em âmbito internacional<sup>3</sup>. Nesse diapasão, o *Princípio da Resolução Pacífica dos Litígios* constitui um dos pilares do Direito Internacional contemporâneo, deduzindo-se a ideia do direito em si mesmo, já que pretende ser o meio justo de resolução dos atritos<sup>4</sup>.

A verdade é que a afirmação do Direito Internacional só é possível através da proibição do instituto (guerra) e, conseqüentemente, adoção daquela máxima (pacifismo), pois o sentido e o alcance deste princípio norteador visam diversas finalidades como: proteção dos *direitos humanos*; a *boa-fé* nas relações internacionais; igualdade soberana dos Estados; e o prelúdio da Não Intervenção por parte de terceiros<sup>5</sup>.

Igualmente, o quadro contemporâneo não mais justifica dispêndio de violência para solução de eventuais atritos. Com o advento da Carta das Nações Unidas, em 1945, o *uso privado da força* passou a ser inadmissível entre os Estados e Organizações Internacionais, sendo a «*solução ordeira*» o meio mais eficaz e juridicamente viável para solucionar avenças<sup>6</sup>.

Não obstante, o fato de ser hoje a Guerra um *ilícito internacional*, não se deve fazer perder de vista que, até o começo do século XX, ela era uma opção perfeitamente legítima para resolução de pendências, possuindo normas a ela inerentes, não tendo ainda se convertido, no que se chama de «*arqueologia jurídica*»<sup>7</sup>.

Com o advento da Carta das Nações Unidas<sup>8</sup> em 1945, o uso de contingente armamentista passou a ser insustentável na Comunidade Mundial, devendo as Nações e Organizações Internacionais procurar meios pacíficos de solução dos conflitos a que se submeterem. Nesse sentido, veja-se a inteligência do Artigo 33, do Capítulo IV – das Soluções Pacíficas de Controvérsias, a qual defende a procura primeira da solução «por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha».

Tal lista não é exaustiva, não excluindo outros meios de solução de controvérsias<sup>9</sup>. Nesse norte, a doutrina não deixa de assinalar a natureza indeterminada e meramente tendencial da caracterização jurídica dos meios de resolução pacífica dos litígios internacionais, tendo em conta a coloração *política* e *diplomática* que eles assumem<sup>10</sup>.

3 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**.pág. 1149.

4 MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional**. Coimbra: Coimbra Editora. 2013, pg. 670.

5 IDEM - **Ibidem**.

6 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público** p. 1149.

7 REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar** p. 388/389.

8 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Decreto Nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.

9 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. p. 606.

10 MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional**. p. 672.

*Plus ultra*, a Carta da Organização dos Estados Americanos<sup>11</sup>, de 1948, prevê em seu Capítulo V regras relativas à solução pacífica de embates, no qual afirma que «as controvérsias internacionais devem ser submetidas aos processos de solução pacífica» (Art. 24).

Ademais, no intuito de manter a paz e a segurança nas relações internacionais entre os países do Continente Americano, foi assinado em 02 de setembro de 1947, no Rio de Janeiro, o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (Pacto do Rio)<sup>12</sup>, por meio do qual os Estados Americanos «condenam formalmente a guerra e se obrigam, nas suas relações internacionais, a não recorrer à ameaça nem ao uso da força, de qualquer forma incompatível com a Carta das Nações Unidas ou do presente Tratado» (Artigo 1º do Pacto do Rio). Além de comprometerem-se «a submeter toda controvérsia, que surja, aos métodos de soluções pacíficos e a procurar resolvê-la entre si, mediante processos vigentes no Sistema Interamericano, antes de a referir à Assembleia Geral ou ao Conselho de Segurança das Nações Unidas» (Art. 2º).

Ressalte-se que não há hierarquia entre os mecanismos disponíveis, assim, cabe às partes a livre escolha dos métodos *supra* elencados, sendo-lhes facultada a escolha de caminhos alternativos e concomitantes para resolução de seus problemas (tudo a depender da natureza e da complexidade da controvérsia) - evidentemente, tal livre arbítrio não será possível quando os Entes Estatais já tiverem escolhido, *a priori*, um procedimento *constado* em *Tratado* pelo qual pretendem resolver eventuais contendas<sup>13</sup>.

Conquanto, isso não significa que, em matéria internacional, exista um campo «inteiramente aberto ao voluntarismo estatal» ou que «a questão está totalmente sob o controle da vontade dos Estados», afinal, o consentimento das partes litigantes não é necessário para que uma disputa seja levada à Assembleia Geral ou Conselho de Segurança, e nem mesmo para que este último exerça seus poderes investigatórios, podendo agir: por sua própria iniciativa; a pedido de qualquer membro da ONU ou em decorrência de iniciativa do Secretário Geral<sup>14</sup>.

## Os Meios Pacíficos de Solução de Controvérsias Internacionais

*Ab initio*, o modo de solução de conflitos internacionais pode ser, inicialmente, dividido em: *pacíficos*, que tem sua eficácia adstrita à vontade dos países contendedores<sup>15</sup>; e *não pacíficos* que estão ligados essencialmente ao uso da for-

11 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Decreto nº 2.677, de 17 de julho de 1998.** Promulga o Protocolo de Reforma da Carta da OEA “Protocolo de Manágua” assinado em Manágua, em 10 de junho de 1993.

12 No Brasil: Aprovação: Decreto Legislativo nº 5, de 14 de fevereiro de 1948. Ratificação: 25 de março de 1948. Entrada em vigor: 03 de dezembro de 1948. Promulgação: Decreto nº 25.660, de 13 de outubro de 1948.

13 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** p. 1152.

14 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação.** p.

15 CA, Rosa Gomes. **Solução de Conflitos/Litígios Internacionais.** Âmbito Jurídico,

ca por um dos litigantes. A solução ordeira de conflitos foi se consolidando ao longo da História<sup>16</sup>, consubstanciando-se em institutos consagrados pelos usos e costumes internacionais.

Com efeito, a busca para a solução dos conflitos internacionais consome tempo e recursos dos estudiosos do *Direito das Gentes*<sup>17</sup>, sendo necessária a criação de métodos satisfatórios para pôr fim aos impasses das personalidades internacionais, sem que para isso se valha de poderio bélico - assim, a partir de 1907, com as Convenções de Haia, e mais tarde com a criação do Conselho Internacional de Justiça (CIJ), em 1945, a guerra, como solução de conflitos internacionais, passou a ser *ilícita*<sup>18</sup>, fato este reafirmado após a Segunda Guerra Mundial, quando a sociedade internacional concebeu a Carta da ONU, que proibiu qualquer tipo de conflito armado.

Dentre os meios pacíficos, primeiramente apresentam-se os processos diplomáticos, que se caracterizam pela existência de um foro de diálogo entre as partes divergentes, exercitado por meio de convenções amistosas, buscando encontrar um denominador comum para a satisfação dos interesses de ambas as partes envolvidas em um conflito internacional. São de diversas ordens e de variadas índoles, merecendo destaques individuais, conforme se apresentará a seguir<sup>19</sup>.

A negociação direta, portanto, é o entendimento direto em sua forma mais simples, consistindo essencialmente num apelo à racionalidade das partes e às suas qualidades morais de civilidade, persistência e boa vontade<sup>20</sup>. Assim, resolve-se a contenta mediante negociata entre os envolvidos, sem que terceiros intervenham a qualquer título.

No que tange aos Bons Ofícios, estes possuem menção no art. 25 da Carta da OEA e caracterizam-se pela oferta espontânea de um terceiro (pessoa de direito internacional) - *«prestador de bons ofícios»*<sup>21</sup> ou *«moderador»*<sup>22</sup>- para colaborar na solução da controvérsia, limitando-se a aproximar as partes, pro-

---

Rio Grande, XIII, n. 83, jan 2010: “Com o surgimento e desenvolvimento da globalização e, conseqüente chegada da era tecnológica, os obstáculos geográficos deixaram de ser barreiras efetivas contra os atos praticados no país vizinho, sejam eles legais, ilegais, civis ou penais”.

16 CAVALCANTI, Anna Carmem Medeiros. **Solução dos Conflitos Internacionais: Evolução e Perspectivas dos Julgamentos dos Crimes de Guerra.** João Pessoa, 2005.

17 O *Ius gentium* ou *jus gentium* (“direito das gentes” ou “direito dos povos”, em latim) compunha-se das normas de direito romano que eram aplicáveis aos estrangeiros. Os antigos romanos permitiam que os estrangeiros invocassem determinadas regras do direito romano de modo a facilitar as relações comerciais com outros povos. Desenvolveu-se sob a influência do pretor peregrino, em contraposição ao *ius civile*, isto é, o conjunto de instituições jurídicas aplicáveis aos cidadãos romanos. Modernamente, a expressão costuma ser utilizada como sinônimo de “*direito internacional*”.

18 CAVALCANTI, Anna Carmem Medeiros. **Solução dos Conflitos Internacionais: Evolução e Perspectivas dos Julgamentos dos Crimes de Guerra.** João Pessoa, 2005.

19 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público** .p. 1152/1153.

20 JONES, Doroth V. **Toward a Just World.** p. 17.

21 REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar.** p. 393.

22 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado.** p. 609.

porcionando-lhes um campo neutro de negociação, sem tomar partido na contenda. À guisa de exemplo, cita-se o do Governo Português, para o restabelecimento das relações diplomáticas entre o Brasil e Grã-Bretanha, em 1864<sup>23</sup> e 1896<sup>24</sup>.

Os Sistemas de Consulta são contatos preliminares entre as partes, com vista a identificar e estabelecer, com maior precisão, os temas controversos e a preparar o terreno para uma futura negociação<sup>25</sup>.

A mediação, por sua vez, é o mecanismo que conta com o envolvimento de um terceiro que, ao contrário do que ocorre nos Bons Ofícios, não apenas aproxima as partes, mas propõe uma solução pacífica para o conflito, tomando parte ativa nas tratativas, num esforço de resolver a problemática<sup>26</sup>. Poderá ser *Obrigatória*, quando estiver prevista em Tratado; ou *Facultativa*, sendo o mediador apontado e aceito pelos envolvidos<sup>27</sup> - frise-se ser lícita a recusa de prestar mediação, como lícita é a recusa em aceitá-la.

Com efeito, o mediador pode ser pessoa natural<sup>28</sup>, Estado ou outro Organismo Internacional<sup>29</sup> e deve contar vestibularmente com a confiança dos envolvidos, inexistindo Mediação à revelia das partes<sup>30</sup>. Seu desempenho não distingue daquele de um Árbitro ou Juiz, sendo diferente no fato de seu *Parecer* ou *Proposta* não obrigar as partes litigantes, bastando uma das partes rejeitarem-na para que essa via de solução pacífica conduza ao fracasso. Há registro de casos de mediação exercida coletivamente por vários Estados, como em 1914, quando a Argentina, Brasil e Chile foram mediadores num conflito entre Estados Unidos e México; e, entre 1935 e 1938, quando os mesmos países, juntamente com os Americanos, Peru e Uruguai, exerceram mediação ao longo da Guerra do Chaco, onde confrontaram-se Bolívia e Paraguai<sup>31</sup>.

A conciliação é caracterizada especialmente pela existência de um órgão de mediação (*Comissão de Conciliação*), composto por número ímpar de membros e, em geral, formado por representantes das partes e por pessoas neutras, que examinará o litígio e emitirá *Parecer* ou *Relatório* propondo os termos da solução da contenda que, por sua vez, não possui força vinculante<sup>32</sup>.

Consiste na submissão a uma comissão especialmente qualificada, norteando-se para o esclarecimento da questão a partir de vários pontos de vista,

---

23 Prejudicados em consequência da Questão *Christie*.

24 Relativa às controvérsias sobre a Ilha de Trindade.

25 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. p. 609.

26 Idem - **Ibidem**

27 BREGALDA, Gustavo. **Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado**. p. 102.

28 Papa Leão XIII, no litígio entre Alemanha e Espanha, em 1885, sobre as Ilhas Carolinas.

29 ONU tem aceitado que personalidades privadas atuem como mediadores (Jean-Pierre Cot. *La Conciliation Internationale*. Paris : A. Pedone, 1968, pag. 263).

30 REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. p. 395.

31 ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. p. 16.

32 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado** .p. 609/610.

devendo sempre obedecer aos princípios básicos do *due process*<sup>33</sup>. Junto a isto, a Conciliação caracteriza-se por um maior aparato formal e se consagra por estar prevista em grande número de tratativas, como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) e Convenções das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1969).

O inquérito, também conhecido como «investigação» ou *fact finding*<sup>34</sup>, consiste na pesquisa sobre os fatos presentes na origem do litígio, buscando constatar sua materialidade e natureza, bem como as circunstâncias que o acompanham<sup>35</sup>. Por ser sempre *preliminar* aos outros meios de solução de controvérsia, o que decorre de sua natureza investigativa, é particularmente adequado para fiscalização do cumprimento de normas e obrigações internacionais na esperança de que torne mais fácil a aplicação do Direito<sup>36</sup>.

Ainda dentro dos meios pacíficos, encontram-se os meios políticos, assim, conflitos revestidos de certa *gravidade* e de *difícil reparação* tem sido resolvidos tanto pela ONU<sup>37</sup>, como por *Sistemas Regionais Especializados*, a *ex vi* da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Liga dos Países Árabes<sup>38</sup>. Destarte, diferentemente da Mediação, os meios políticos podem ocorrer sem o conhecimento de uma das partes envolvidas, sendo o Conselho de Segurança da ONU o mais utilizado pelos litigantes por contar com meios eficazes de ação, vindo a investigar, discutir e expedir *Recomendações/Resoluções* para a solução da problemática<sup>39</sup>.

A solução dada, em geral, é provisória e seu desacato não configura ato ilícito, visto que os Estados são soberanos e agem conforme seus entendimentos, o que torna, muita das vezes, inoperantes tais instâncias políticas. Dito isto, pois muitos Entes Estatais têm se utilizado da inteligência do Art. 2º, §7º da Carta das Nações Unidas<sup>40</sup>, que estabelece o *Princípio da Não Intervenção da ONU* em assuntos de *jurisdição interna*, na tentativa de impedir o restabelecimento da paz e segurança em regiões de conflito.

## A Arbitragem e os Mecanismos Judiciais Enquanto Meios de Solução de Conflitos

Inicialmente, registra-se que tanto a Arbitragem, como os *Meios Judiciais*

33 MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional**. Coimbra : Coimbra Editora. 2013, pág. 676/677.

34 BREGALDA, Gustavo. **Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado**. p. 104.

35 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. p. 850/851.

36 MALONE, Linda A. **Internacional Law**. Gaithersburg, Nova York, 1998, pág. 105.

37 Através de sua Assembleia Geral e do Conselho de Segurança.

38 BARRETO, Renata Nassar. **Meios pacíficos de solucionar conflitos internacionais**.

39 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público** p. 1155.

40 “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; esse princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VI”.

de Solução de Controvérsias, diferenciam-se das demais técnicas de resolução de litígios pelo fato de serem, ambos, *obrigatórios* para as partes em conflito<sup>41</sup>. Todavia, a assimetria entre a Arbitragem e os Meios Judiciais consiste no fato de *inexistir* um *Tribunal Arbitral* de jurisdição *permanente*<sup>42</sup>, sendo sua formação específica a determinado caso em concreto (*ad hoc*)<sup>43</sup>.

A Arbitragem é uma via *semi-judicial*<sup>44</sup>, estando incumbida às partes: a escolha dos árbitros; a descrição da matéria conflituosa; delimitação do direito aplicável<sup>45</sup>; e, observância do que vier a ser decidido (*Compromisso Arbitral*)<sup>46</sup>.

Os Estados não estão obrigados a se submeterem ao procedimento arbitral. Todavia, uma vez iniciada, a decisão dos árbitros é obrigatória e deve ser cumprida de boa-fé, sendo eventual descumprimento considerado ilícito internacional.

Além disso, os árbitros contam com poderes predeterminados, não devendo extrapolar suas competências, exteriorizando suas decisões através do *Laudo* ou *Sentença Arbitral* a ser cumprido nos termos do *Pacta Sunt Servanda*<sup>47</sup>. Não obstante, ainda que definitiva e irrecorrível<sup>48</sup>, esta *Sentença não é executória*, dependendo da honradez das partes para seu cumprimento, uma vez que os julgadores não dispõem de uma milícia que garanta seu cumprimento forçado<sup>49</sup>.

Nessa vereda, a Arbitragem pode ocorrer *após* a ocorrência do conflito ou *antes* do advento deste, sendo comumente inserida em tratados bilaterais ou multilaterais (*Cláusula Arbitral* ou *Compromissória*) que regulará situações futuras e incertas<sup>50</sup>. Em outro turno, tal mecanismo é frequentemente utilizado para resolver disputas envolvendo Estados e empresas privadas, ou, só entre empresas privadas<sup>51</sup>; possuindo como principais vantagens: eficácia conclusiva; maior controle do processo às partes; menor formalização; e confidencia-

41 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público** .p. 1164.

42 Atualmente, há a Corte Permanente de Arbitragem de Haia. Todavia, tal Corte não é nem Tribunal, nem permanente.

43 BUERGENTHAL, Thomas *et al.* **Manual de Derecho Internacional Público**.p. 63.

44 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado** .p. 610.

45 REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. p.402.

46 Sendo o compromisso arbitral um verdadeiro acordo internacional, a capacidade para sua negociação é dada pelo Direito Interno de cada Estado. No Brasil, a competência para celebração do ato é do Presidente da República (CF, Art. 84, VIII) mas *ad referendum* do Congresso Nacional. Caso o compromisso decorra de tratado já anteriormente aprovado pelo Congresso, e ratificado pelo Chefe do Executivo, o novo ato dispensa aprovação congressional, por ser mera decorrência de tratado vigente..

47 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado** - .p. 611.

48 No Âmbito do Mercosul, há possibilidade de recurso ao Tribunal Permanente de Revisão.

49 Existem duas hipóteses a questionar a eficácia do Laudo: quando ocorrer obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade; ou quando o árbitro cometer falta grave.

50 AMARAL JÚNIOR, Alberto. **Curso de Direito Internacional Público**. p. 281/282.

51 MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional**. p. 684.

lidade<sup>52/53</sup>.

Os mecanismos judiciais, por sua vez, são aqueles que funcionam por meio de órgãos jurisdicionais, em regra, *pré-existentes*. No mais, a *jurisdição judiciária* é um fenômeno recente, sendo a Corte de Justiça Centro-Americana, ou *Corte de Cartago*, criada em 1907<sup>54</sup>, o primeiro tribunal nesses portes<sup>55</sup>. Normalmente são criadas por Tratados, e, em geral, são dotadas de certo grau de *institucionalidade e permanência*, embora exista Tribunais voltados a julgar pessoas e entidades envolvidas em situações específicas, encerrando suas atividades tão logo findada suas análises (*ad hoc*)<sup>56</sup>.

Entretanto, a maioria das Cortes Internacionais só pode atuar com o consentimento expresso dos Estados, sendo o produto da vontade conjugada destes, evidenciado quando de sua criação ou quando da concordância de submissão a seus foros. Dito isto, pois a velha concepção de *Soberania dos Entes Estatais* é arguida, muita das vezes, em tentativa de encobrir injustiças, sendo o grande óbice à efetivação de uma Justiça Internacional cristalina<sup>57</sup>.

Diferentemente dos meios diplomáticos, a solução judiciária apresenta natureza obrigatória, sendo facultado aos Estados litigantes aceitar ou não o poder jurisdicional - entretanto, uma vez aceita, impõem-se uma solução defi-

---

52 JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional**. São Paulo: LTr, 2001, aduz que a "*confidencialidade impede a formação de jurisprudência, deixando de contribuir para a formação e melhoria do direito internacional*".

53 MALONE, Linda A. **Internacional Law**. p.106 aduz como desvantagem, a falta de uma autoridade típica de um tribunal, principalmente no que tange à citação e notificação, bem como, ao que diz respeito aos custos para as partes, já que em muitos casos sobre elas impede o dever de suportar as custas administrativas e a remuneração dos árbitros

54 Firmado entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua, de duração curta de 10 anos (1908-1918).

55 MAZA, Emilio. **La Corte de Justicia Centroamericana**: Comentarios.p. 89.

56 O exemplo do Tribunal Penal Internacional para os Crimes Cometidos em Ruanda, em 1994.

57 Todavia, a convicção de humanidade entre os povos mostra-se cada vez mais viva no seio da Sociedade Internacional, auxiliada pelo próprio Preâmbulo da Carta da ONU, que não se refere a "Estados", mas sim aos "povos das Nações Unidas", sendo um sinal para atribuição de um novo conceito à esta independência estatal. Nesse sentido, assim dispõe: "*Nós, os povos das Nações Unidas, decididos: a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas; a estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional; a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade; e para tais fins: a praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos; a unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais; a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum; a empregar mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos; Resolvemos conjugar os nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, os nossos respectivos governos, por intermédio dos seus representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem os seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, adotaram a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas*".

nitiva (e irrecorrível)<sup>58</sup>.

Como visto, as soluções judiciais e arbitrais distinguem-se em seu aspecto formal, em razão do Tribunal Arbitral, via de regra, ser constituído pelas partes e desaparece ao final do litígio; enquanto o Tribunal Judiciário é, normalmente, anterior ao próprio litígio e subsiste à sua solução<sup>59</sup>.

Atualmente, os principais órgãos judiciais do âmbito mundial são<sup>60</sup>: a) *Corte Internacional de Justiça* (CIJ), também conhecido como Tribunal de Haia, criada em 1945, competente para conhecer conflitos entre Estados relativos a qualquer tema de Direito Internacional; b) *Tribunal Penal Internacional* (TPI), criado em 1998, pelo Tratado de Roma, competente para julgar indivíduos envolvidos em Crimes de Guerra, Genocídio, Agressão e Terrorismo, bem como os chamados “crimes contra humanidade”; c) *Corte Europeia de Direitos Humanos* (CEDH), criada em 1959, competente para velar pela observância dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus, garantidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos; sendo um órgão do Conselho da Europa, e não da União Europeia; d) *Corte Internacional de Direitos Humanos* (CIDH), órgão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; e) *Tribunal Internacional do Direito do Mar*, criado pela convenção de Montego Bay, competente para aplicar as normas desta convenção aos Estados que a aceitarem; f) *Tribunal de Justiça*, da União Europeia; e g) *Tribunal Permanente de Revisão*, no Mercosul.

## Breves Considerações Sobre os Meios Coercitivos

Fracassando os meios pacíficos de solução de controvérsia, explanados nos capítulos antecedentes, os Estados podem tomar certas atitudes para finalizar a avença. Tal conduta se exterioriza por meio de *pressão* suficiente para fazer com que o Estado objeto mude sua atitude anterior<sup>61</sup>. Não obstante, no momento em que este meio legal e legítimo de negociação se transforma em *coerção*, em campos práticos, há a perda do livre arbítrio do repreendido<sup>62</sup> - fato suficiente que desprestigia seu emprego pela Sociedade Internacional<sup>63</sup>.

Dentre os meios coercitivos consagrados no Direito Internacional, apresentam a *Retorsão*; a *Represália*; os *Embargos*; o *Bloqueio*; o *Boicote*; o *Rompimento*

58 GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. p. 408.

59 Tradicionalmente, os tribunais internacionais aceitavam como partes apenas Estados soberanos. Todavia, já há Cortes que julgam cidadãos como réus, como é o caso do Tribunal Penal Internacional; bem como situações que sejam a elas submetidos por indivíduos, grupo de indivíduos ou organizações não governamentais, como a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos. Por fim, tribunais como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos aceitam participação de terceiros como *amicus curia*.

60 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. p. 618.

61 SEITENFUS, Ricardo Antonio Silva; VENTURA, Deyse de Freitas Lima. **Introdução ao Direito Internacional Público**. p. 151.

62 GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. p. 413.

63 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. p. 618.



das Relações Internacionais; Interrupção das Relações Econômicas, das Comunicações e dos Transportes; e a Ação Militar, sendo os últimos meios antes dos Estados entram em Guerra<sup>64</sup>.

A retorsão é reação equivalente de um Estado à conduta do outro. É o ato pelo qual um Estado que sofre a lesão aplica a mesma medida para seu ofensor. Ou seja, é a aplicação da *Lei do Talião* em âmbitos internacionais<sup>65</sup>. E

A Represália é a ação ilícita de um Estado contra outro que violou seus direitos. Distingue da Retorsão, pelo fato que naquela há violação a um direito do Estado, enquanto nesta há um ato que o Direito não proíbe, mas que pode causar algum prejuízo. A Represália é proibida no Direito Internacional<sup>66</sup>.

O Embargo é o sequestro de navios e cargas do Estado Executor, em *tempos de paz*<sup>67</sup>. Não é admitido no Direito Internacional, e não se confunde com o Embargo Civil (*Embargo do Príncipe*), que está relacionado à proibição da saída de navios de um porto, decorrente de questões judiciais, policiais ou sanitária<sup>68</sup>.

O Bloqueio Pacífico é o ato no qual um Estado emprega suas *Forças Armadas* para impedir que um Ente Estatal mantenha relações comerciais com terceiros. É entendido como tipo de Represália de proporções mais graves, e, portanto, proibido pelo Direito Internacional<sup>69</sup>.

O Boicote é a interrupção de relações comerciais com Estado ofensor dos nacionais ou dos interesses de outro Estado. É a interrupção econômico-comercial, com função especialmente política.

O Rompimento das Relações Diplomáticas equivale à inexistência de mais diálogos entre as partes, com a entrega dos passaportes ao Embaixador do Estado e a solicitação da retirada de todo o corpo diplomático, podendo resultar, inclusive em conflito<sup>70</sup>. É o fim do *Direito de Legação*<sup>71</sup>. Normalmente usado com viés políticos.

A adoção de “*sanções não violentas*” não é inovadora. No entanto, a adoção de força bruta constitui efetivo poder coator, sendo autorizada perante duas situações: a) quando as medidas não violentas tenham sido aplicadas e se demonstraram ineficazes; ou, b) quando a gravidade da situação é tamanha

---

64 SILVA, Claudenir Cândido da. **Formas Coercitivas de Soluções de Conflitos Internacionais**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/formas-coercitivas-de-solucoes-de-conflitos-internacionais/41782/#ixzz3ZY7ubcF9>. Acesso: 08/05/2015.

65 GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. p. 414.

66 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. p. 619.

67 BRÉGALDA, Gustavo. **Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado**. p. 107.

68 GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. p. 414.

69 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. p. 619.

70 GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. p. 415.

71 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. p. 619.

que a única alternativa para manter ou restabelecer a ordem é por intermédio militar. Assim, a Carta das Nações Unidas possibilita a interrupção parcial ou total das relações econômicas, de comunicação e de transporte para com os Estados violadores, e, em último caso, o próprio emprego de Forças Armadas.

Com efeito, a ideia inicial era a criação de um exército permanente da ONU. Não obstante, tal projeto não prosperou, sendo, nos presentes dias, utilizados contingentes próprios dos Estados-Membros<sup>72</sup>. Deste modo, as medidas *supra*, cuja aplicação compete ao Conselho de Segurança, são lícitas à luz do Direito das Gentes, aceitáveis no cenário Mundial, e, paradoxalmente, caracterizadas pelo *Uso da Força*.

## Considerações Finais

Conforme discutido no decorrer do presente trabalho, os mecanismos pacíficos de resolução de controvérsias, independente da forma em que se apresentem – política, diplomacia, arbitragem, judicialização – devem nortear a conduta dos Entes Estatais no percalço a uma resolução célere e apaziguadora dos choques de interesses que venham a naturalmente acontecer.

Assim, destaque-se a atuação da Organização das Nações Unidas, que objetiva facilitar a cooperação em matéria de Direito Internacional, desenvolvimento econômico, progresso social, Direitos Humanos e à realização da paz e segurança mundial - ainda que não se trate de uma autoridade suprema.

Assim, o Princípio da Resolução Pacífica dos Litígios constitui um dos pilares do Direito Internacional contemporâneo, vez que o recurso primário à força é a negação da normatividade e a afirmação da lei do mais forte, não se exteriorizando como meio adequado para solucionar, de pronto, quaisquer embates.

## Referências

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**, Vol. III. 2ª Ed. Rio de Janeiro : MRE, 1957.

AMARAL JÚNIOR, Alberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 Ed. – São Paulo : Atlas, 2012.

BARRETO, Renata Nassar. **Meios pacíficos de solucionar conflitos internacionais**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Decreto Nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Decreto nº 2.677, de 17 de julho de 1998**. Promulga o Protocolo de Reforma da Carta da OEA “Protocolo de

<sup>72</sup> FERREIRA, Luciano Vaz. **Direito Internacional da Guerra**. p. 43/44.

Manágua” assinado em Manágua, em 10 de junho de 1993.

BREGALDA, Gustavo. **Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado**. São Paulo : Atlas, 2009.

BUERGENTHAL, Thomas *et al.* **Manual de Derecho Internacional Público**, 1994.

CA, Rosa Gomes. **Solução de Conflitos/Litígios Internacionais**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, jan 2010.

CAVALCANTI, Anna Carmem Medeiros. **Solução dos Conflitos Internacionais: Evolução e Perspectivas dos Julgamentos dos Crimes de Guerra**. João Pessoa, 2005.

DINH, Ngueyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**, 2ª Ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FERREIRA, Luciano Vaz. **Direito Internacional da Guerra**. Jundiá : Paco Editorial, 2014.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público – 8ª Ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.**

ITUASSÚ, Oyama Cesar. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional**. São Paulo: LTr, 2001.

JONES, Doroth V. **Toward a Just World**. Chicago, 2002.

MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional**. Coimbra : Coimbra Editora. 2013.

MALONE, Linda A. **Internacional Law**. Gaithersburg, Nova York, 1998.

MAZA, Emilio. **La Corte de Justicia Centroamericana: Comentarios**, San Salvador: Organización de Estados Centroamericanos, 1966.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público – 9 Ed. Rev. e Ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.**

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado - 7 Ed. Rev., Ampl. e Atual. - Salvador : Editora JusPODVM, 2015.**

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar – 15 Ed. Rev. e Atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.**

SEITENFUS, Ricardo Antonio Silva; VENTURA, Deyse de Freitas Lima. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

SILVA, Claudenir Cândido da. **Formas Coercitivas de Soluções de Conflitos Internacionais**. Disponível em:<http://www.webartigos.com/artigos/formas-coercitivas-de-solucoes-de-conflitos-internacionais/41782/#ixzz3ZY7ubcF9>. Acesso: 08/05/2015.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. São Paulo – Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

# ANÁLISE COMPARATIVA DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE ESTADOS UNIDOS E BRASIL

**Carla Maria Alcofra Tocantins**

Instituto dos Advogados Brasileiros – advogada - mediadora judicial sênior - mediadora certificada pelo ICFML - mestre em mediação e negociação pelo Institut Universitarie Kurt Bosch - membro da comissão de mediação da Ordem dos Advogados do Brasil (seccional do Rio de Janeiro) - coordenadora de cursos e palestras da comissão de mediação da Ordem dos Advogados do Brasil (seccional do Rio de Janeiro) - integrante do quadro de mediadores do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - professora e supervisora do curso de formação de mediadores da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da AB Câmara de Mediação e do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem

**Bernardo Gicquel**

Instituto dos Advogados Brasileiros – advogado - pós-graduado pela Fundação Getúlio Vargas (MBA em direito da economia e da empresa – 2000) - pós-graduado pela Escola Superior de Advocacia Pública (Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e Fundação Getúlio Vargas) em direito público (2003) - especialista em direito de energia elétrica (2005 - Universidade Cândido Mendes e Light) - integrou o departamento jurídico da Light - Serviços de Eletricidade s/a, de 1997 a 1999 - integrou e foi sócio do escritório Fonseca Costa Advogados Associados, de 2000 a 2014 – sócio fundador do escritório Bernardo Gicquel Advogados Associados, de 2015 até a presente data - ex-conselheiro da Associação Comercial do Rio de Janeiro - presidente da comissão de direito da energia elétrica do Instituto dos Advogados Brasileiros – vice - presidente da comissão de petróleo, gás e minerais do Instituto dos Advogados Brasileiros – diretor de tecnologia e inovação do Instituto dos Advogados Brasileiros

## **Resumo:**

A evolução dos métodos não judiciais para a solução de conflitos no Brasil e nos Estados Unidos, apresentando e diferenciando como foram impulsionados e incentivados. Da análise comparativa nos dois países se conclui que um foi muito mais assertivo no caminho adotado. No caso, os Estados Unidos, diante da participação efetiva e real do Poder Judiciário ensejou uma mudança de cultura, o que não ocorre no Brasil apesar de toda evolução legislativa, técnica e política para a aplicação da mediação, por exemplo.

**Palavras-chave:** Litigância; Solução; Conflitos; Brasil; Estados Unidos.

## **A Evolução dos Métodos não Judiciais (portanto, adequados) de Solução de Conflitos no Brasil**

Os métodos não judiciais de solução de conflitos, no Brasil, ganharam um impulso inicial através de um movimento visando o acesso justiça, na década de 1970. Esse movimento teve como motivação a busca por formas de solução de disputas que auxiliassem na melhoria das relações sociais envolvidas nos conflitos.

A intenção naquele momento era encontrar solução para os conflitos que possuíssem uma natureza diferenciada, particular, como os conflitos oriundos de relações continuadas no tempo, tal como entre dois vizinhos, ex-cônjuges com filhos comuns, entre comerciante e fornecedor.

Afinal, nesses tipos de conflitos, o ideal, na medida do possível, é o de que seja sempre preservada a coexistência da relação entre as pessoas, o que muito dificilmente é alcançado através de uma sentença imposta por um terceiro estranho a esta relação.

A solução por uma sentença, a qual é dada de forma impositiva por um Juiz, portanto, muitas vezes, não é a mais adequada para as partes envolvidas num conflito.

Aliado a isto, como informado pelo professor Kazuo Watanabe em seu artigo “Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos”, se compreendeu que havia uma grave crise que afeta o Judiciário Brasileiro, principalmente em termos de morosidade, efetividade e adequação de suas soluções.

A partir disso, se passou a amadurecer que a jurisdição clássica, via Poder Judiciário, não seria suficiente para os anseios da sociedade na busca pela justiça, tendo a arbitragem, mediação e a conciliação recebido forte impulso por parte dos três Poderes.

O Legislativo editou Leis sobre a matéria, sendo a primeira, a que instituiu a arbitragem, Lei 9307, somente em 1996.

O Executivo, através de Políticas Públicas direcionadas, tem promovido ações de conscientização pela autocomposição dos conflitos.

Por fim, o Judiciário tenta direcionar processos e promover políticas judiciárias em favor da mediação e conciliação, tais como:

- Atuação, bem como práticas de gerenciamento por parte do Juiz;
- Normativo, através da confecção de ordenamentos internos;
- Práticas e políticas judiciárias nacionais sobre mediação e conciliação, organizando seminários e encontros especiais voltados para a conciliação.

Contudo, uma vez que a arbitragem acabou sendo direcionada para a solução de conflitos altamente complexos e custosos, o principal impulso somente ocorre em 2009, quando foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil.

O novo *Codex* foi editado em 2015 com amplo impulsionamento dos institutos da conciliação e da mediação.

Não obstante ainda que na época não houvesse sido convertido formalmente em Lei, é preciso que se diga, a mediação e a conciliação já estavam difundidas no Brasil, sendo exercida, inclusive, dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes, e contava com o expresse apoio do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça e, ainda, do Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário.

Tanto foi assim, que no ano de 2010 o Conselho Nacional de Justiça publicou a resolução nº125/10 com base nas seguintes premissas:

- o direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º. Inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, além de vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;
- desta forma, cabe ao judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam ser prestados através de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;
- a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;
- a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos países tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;
- a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas às especificidades de cada segmento da Justiça;

O artigo 1º da Resolução instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, como objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, deixando claro que incumbia ao Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial dos chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Mediante a Política Judiciária Nacional que os Tribunais criaram os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e com isso foram instalados Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Além do Código de Processo Civil, também em 2015, demonstrando o

grande impulso para o atingimento de soluções não judicializadas dos conflitos, foi promulgada a Lei 13.140, que dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Desse momento despontava-se, inclusive, a conclusão que os meios não judiciais para a solução de conflitos, não deveria sequer ser mais denominado de alternativos, mas de adequados.

Os métodos não adversários definitivamente, não podem ser meios alternativos, numa sociedade evoluída.

A sociedade brasileira precisava entender que os métodos consensuais de solução de conflitos deveriam ser sempre a primeira opção, portanto, serem chamados de meios adequados para solução dos conflitos.

Afinal, estavam sendo disciplinadas, efetivamente, as possibilidades, com a possibilidade de acesso amplo pela população para se atingir soluções aos conflitos, sem a participação de um Judiciário ou com o mesmo, mas através de um método que seriam as partes envolvidas que viriam a alcançar, ou seja, alcançando a mais verdadeira das soluções, a consensual, que sempre é mais perfeita e duradoura que qualquer outra.

Ocorreu um profundo amadurecimento técnico e político, uma vez que, apesar de já antes existirem muitas vozes de apoio e uma literatura significativa, as várias normas projetadas anteriores não atravessaram a porta de entrada ao ordenamento.

Uma nova ideologia, nascia um novo jeito de compreender o processo civil.

Estava, assim, estabelecida todo um cenário positivo para a mudança de cultura adversarial no Brasil.

Vale lembrar que o pensamento não é só para desafogar o Judiciário Brasileiro, mas promover a pacificação social de forma não paternalista, mas inclusiva aonde a solução dos conflitos majoritariamente vem dos próprios envolvidos no conflito.

Um dos pilares do embasamento legal, é que cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que cada vez mais se fazem presentes na nossa sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam ocorrer mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a conciliação e a mediação.

A conciliação e a mediação são, portanto, instrumentos, com custos não tão elevados como o da arbitragem, efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, os quais têm como uma das grandes finalidades, reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentença.

## **A Evolução dos Métodos não Judiciais (portanto, adequados) de Solução de Conflitos nos Estados Unidos**

Nos Estados Unidos da América, também a partir década de 70 do século XX, se compreendeu pela necessidade de meios alternativos ao Judiciário para atingir a solução dos conflitos.

O primeiro a entender assim foi Poder Judiciário.

O papel do Poder Judiciário foi fundamental, já que a chamada “Reunião Obrigatória de Acordo” acabou originando a aplicação da mediação em si como parte fundamental das soluções de conflitos nos Estados Unidos.

Os Juízes indicavam os casos que teriam que passar por essa reunião, no sentido de se verificar se partes teriam interesse em compor um acordo ou correrem o risco de deixar a decisão do caso nas mãos de um terceiro, no caso o Juiz.

As partes e seus advogados passaram, então, a buscar meios de resolver os conflitos antes de irem as vias judiciais no sentido de buscar soluções mais sustentáveis para diversos tipos de conflito, bem como reduzir custo e aumentar a agilidade

Esse processo trouxe dois grandes benefícios para o modelo norte-americano.

Primeiro, a reunião obrigatória de acordo fez com que os advogados se acostumassem ao fato de ter que ir até o juiz para ouvir os argumentos das partes para identificar suas forças e fraquezas, bem como efetuar a avaliação financeira do caso.

A mediação como método de solução foi consequência.

Segundo, naturalmente transformou juízes aposentados em candidatos a se tornarem mediadores, de forma a que estes pudessem contribuir com seu conhecimento e experiência para solidificar a mediação.

Outro entre os principais motivos para a consolidação desse sistema foi a postura das Cortes Estaduais e Federais que incentivaram os métodos alternativos, oferecendo mutirões de mediação e treinamento para que os advogados enxergassem que as ações judiciais não eram o único nem o melhor meio de resolução de conflitos.

Com isso, as ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), como são chamados nos Estados Unidos as formas de solução de conflito sem judicialização, se popularizaram e, aos poucos, mostraram-se ferramentas indispensáveis e eficientes para desafogar o Poder Judiciário.

### **Análise Comparativa**

Diante das breves sínteses da evolução da utilização dos métodos adequados (ou alternativos, como quiser se denominar), verifica-se que há uma grande diferença entre os dois países.

Enquanto na mesma década de 70 do século vinte os dois países enten-



deram que haveria a necessidade de adoção de meios mais adequados para a solução das controvérsias, seja pelo acúmulo de processos judiciais, seja pelo custo envolvido, pela imposição de uma decisão ou pelo não tingimento de uma real pacificação como o modelo em que se funda o Poder Judiciário nos dois países, um foi muito mais assertivo que o outro.

Os Estados Unidos da América foram mais assertivos.

Sendo que isso foi em razão do caminho que foi adotado: o de mudança de uma cultura litigante para uma colaborativa.

O Judiciário americano demonstrou de forma clara e evidente que em boa parte dos casos encaminhados não atingiria a “melhor” solução, provocando que a cultura fosse alterada.

Obviamente, a cultura foi sedimentada com incentivos e políticas.

Inicialmente, se estabeleceu o sistema multiportas no judiciário, modelo que se baseou em Estudo do Professor Frank Sander da Universidade de Harvard. Tal estudo foi apresentado na Conferência de St. Paul no estado de Minnesota, sob o tema “Variedades de processamento de conflitos”, tendo sido posteriormente publicado pela *American BAR Association*, equivalente a OAB no Brasil.

O sistema multiportas americano se baseou em quatro pilares:

- a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos;
- a escolha do método a partir de uma triagem feita por um expert;
- adequada formação dos profissionais que irão manejar o conflito a partir destes métodos, incluindo advogados e mediadores/conciliadores;
- existência de uma política pública de conscientização sobre os benefícios de adotar os meios alternativos, além da adequação da destinação de recursos bem como sobre a economia a ser gerada no sistema judiciário com o incentivo à utilização dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos.

O conceito do sistema multiportas se baseia, a partir das características de um dado conflito, qual seria o método mais adequado para solucioná-lo. Esse seria o ponto de partida para a democratização do conflito, onde não se tomaria como princípio que deve ser usada a solução pela via judicial, ao contrário, a natureza do conflito determinaria o tipo de solução mais adequada, sendo que em muitos deles, as partes devem chegar a uma solução por elas mesmas, muitas vezes com a ajuda de um terceiro neutro, como no caso da mediação.

Logo, parte-se do problema, através do entendimento de suas características para a solução e não já se pré-determina uma solução, como ocorre no tradicional modelo de solução de conflitos pela via do Judiciário.

No Brasil, apesar de toda a evolução política e técnica, da edição de Leis, o Judiciário, em grande parte, ainda incentiva a postura litigante.

Um dos principais exemplos é o de não encaminhamento, logo de iní-

cio, dos processos para uma audiência de conciliação/mediação, medida que, apesar de determinada no Código de Processo Civil editado em 2015, como um dos principais pilares, o Judiciário não aplica na grande maioria dos casos.

Outro exemplo é que enquanto há um quadro estável de mediadores nos Estados Unidos, contando, inclusive, com juízes aposentados prontos para resolver casos que ainda estão em andamento, no Brasil, não há qualquer incentivo para ser mediador, ao contrário, impõe-se custo e tempo para um curso de formação sem uma política clara de que os mediadores terão uma remuneração adequada para o exercício da função.

É verdade que o Judiciário incentiva e até criou centros próprios para as mediações, mas sequer remuneram os mediadores.

Se não há mediadores incentivados, não há como convencer partes e advogados de não que o caminho do Judiciário pode não ser o melhor, mais barato e mais efetivo para a paz social.

No Brasil, apesar de todo um momento especial que conduzia para um caminho de efetiva aplicação dos métodos tidos como alternativos, que pode se entender como adequados, precisa efetivamente de medidas e políticas no intuito de alterar a cultura de somente litigar para encontrar solução de conflitos.

É necessária uma uniformização maior no que se refere ao processo de formação de mediadores ou conciliadores, bem como uma institucionalização ainda maior dos diversos métodos de solução de conflito, com a criação de efetivamente tribunais multiportas. Assim teríamos mediadores, conciliadores e juízes como grandes incentivadores de estabelecer de forma ampla e sustentável, múltiplas formas de solução de conflito. Diante disso, naturalmente, os advogados também começariam a entender e acreditar no processo, passando também a incentiva-lo, influenciando seus clientes a pensarem seus conflitos de forma mais abrangente. E por fim, a própria sociedade passaria a naturalmente tratar o conflito de forma diferente, concretizando-se assim, uma mudança cultural.

Portanto, no Brasil a base legal está consolidada, mas é preciso mais do que a simples intenção em seminários e congressos do Poder Judiciário e Executivo.

É preciso atrair a confiança de todos os envolvidos, partes, advogados, juízes e até daqueles que vão ser os mediadores.

Se não houver confiança, a cultura litigante vai permanecer.

Na verdade, vai crescer, pois a cada dia se constata um aumento do número de conflitos judicializados, que com manifesta certeza, poderiam, estar sendo solucionados pela conciliação ou mediação.

A falta de confiança no processo faz com que as partes se posicionem de forma defensiva, vendo a outra parte como inimiga. Ver a outra parte como inimiga faz com que se comporte naturalmente de forma adversarial, onde a solução para o conflito passa por derrotar a outra parte. Nesse contexto, não há troca de informações e as partes tender a permanecer em suas po-

sições originais, ao invés de buscar entender os reais interesses dos envolvidos e a partir daí se buscar formas de atendê-los da melhor forma possível.

Assim, a chave para o sucesso na mediação nos Estados Unidos tem sido a confiança depositada no método escolhido sem a participação do Judiciário, enquanto essa confiança ainda precisa ser construída no Brasil.

Em resumo, o Brasil construiu a sua base legal, restando apenas seguir o exemplo norte americano de criar um ambiente positivo para o desenvolvimento natural dos métodos não judiciais para solução de conflitos. Já que, obviamente, apenas a base legal não é suficiente para que haja a mudança de mentalidade necessária para o real estabelecimento dos métodos consensuais de solução de conflito de forma sustentável. A base legal é, obviamente, necessária, pois sem ela, não há o impulso necessário para a mudança, porém, há muito mais a ser feito, como:

- comunicar continuamente os benefícios dos métodos auto compostivos para certos tipos de conflito;
- o Judiciário deve sempre promover, quando aplicável, a mediação e a conciliação como formas adequadas de solução de conflitos em muitos dos processos;
- Conscientizar os advogados para que estes influenciem seus clientes para ver possibilidades diferentes da litigante como forma de solução dos conflitos que potencialmente apareçam, ao invés de promoverem apenas a via litigantes, com a mentalidade de que sucesso é vencer a outra parte, muitas vezes com o intuito de maximizar seus honorários. Ao contrário, maior presença das vias auto compositivas podem aumentar a receitas dos advogados porque lhes propiciará receber honorários mais rapidamente e poder trabalhar em mais conflitos;
- Profissionalizar e incentivar a função de mediador/conciliador, permitindo remuneração adequada.

O momento, inclusive, é propício para um ganho de escala diante da possibilidade de utilização de ambientes virtuais.

São as ODRS (*Online Dispute Resolution*), que, em síntese, são mecanismos alternativos de resolução de conflitos, instrumentalizadas através do uso de comunicações eletrônicas, ou outras tecnologias de informação e comunicação.

Há quem entenda que as ODR's são simplesmente uma forma de exprimir as ADRs, incorporando nessa feita o uso da internet, sites, comunicações por e-mail, transmissão de mídia e outras tecnologias da informação como parte do processo de resolução de disputas.

Todavia, o caminho digital é inevitável, pois diminui ainda mais o custo e facilita o acesso para a solução de um problema.

A mediação *on line* é um procedimento em que o mediador é uma pessoa imparcial e sem poder de decisão (que não é substituído por um software ou qualquer outra ferramenta), com suporte da tecnologia da informação e da comunicação, atuando como facilitador do diálogo para auxiliar pessoas em

conflito a encontrarem soluções de ganho mútuo e construir um acordo.

A mediação, bem como os demais métodos auto compositivos, tem como principal objetivo fornecer amplo acesso à justiça para sociedade, sendo que a mediação *on line* tem o intuito de expandir ainda mais o acesso à justiça, dispondo de uma flexibilidade ainda maior para esse método, propiciando as partes que possam solucionar conflitos sem ter a necessidade de estar no mesmo local físico.

Logo, a mediação na modalidade *on line* traz para sociedade flexibilidade, conveniência, celeridade, eficiência e redução de custo.

A consequência natural disso é ter mais pessoas utilizando este método e, portanto, tendo acesso à Justiça, gerando significativa ampliação nesse âmbito.

Assim, o Brasil tem todas as possibilidades para incentivar os métodos não judiciais para solução de conflitos, tal como nos Estados Unidos.

Portanto, ainda que o Brasil tenha evoluído muito ao longo das últimas décadas no que se refere a ampliação do acesso à justiça, ainda há um longo caminho a percorrer até que esta mudança de mentalidade esteja totalmente arraigada na nossa sociedade, ao ponto em que as pessoas não precisem ser incentivadas por juízes, mediadores ou advogados para buscarem o método mais adequado para a solução dos seus conflitos.

Nesse momento se alcançará o ponto máximo de maturidade na área de gerenciamento de conflitos, quando as partes estão ativamente engajadas na busca de soluções adequadas e sustentáveis para seus conflitos, gerando pacificação social e fazendo com que os conflitos, ao invés de gerarem mais tensão e sentimentos negativos na nossa sociedade, passem a ser elementos altamente positivos que façam com a sociedade cresça e amadureça suas relações interpessoais.

## Referências

WATANABE, K. **Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos**. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2017.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – Volume 39 - O modelo de tribunal multiportas americanos e o sistema brasileiro de solução de conflitos

# VALIDADE EXTRATERRITORIAL DO ACORDO DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS REALIZADO EM CÂMARA PRIVADA

**Ana Cristina Freire Lima**

Advogada. Fundadora da Mediato. Mediadora pelo Método Harvard de Negociação. Mediadora com certificação avançada pelo Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos (ICFML). Mediadora Judicial certificado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Especialista em Meios Adequados de Solução de Conflitos Humanos e Mestranda em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito

**Edivaldo Alvarenga Pereira**

Facilitador de Diálogo em Círculos Restaurativos. Professor do Curso de Formação de Mediadores da AB-CMRJ, em parceria com a OAB/RJ. Mediador Judicial Sênior certificado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Bacharel em Direito. Especialista em Mediação e os Métodos Adequados de Solução de Conflitos. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral e em Gestão Empresarial. Oficial Substituto do 4º Ofício de Registro de Títulos e Documentos na cidade do Rio de Janeiro

## **Resumo:**

O presente artigo tem como objetivo elucidar a validade extraterritorial do acordo de mediação realizado em câmara privada, independente do domicílio das partes ou da cidade que ocorreu o fato. A eficácia contra terceiros da mediação privada independente de homologação judicial, exceto quando a Lei exige, restando saber qual juízo competente. A Lei de mediação, 13.140/2015, em seu artigo 3º, §2º, determina que os acordos que tratam de direitos indisponíveis, *id est*, mas que podem negociar ou transigir, deverão ser homologados pelo juízo competente e passar pelo crivo do Ministério Público. No entanto, a Lei se abstém de informar qual é este juízo competente. A tendência é que tais conflitos sejam *desjudicializados*, como determina o § 3º, artigo 3º, do Código de Processo Civil Brasileiro, remetendo-se às câmaras privadas de mediação para solucionar o litígio. O que dá segurança jurídica para as partes, é que o termo do acordo de mediação, e não, o local da sua homologação.

**Palavras-chave:** Mediação; Conflito; Territorialidade; Homologação; Desjudicialização.

## Introdução

Muito se tem falado sobre mediação e os métodos adequados de resolução de conflitos no Brasil e em boa parte do mundo. É o tema da atualidade. Mas poucas pessoas ou entidades estão dispostas a encontrar uma solução amigável para o problema através das formas pacíficas de resolução de conflitos.

Estamos acostumados a ter alguém decidindo por nós. Tanto no âmbito familiar matriarcal quanto no patriarcal, encontramos a figura que decide e dá as ordens. Mesmo uma sentença prolatada por um juiz togado, nem sempre é suficiente para satisfazer as vontades das partes litigantes, pois não consegue tratar os sentimentos dos indivíduos nas decisões proferidas. Daí a persistência do conflito dentro da sociedade.

Com o advento da Lei 13.140, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, o Brasil deu o passo inicial para tentar tirar do judiciário os conflitos que surgem ao decorrer da vida, deixando para o judiciário as questões mais complexas e questões que tratam de direitos indisponíveis.

São consideradas situações complexas os casos em que o desfecho não depende de diálogo, pois tem como consequências danos irreparáveis. Entende-se de direitos indisponíveis aqueles que a pessoa não pode lançar mão, como o direito à liberdade, à saúde, à vida e à dignidade.

Portanto, a mediação e os métodos adequados para resolução de conflitos poderão ser usados na esfera cível, consumerista, penal, empresarial e trabalhista, sendo este rol meramente exemplificativo.

Espera-se que com este presente artigo possamos dar um passo mais audacioso para que os Tribunais reconheçam a *validade extraterritorial do acordo de mediação de conflitos realizado em câmara privada*, chancelando assim o princípio da *autonomia da vontade das partes*, estabelecido na Lei de Mediação.

## Contextualização

### O procedimento de Mediação

Cumpra em primeiro lugar, analisar o contexto histórico-temporal da lei para melhor entender. A Lei de Mediação. (Lei 13.140, de 26 de junho de 2015).

Afinal, quando surge um conflito, os envolvidos poderão resolvê-lo pelos diferentes meios: a) Jurisdição estatal: resolução do conflito mediante uma ação que será julgada pelo Poder Judiciário; b) Jurisdição privada por meio da arbitragem que corresponde a uma técnica de solução de conflitos pelo qual, os envolvidos aceitam que a solução de seu litígio seja decidida por meio de uma terceira pessoa, imparcial e de sua confiança ou por meio da mediação, aonde as partes constroem juntas a solução mais adequada para o seu conflito.

to, com a ajuda de um facilitador, ou seja, o Mediador.

É verdade que existe uma estridente discussão doutrinária se a arbitragem pode ser considerada como jurisdição, ou se seria somente um mero equivalente jurisdicional.

E, nesse sentido, Didier<sup>1</sup> afirma que a arbitragem é jurisdição, ao passo que Marinoni<sup>2</sup>, sustenta exatamente o oposto.

A arbitragem *ab initio* possuía um caráter privatista tanto em sua origem, por ser decorrente de acordo entre as partes, como também por conta dos árbitros, posto que não possuem o poder de executar suas decisões.

De fato, com advento da Lei 9.307/1996 que equiparou a sentença arbitral à sentença judicial e a instituindo como título executivo judicial, e não mais precisando de homologação judicial, ficou quase que inviável não reconhecer a natureza jurisdicional da arbitram.

A arbitragem é regulada pela Lei 9.308/1996 e que sofrera recente alteração pela Lei 13.129/2015, sendo cada vez mais valorizada, seja pela celeridade que oferece, seja pela rapidez na execução de sua decisão.

Quanto à autotutela é a solução imposta, por meio da força (física, moral, econômica e política, entre outras) por um dos litigantes contra o outro. Em linguagem popular significa mesmo fazer justiça pelas próprias mãos.

Em regra, a autotutela é proibida, podendo até configurar crime, a depender da situação. Porém, existem algumas notórias exceções em que a autotutela é permitida. Exemplos: desforço incontinenti do possuidor turbado ou esbulhado, a legítima defesa, e o direito de retenção.

Na conciliação ocorre quando um terceiro, o conciliador, atua como intermediário entre as partes, procurando facilitar o diálogo, e a fim de se chegar a autocomposição. A conciliação é regulada pelos artigos 165 a 175 do CPC/2015.

A composição e a mediação são, de fato, muito semelhantes. A diferença está apenas na técnica que é usada pelo CPC de 2015, em seu art. 165, §§ segundo e terceiro, prevê as sutis diferenças.

Em verdade, o conciliador tem uma participação mais ativa no procedimento de negociação, e atua preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre os envolvidos, e pode até sugerir soluções possíveis para compor o litígio.

Já o mediador é quem auxiliar os envolvidos a melhor compreender as questões que envolvem o conflito de interesses, de maneira que possam, pelo restabelecimento da comunicação, do diálogo, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

1 DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015

2 MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5ª Edição revista, atualizada e compilada.

## Os meios utilizados para realização da Sessão de Mediação (ODRS)

A mediação pode ocorrer tanto no âmbito judicial como também extrajudicial. Esta última, ocorre quando as partes optam por tentar resolver o conflito por meio da mediação antes de ingressarem na judicialização do conflito de interesses.

A mediação judicial<sup>3</sup> é que ocorre após a ação, já ter sido proposta, quando então as partes tentam um acordo facilitado pelo mediador.

O mediador extrajudicial poderá ser qualquer pessoa capaz que tenha confiança das partes e que seja devidamente capacitada para realizar mediação. Não se exige que esteja vinculado a qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou mesmo associação de mediadores. Na mediação extrajudicial, as partes é que são responsáveis pela escolha livre da pessoa do mediador.

A mediação nesse momento contemporâneo vem resgatando o seu lugar que historicamente sempre esteve presente na civilização humana pois a mediação, em alguns registros foi a fonte primitiva de distribuição de justiça, resgatando pela via de afeto e do sentimento, a convivência harmoniosa e a recuperação dos conflitos.

Jean Carbonnier<sup>4</sup> foi um civilista que ineditamente adotou o caráter interdisciplinar, em plena década de 1960 quando surgiu a doutrina moderna, pois enfatizou o estudo do Direito no enfoque dado pelo conhecimento da sociologia e pela proximidade existente entre Direito e biologia.

Indissociável o elo entre Direito e o processo das ciências, especialmente, as biológicas, o que trouxe novos paradigmas principalmente para o Direito de Família. Afinal, a vida em sua ampla expressão precede ao Direito, daí entendê-lo como decorrente da biologia.

A modernidade líquida com sua ambiguidade incide na mediação considerada como fruto da pós-modernidade, pois por um lado significa justiça popular e por outro lado, por um juiz do Estado de Direito atua como protetor dos hipossuficientes.

Pode-se afirmar que a mediação familiar é interdisciplinar e retrata bem a doutrina pós-moderna, sendo reconhecida como boa ferramenta do direito trazendo uma linguagem aperfeiçoada para a comunicação humana.

3 De acordo com a Lei da Mediação, a Resolução 125/2010 do CNJ e ainda o CPC/2015 deve o mediador e o conciliador ser submetidos à capacitação, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

4 Jean Carbonnier (1908-2003) foi jurista francês, professor de direito privado e especialista em Direito Civil. Formado em Direito pela Universidade de Bordeaux, defendeu sua tese intitulada “O regime matrimonial, sua natureza jurídica em relação aos conceitos de empresa e associação” na mesma universidade em 1932. Foi professor na Universidade de Poitiers de 1937 a 1955. Há formas com que abordava os temas em suas aulas, bem como seu estimo o tornara famoso, mesmo durante a Ocupação, principalmente por louvar a Declaração dos Direitos Humanos em uma revisão do Conselho de Estado no julgamento de Ferrand, criticando a extradição por crimes políticos em comentários feitos ao Tribunal de Apelação de Paris.



Após o nazismo, o princípio da preservação da dignidade humana começou a ser recepcionado pelas constituições europeias, principalmente na Itália e Alemanha.

Coincidentemente na mesma década (1960) ocorreu a descoberta científica do anticoncepcional hormonal, popularmente conhecido como pílula que tratou de mudar o comportamento sexual, particularmente no tocante ao gênero feminino.

Foi exatamente neste contexto que aconteceu o avanço da mediação nos EUA que foi se desenvolvendo como instituto apto a desafogar o judiciário, reativando-se o acesso à justiça em face do crescente e aperfeiçoamento dos mecanismos protetivos dos direitos, particularmente quanto às relações de consumo.

Nos EUA a mediação é entendida como muito mais próxima à conciliação. Percebe-se o contraponto com a realidade pátria que tem na conciliação uma tradição como instituto e que resta embasado em usos e costumes.

Porém, no Canadá e França, a mediação veio a preencher as lacunas decorrentes da história do positivismo jurídico para servir à construção das bases teóricas, do conhecimento da mediação como princípio, valorado como comportamento voltado para a humanização das relações jurídicas.

Como princípio a mediação contém grande carga pedagógica, sendo capaz de estabelecer a comunicação entre as pessoas.

A mediação se concretiza pelo emprego de um conjunto de técnicas de comunicação, adequada para garantir escuta qualificada e eficaz, capaz de dar materialidade ao princípio da dignidade humana e a proteção do Estado.

Por ser uma linguagem profissional requer conhecimento da origem das relações humanas quer sejam de ordem social, biológica e econômica e, que viabilize o acesso à justiça o que requer os saberes diversos como direito, psicanálise, psicologia, sociologia, filosofia.

No mesmo sentido evolucionário, temos as três **ondas renovatórias de acesso à justiça** do ilustríssimo mestre Mauro Cappelletti, quais sejam: “Assistência judiciária para os pobres”, “Representação dos interesses difusos” e “Acesso à representação em juízo, a uma concepção mais ampla de acesso à Justiça, e um novo enfoque de acesso à Justiça”.

Inserido no contexto do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas “ondas renovatórias do direito” de Mauro Cappelletti, entendemos que a **quarta onda** caracteriza-se pela utilização dos métodos adequados de solução de conflitos que hoje, por conta do COVID-19, são realizados através dos meios eletrônicos, seja nas plataformas CISCO WEBEX, MICROSOFT TEAMS, ZOOM MEETINGS, GOOGLE HANGOUT MEET, LIFESIZE, SCRIBA, sendo ainda permitido por alguns Tribunais a utilização das chamadas de vídeo do WHATSAPP.

Independentemente da plataforma utilizada na ODR (Online Dispute Resolution), o mediador deverá atender todos os rigores dos princípios que regem a mediação, dando destaque ao *Princípio da Confidencialidade*.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através do CEJUS-Cs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania<sup>5</sup>, orienta que o mediador grave apenas o discurso de *abertura* e o *fechamento* da mediação, com a leitura do termo, pois em regra na mediação *on-line*, continua prevalecendo a confidencialidade.

Devemos entender que a tendência é que as audiências, mediações e todos os atos judiciais ou extrajudiciais litigiosos ou não, sejam resolvidos de forma *on-line*, pois estamos diante de uma nova onda renovatória do direito.

## A lavratura do Termo de Mediação

Finalizado o procedimento de mediação, conforme preceitua o artigo 20 da Lei 13.140/2015<sup>6</sup>, havendo ou não acordo entre as partes, o mediador deverá lavrar o Termo de Mediação, ler em voz alta para as partes, e colher as assinaturas de todos os presentes no ato.

Em se tratando de na ODR (Online Dispute Resolution), além do procedimento já relatado, o mediador substituirá assinatura das partes pela gravação contendo a leitura do termo de acordo e a concordância dos participantes.

## A eficácia do Termo de Mediação

Sabemos que o acordo assinado por ambas as partes tem pleno valor jurídico. Portanto, qual a necessidade de se homologar um acordo extrajudicial?

Para Ministra Nancy Andrighi,<sup>7</sup> atender ao pleito homologatório é ceder a uma prática de atividade cognitiva existente. A cultura da homologação dos termos de mediação, vai contra a corrente da desjudicialização, podendo acarretar mais sobrecarga para o judiciário.

Imagina-se haver pretensão em tornar um título extrajudicial em judicial, através da homologação.

Existe grande diferença entre o acesso ao Poder Judiciário e o Acesso à Justiça, pois nem sempre uma sentença consegue ser justa o suficiente para satisfazer as demandas das partes.<sup>8</sup>

5 Cf. O art. 165 determina aos tribunais a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pelas sessões de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a *autocomposição*. Conciliadores, mediadores e câmaras privadas de conciliação e mediação, diz o art. 167 e §§, devem ser inscritos em cadastro nacional e cadastros dos tribunais de justiça e regionais federais, todos obrigados a manter registro dos profissionais habilitados por meio de curso específico, aprovado pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

6 Cf. Lei 13.140/2015, art. 20. “O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.”

7 Cf. Recurso Especial nº 1.184.151 – MS.

8 Cf. CPC, art. 359. “Instalada a audiência (de instrução e julgamento), o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.”

Para o Ministro Luiz Fux, em tempos de COVID-19, aplicar somente a lei não permite o juiz uma solução que seja justa para todos os envolvidos no conflito. O Ministro fala sobre despejo por falta de pagamento e contratos rompidos de forma abrupta, que podem ser solucionados através de uma negociação, quiçá uma mediação.<sup>9</sup>

De acordo com o artigo 20, parágrafo único, da Lei 13.140/2015, o termo final de mediação tem a eficácia de um título executivo extrajudicial, sendo necessária a homologação, tão somente, quando se tratar de direitos indisponíveis, i.e., quando se tratar de assuntos envolvendo menores de idade, incapazes, ou outros d. i., que possam fazer parte da pauta.

O ponto que queremos chegar é quando há necessidade de homologar o acordo de mediação para cumprimento de obrigações secundárias, tais como aquisições imobiliárias, emulando a parte interessada de ir ao cartório de notas lavrar a escritura de compra e venda, levando-a ao registro de imóveis, transferência de um automóvel, dentre outras demandas que necessitarão da homologação judicial na comarca onde exista o bem a ser transferido ou a obrigação a ser cumprida.

## Câmaras Privadas

No cenário processual brasileiro, conforme dados do CNJ obtidos por meio do levantamento anual Justiça em Números, atualmente com quase 80.000.000 (oitenta milhões) de processos tramitando nos Tribunais<sup>10</sup> e pensando na ideia de colaboração, surgiram as Câmaras Privadas com a característica de auxiliares da Justiça. As informações sobre o procedimento de cadastro de Câmara Privada no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (CCMJ) devem ser obtidas diretamente no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do Tribunal de Justiça em que a Câmara Privada for sediada, órgão responsável pelo cadastramento. O Conselho Nacional de Justiça não possui essa atribuição.

A Câmara Privada possui, com as devidas adaptações, os mesmos direitos e deveres dos mediadores judiciais e conciliadores, conforme preceitua o Código de Processo Civil.<sup>11</sup>

Além disso, se pretende atuar incidentalmente a processos judiciais, deve ser credenciada no Tribunal. Como contrapartida a esse credenciamento,

9 SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

10 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 17-11-2020.

11 Cf. CPC, art. 175. “As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.”

a Câmara Privada deve suportar um percentual de audiências não remuneradas, a ser estabelecido pelos tribunais de acordo com parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (artigo 169, § 2º, do Código de Processo Civil, e artigo 12-D da Resolução CNJ n. 125/2010).

De acordo com o parágrafo único do artigo 12-C da Resolução CNJ n. 125/2010, incluído pela Emenda n. 02/2016, o cadastramento de Câmaras Privadas é facultativo para a realização de sessões de mediação ou conciliação pré-processuais. No entanto, feita a opção pelo cadastro, as Câmaras Privadas terão de seguir as regras fixadas na Resolução CNJ n. 125/2010, inclusive quanto à capacitação, bem como as disposições contidas no Código de Processo Civil (artigos 167, “caput” e § 4º, 169, § 2º e 175, parágrafo único). Dessa forma, para atuar como Câmara Privada cadastrada, seus integrantes devem ser mediadores cadastrados no respectivo Tribunal, sendo necessária, portanto, a capacitação nos moldes da Resolução CNJ n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Na mediação privada, a parte interessada procura uma Câmara Privada e esta convida o segundo interessado por qualquer meio de comunicação para participar da Sessão de Mediação e assim, inicia-se o procedimento. Normalmente, as Câmaras possuem regulamento com algumas informações importantes: critérios de escolha do mediador e realização da primeira reunião. Diante da ausência de regulamento, aplica-se o disposto na Lei de Mediação: prazo mínimo de dez dias úteis e máximo de três meses; lista contendo os nomes de cinco mediadores capacitados. Desta forma, a parte convidada poderá escolher e, caso não se manifeste, será considerado o primeiro nome da lista. Presentes os interessados, o mediador conduzirá o procedimento, facilitando o diálogo entre as partes, mediante aplicação de técnicas, de forma que os próprios interessados construam a solução do conflito.

## **Segurança Jurídica dos Acordos firmados em Câmara Privada**

A Lei 13.140/2015 prevê no procedimento comum da mediação judicial e extrajudicial que o acordo é título executivo extrajudicial, mesmo que este acordo seja realizado por mediador extrajudicial, não sendo este submetido aos mesmos requisitos do mediador judicial, contudo a aplicabilidade do art. 784, IV, do CPC que considerada título executivo extrajudicial, o acordo realizado por mediador credenciado por tribunal.

O entendimento da lei processual que somente o acordo extrajudicial do mediador judicial que teria eficácia de título executivo extrajudicial entendemos equivocado. A Lei de Mediação confere tratamento uniforme aos acordos conduzidos pelos mediadores extrajudiciais e judiciais, justificando-se assim a eficácia dos métodos auto compositivos.

Ada Pellegrini Grinover entendeu que no Brasil temos três marcos regulatórios que assentam os métodos adequados de soluções de conflitos, quais sejam: Resolução 125/2010 do CNJ, os novos dispositivos do CPC/15 e a lei

13.140/15.

Nesse sentido, a autora compreendeu que as normas dos marcos regulatórios são compatíveis e complementares. Entretanto, há algumas regras do CPC que são incompatíveis com a Lei de Mediação, de modo que se entrarem em conflito, “as desta última deverão prevalecer”, porque se trata de lei posterior e de lei especial.<sup>12</sup>

Assim, seguindo o raciocínio da autora, a incompatibilidade entre o art. 784, IV do CPC e o parágrafo único do art. 20 da Lei 13.140/15, no que tange o acordo extrajudicial conduzido por mediador extrajudicial, que não tem seu cadastro no Tribunal, deve prevalecer aplicabilidade da Lei posterior e especial, isto é, deve prevalecer a Lei de Mediação, pois, confere ao termo do acordo conduzido por mediador extrajudicial a eficácia de título executivo extrajudicial e plena validade jurídica.

O acordo firmado através da mediação extrajudicial tem segurança jurídica, tem amparo legal e tem força de título executivo extrajudicial. Os interessados podem requerer a homologação do acordo pelo Tribunal de Justiça e, uma vez homologado, torna-se um título executivo judicial.

Conforme relatado acima, o maior problema do Poder Judiciário atualmente diz respeito ao gigantesco número de processos que são ajuizados diariamente perante os Tribunais de Justiça. Assim, não se justifica submeter à homologação judicial um instituto que nasceu com o viés de retirar do Judiciário o condão de decisão, concedendo às partes, desde que presente os requisitos necessários ser protagonistas de sua história, ainda que essa submissão ao Judiciário seja mero ato homologatório, e não, discussão de mérito.

Assim, não há qualquer necessidade de chancela judicial para que o negócio surta efeitos.

A necessidade de homologação, portanto, depende de expressa previsão legal. De toda sorte, não são raras as oportunidades em que operadores do direito se deparam com situações absolutamente contrárias à letra e ao espírito da lei.

Apenas em se tratando de matéria que envolva direitos indisponíveis, mas transigíveis, é que o acordo deve necessariamente ser homologado em Juízo, sendo exigida ainda, a oitiva do Ministério Público (§2º do art. 3º da Lei de Mediação).

O que dá segurança jurídica as partes é o termo de acordo construído pelas partes, e não, a sua homologação.

## **Juízo competente para Homologação do Acordo de Mediação**

Em optando as partes pela homologação judicial da mediação extrajudicial, os pedidos de homologação desses acordos, quando oriundos Câmaras

---

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de soluções de conflitos no NCPC. Em o **Novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo, Atlas, 2015. p. 2-3

Privadas autorizadas pelos Tribunais de Justiça de cada Estado prescindem da instauração de processo e podem ser homologados também pelo Juiz Coordenador do CEJUSC ou seus adjuntos. Considera-se pré-processual a auto-composição resultante de mediação ou conciliação de qualquer questão que ensejaria o ajuizamento de procedimento de jurisdição contenciosa ou voluntária, aqui fica fácil a decisão pelo juízo competente para homologação do referido acordo.

Contudo, com a ampliação do uso de plataformas digitais e de audiências virtuais, essa nova concepção, incentiva a solução do conflito pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes concordem<sup>13</sup>. Assim, fica a dúvida do local da homologação da mediação extrajudicial.

A autonomia da vontade é a liberdade de decisão que as partes têm sobre o procedimento e o conteúdo da mediação, ou seja, consiste no protagonismo e controle que elas possuem para chegarem a uma solução consensual sobre o seu conflito, podendo assim também elegerem o foro competente para homologação deste acordo que poderá ser decidido no momento desta avença. Assim, poderão as partes elegerem o foro de homologação do acordo, cabendo ao juízo “escolhido” homologar a vontade das partes, desde que não identifique vontade viciada, que a avença verse sobre direitos indisponíveis de forma a prejudicar indevidamente incapazes que não teve a aquiescência do Ministério Público em causas em que este deve intervir, entre outros.

Contudo, havendo descumprimento do Termo de Acordo celebrado devem ser observadas as regras ordinárias de competência de execução deste acordo – art. 516 do CPC e Enunciado 29 do FONAMEC,<sup>14</sup> e não, a vontade das partes, como defendemos no ato homologatório.

## **Validade Extraterritorial do Termo de Acordo de Mediação**

A internet desafia os princípios da territorialidade<sup>15</sup> e da não intervenção como fundamentos para a coordenação entre Estados. Ao princípio da territorialidade cabem exceções. Situações específicas existem em que o poder do Estado é exercido além do seu território. Em função da extraterritorialidade, a validade de normas jurídicas estatais pode alcançar cidadãos localizados fora do território do Estado soberano. Por exemplo, determinado Estado serão considerados extensões territoriais deste Estado, mesmo que estejam localizados geograficamente fora dele. Por exemplo, casal domiciliado em Mi-

13 Cf. Lei 13.140/2015. “Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. Parágrafo único: É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei.”

14 Cf. Enunciado 29 do FONAMEC. “Os acordos homologados nos CEJUSC no Setor Pré-processual valerão como títulos executivos judiciais e poderão ser executados nos juízos competentes para julgamento das causas originárias, mediante livre distribuição.”

15 Princípio de Direito que permite estabelecer ou delimitar a área geográfica em que um Estado exercerá a sua soberania. Essa área geográfica é o território.

nas Gerais, Sessão de Mediação com objeto de discussão de Divórcio com regulamentação de visitas de filhos menores, partilha de bens localizados no Estado do Rio de Janeiro e Pernambuco, escolheram a Mediato<sup>16</sup> com sede em São Paulo, por meio de sessão telepresencial de mediação e eleição do foro de homologação na cidade de São Paulo.

A sentença homologatória deste acordo firmado entre as partes possui inequívoca natureza híbrida ou complexa, por se constituírem basicamente de 2 (dois) elementos. O primeiro deles seria a vontade das partes, que firmaram o ajuste, enquanto o segundo, a decisão, seria a mera chancela homologatória capaz de alçar o ajuste de vontades à condição de título executivo. A despeito de não refletirem perfeitamente as fronteiras entre Estados, as divisões resultantes formam uma geografia política recortada, permitindo assim que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da localização dos bens, por exemplo, funcionar como um “juiz deprecado”<sup>17</sup>, por analogia, limitando à atribuição de força ao título judicial ou à transação pactuada entre as partes, nos termos do art. 784, IV, do CPC, tratando-se de exceção à regra insculpida no art. 516, II, da codificação processual, tornando assim, a sentença homologatória efetiva.

Concluimos que, o atendimento e respeito a vontade das partes, sobre o devido processo legal mínimo e proteção a hipossuficientes pode ser decisivo para o reconhecimento de acordos privados, e, possivelmente, envolvimento dos muitos atores interessados no progresso da resolução de controvérsias assistida por tecnologias de informação e comunicação. Conflitos e tecnologias não faltam; com cooperação e criatividade institucional suficientes, é possível imaginar paz e justiça afinadas.<sup>18</sup>

## Referências

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução online de controvérsias**. 1. ed. São Paulo: Editora Intelecto, 2017

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

---

16 Câmara Privada de Mediação devidamente homologada junto ao Núcleo de Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

17 Que recebe, de outro órgão ou tribunal, o documento para cumprimento de mandado ou realização de diligência.

18 ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução online de controvérsias**. 1. ed. São Paulo: Editora Intelecto, 2017

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de soluções de conflitos no NCPC.** Em o Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo, Atlas, 2015. p. 2-3

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento.** 5ª Edição revista, atualizada e compilada.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação:** estratégias práticas para a resolução de conflitos; trad. Magda Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2ª Ed. 1998, p.28

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem:** curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** São Paulo. Ed. Método. 2018.



# A CONTRIBUIÇÃO DO ENSINO DE NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO PARA UM NOVO TEMPO DE PAZ

**Adriana Goulart de Sena Orsini**

Pós-Doutora pelo Centro Universitário do Distrito Federal; Doutora e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais; Professora Associada III na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Desembargadora Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; Coordenadora do Programa de Ensino, Pesquisa e Extensão em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

**Ronan Ramos de Oliveira Júnior**

Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

## **Resumo:**

O texto relaciona a falta de acesso a uma ordem jurídica justa e a falta de uso dos métodos consensuais, apresentando a questão como uma problemática sociojurídica que afeta os Direitos Humanos. Sob este olhar, se depreende, no artigo, a necessidade de abordar a temática na graduação em Direito, de modo que seja ampliado o uso de formas adequadas de resolução de conflitos para o estabelecimento de um novo caminho para o acesso à Justiça e para a superação de violação à direitos. O texto evidencia que o ensino de negociação e mediação de conflitos nas faculdades de Direito tem o condão de contribuir com a disseminação de esforços para contornar situações em que os cidadãos têm consciência dos direitos, mas se sentem impotentes para lidar. Por fim, é indicada a utilidade de as disciplinas relacionadas à negociação e mediação serem ministradas nos anos iniciais de formação jurídica, além de comporem uma temática transversal.

**Palavras-chave:** Ensino; Graduação em Direito; Negociação; Mediação; Pobreza resolutive.

## **Apresentação**

O artigo joga luz em um aspecto da graduação do estudante de Direito contemporâneo que impacta o funcionamento do sistema judicial brasileiro. Especificamente se intenta tratar a incipiência com que o ensino, a pesqui-

sa e a extensão universitárias abordam a temática dos Métodos Apropriados de Solução de Conflitos (MASCs), em especial a negociação e a mediação. A falta de ênfase na graduação em métodos resolutivos consensuais gera nos graduandos de Direito, futuros profissionais da área jurídica e referências na resolução de toda espécie de disputa, uma defasagem técnica que acaba por perpetuar em toda a sociedade uma visão empobrecida sobre as maneiras de resolver controvérsias.

Sob as premissas de que o operador do Direito ocupa posição social estratégica na lida com conflitos e o que o graduando aprende na faculdade determina o modo como o estudante atuará, tem-se que a prática jurídica advinda da formação do aluno de Direito se espalha na comunidade como referência e, hodiernamente, os operadores do Direito não têm praticado a contento os MASC's. Desta forma, o profissional da área jurídica, que poderia atuar como um canal multiplicador do conhecimento e da prática em negociação e mediação de conflitos, não faz chegar na sociedade a notícia de caminhos diversos ao processo judicial, perpetuando a insatisfação popular com as demandas judiciais, quando a Justiça é acessada.

Neste sentido, o texto sustenta que a mudança social pretendida, qual seja, a garantia do gozo de direitos, passa necessariamente pela inserção do conhecimento em técnicas consensuais na educação dos estudantes de Direito.

## **Insatisfação Popular com a Prestação Jurisdicional**

Apresentado o problema, passemos a introduzir as consequências. O desconhecimento dos MASC's (teórico e prático) provoca uma visão limitada e parcial no estudante que, no futuro próximo, assumirá a função de receber, tratar e dirimir controvérsias. Baseado na formação jurídica atual, o profissional direciona o foco de sua atuação para o litígio e, assim, o processo judicial se torna o caminho padrão para a resolução de controvérsias. E qual a consequência disso?

Em uma primeira análise aparece o acúmulo de ações judiciais em todas as instâncias, seja pela consideração do processo judicial como via única, seja pelo elasticamento dos processos judiciais com a adoção de recursos e medidas diversas, como se este fosse o canal mais adequado ao tratamento de todos os conflitos. E então o abarrotamento de demandas judiciais deixa o cidadão insatisfeito com a intempestividade da prestação jurisdicional e afeta a qualidade da decisão do magistrado. O “excesso do acesso<sup>1</sup>” acarreta sobre-

---

1 Vide Adriana Sena Orsini (2012): “Quando se analisa o ‘Excesso de Acesso’, o objetivo não é a redução desse acesso por meio de uma desconstrução de toda a teoria do ‘Acesso à Justiça’, que vem sendo edificada desde a década de 80. Na verdade, essa percepção é uma análise crítica para demonstrar sintomas de uma patologia jurídica que merecem ser tratados com cautela, não na tentativa de reduzir o ingresso ao Judiciário, mas de descobrir as razões que motivam a procura pela tutela judicial, apontando os possíveis abusos do uso do espaço jurisdicional público pelos litigantes habituais”.

peso ao poder judiciário, com estruturas cada vez maiores e sem horizonte de solução para tal fenômeno, e leva à percepção de instituições judiciárias ineficazes, caras, morosas e inadequadas ao contexto atual.

Contudo, o principal efeito do desconhecimento dos MASCs pelo operador do Direito não recai no acúmulo de ações judiciais em tramitação no Judiciário, mas sim na percepção de justiça, no sentimento que permeia o cidadão quando acessa a jurisdição e se depara com seus inúmeros problemas, o que, por vezes, acaba por incitar a anomia. Em contraponto, percebe-se a satisfação das partes nos procedimentos nos quais elas possam participar determinando as regras, as etapas e, especialmente, o resultado, e onde possam usar a autonomia da vontade, o que acontece na negociação e na mediação, mas não na solução adjudicada.

Posto isso, uma maneira inequívoca de desenvolver uma cultura voltada à paz, realizar o acesso à justiça pela via dos direitos e manter as instituições judiciárias eficazes é o estímulo ao uso de métodos consensuais, como a negociação e a mediação. A insistência no litígio como remédio para todo tipo de disputa tende a gerar insatisfação das pessoas com os procedimentos judiciais, com os ritos, com os profissionais envolvidos e com a qualidade das decisões. E, assim, o excesso de processos, o não exercício da autonomia da vontade de forma mais radical e a falta de tempestividade frequente na resposta jurisdicional, acaba por acarretar uma metainjustiça.

É sobre este contexto problemático que atinge diretamente o desenvolvimento da cultura voltada à paz que o artigo deita seu foco, por meio do raciocínio dialético e com a apresentação de argumentos contrastantes, ou melhor, promovendo o diálogo entre a realidade e a mudança, o por vir. Ademais, a pesquisa teórica ora evidenciada tem o cunho teórico e o caráter jurídico-propositivo, no sentido de questionar um conjunto de “ações-padrões” na seara do Direito e de propor uma mudança - o reforço no ensino, pesquisa e extensão das disciplinas de negociação e mediação durante a graduação<sup>2</sup>.

## **Pobreza Resolutiva e Ensino**

O economista Amartya Sen (2010) diz que a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda. Sob este viés, portanto, o excesso de adjudicação, ou seja, a transferência a outrem da responsabilidade pela solução dos próprios conflitos pode ser percebida como pobreza no campo da resolução de controvérsias. Quando alguém abre mão de sua capacidade resolutiva e a transfere a um terceiro, tem-se configurada a pobreza resolutiva. Quando o operador do Direito ou um cidadão renuncia, ou deixa de tratar um direito constrangido, ou não enfrenta assertivamente uma questão conflitiva, ou desconsidera o outro lado da controvérsia e sem analisar qual seria o procedimento mais adequado para alcançar o objetivo encaminha o caso direto ao litígio, tem-se a perda de

---

2 Gustin, Dias e Nicácio (2020).

oportunidade de satisfação dos interesses e uma Justiça postergada. E como resultado, no Brasil, conforme salientado anteriormente, tem-se alta sobrecarga de ações judiciais<sup>3</sup> e a conseqüente baixa resolutividade dos pleitos.

Quem vivencia o conflito é quem melhor entende o que é preciso fazer para resolver o problema. Este é o ponto. Não se alcançará a paz, a percepção de justiça e de instituições eficazes sem trabalho árduo para a diminuição do litígio e da cultura que o fomenta. Os conflitos são naturais e devem tratados da melhor maneira, evitando a violência. Assim é que urge o ensino de habilidades que promovam as capacidades dos operadores do Direito e das pessoas, de modo geral, a assumirem suas responsabilidades no trato com suas próprias controvérsias e soluções. E a negociação e a mediação são métodos que brindam uma maneira autônoma de estruturação de diálogos para que os indivíduos possam buscar por si, ou com o auxílio de um terceiro, o direito e a justiça que acreditam.

Nesta toada é no mínimo curioso notar que grande parte dos cursos de graduação em Direito no Brasil não se dedica com afinco ao ensino, extensão e especialmente a pesquisa das matérias e dos temas afetos à negociação e à mediação. Como práticas do cotidiano do operador do Direito, tais disciplinas são relegadas. De certa forma, pode-se afirmar que a área conhecida como MASCs ou, no original, *Alternative Dispute Resolution/ADR* passa ao largo da formação obrigatória do bacharel em Direito. Um ponto a se ressaltar. O caráter multidisciplinar das matérias configura uma dificuldade extra, bem como o necessário intercâmbio entre as disciplinas. É que a teoria e a prática dos MASCs são formadas da junção de conhecimentos de áreas diversas como Direito, Sociologia, Psicologia, Economia e Comunicação. E devido a este caráter multifacetado do conhecimento, os professores precisam ser versados em uma série de matérias para lecionar tais disciplinas.

A consequência da defasagem educacional é o empobrecimento do sistema de justiça, com menores possibilidades de alcance, desenvolvimento e manutenção da paz. Daí que evidentemente parte do problema da injustiça no Brasil e da ineficácia de instituições afins pode ser explicada pela defasagem educacional dos profissionais do Direito que, presos a uma tradição formalista, voltados ao litígio e conservadores de um direito hermético, não se abriram a pesquisas, doutrinas, práticas e debates com outras áreas do saber que levariam o pêndulo da educação jurídica a se mover também em direção ao ensino dos métodos consensuais<sup>4</sup>.

3 Conforme dados publicados em 2020 pelo Conselho Nacional de Justiça tramitam no Brasil cerca de 77 milhões de processos judiciais; CNJ (2020). E aproximadamente 50 mil ações judiciais para cada 100 mil brasileiros.

4 Pode-se questionar se o bacharel em Direito - assim como acontece com o ensino da relação entre o Direito e as novas tecnologias: p. ex., algoritmos, *big data*, automação de dados e jurimetria - estaria habilitado a atuar no cenário atual digitocêntrico e que clama por mais consensualidade nas tomadas de decisões. E pode-se questionar também se o aluno estaria se munindo de saberes teórico e prático para navegar no mercado jurídico do futuro. Em muitos países os MASCs têm se desenvolvido de modo surpreendente,

Lado outro, também é inequívoco o entendimento de que inúmeros avanços no sistema judicial derivam justamente de conquistas educacionais no âmbito do Direito. Nessa toada, cumpre destacar a resolução do Ministério da Educação (MEC) nº 5, de 2018, sobre as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, que incluiu em seu projeto pedagógico a obrigatoriedade de oferta da disciplina *formas consensuais de solução de conflitos*. Certamente os alunos oriundos de faculdades que levarem a contento tal obrigatoriedade terão alargado seu campo de formação e atuação e poderão, de maneira mais criativa e ampliada, contribuir com a promoção da paz, da justiça e de instituições democráticas e eficazes<sup>5</sup>.

## **História das Origens da Negociação e da Mediação**

De modo a sublinhar os conceitos acerca da negociação e mediação de conflitos, cumpre citar William Ury (2007), que indica ser a negociação o “processo de comunicação com o objetivo de alcançar um acordo com outrem quando alguns dos interesses são compartilhados e outros são contrários”. A negociação pode ser distributiva, conhecida como competitiva ou ganha-perde, situação em que as partes almejam maximizar seus ganhos; ou a negociação pode seguir o modelo integrativo, conhecido como ganha-ganha, ou negociação por princípios, que se baseia nos interesses envolvidos, e busca criar valor. É este o estilo da qual derivou a mediação e cuja sistematização se origina na universidade de Harvard. Já a mediação é conceituada na cartilha da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG (2009) como o “procedimento em que uma pessoa imparcial auxilia a comunicação entre dois ou mais indivíduos em conflito, por meio da utilização de determinadas técnicas, com o intuito de que as próprias pessoas resolvam o impasse de maneira consciente e voluntária.”

Com o intuito de ilustrar a amplitude do campo do saber e evidenciar a evolução dos institutos da negociação e mediação, cumpre salientar que a sistematização e o desenvolvimento dos métodos apropriados, conforme conhecidos hoje em dia, surgem nos Estados Unidos a partir de uma longa tradição jurídico filosófica com correntes de pensamentos distintos. Todavia, antes de adentrar no embasamento histórico americano, importante ressaltar que existem conflitos desde a origem da humanidade. As disputas sempre existiram. Curioso é o que aponta William Ury (2000) sobre o fato de não existir indícios de coerção entre as pessoas na maior parte da história da humanidade,

---

chegando ao ponto de restar nos Estados Unidos apenas entre 5 a 10% de ações cíveis julgadas, devido à cultura de negociação e mediação, que são aplicadas tanto antes da formação do litígio, como durante o contencioso, na busca de acordos satisfatórios.

- 5 Embora se fale no Brasil em sistema multiportas ligado ao Judiciário com o advento da Lei de Mediação e da reforma do Código de Processo Civil, em 2015, a utilização espontânea de MASCs pelos advogados ainda é tímida e as pessoas, em sua grande maioria, desconhecem os MASCs. Assim, acontece de a pessoa conhecer seu direito e não reivindicá-lo, pela predominância do pensamento de que apenas o processo judicial resolveria a situação e pela incapacidade resolutiva em fazer uso de outros métodos.

em dois milhões e meio de anos. A arqueologia tem identificado indícios de coerção e violência entre os seres humanos em período relativo aos últimos dez mil anos, apenas.

Em termos históricos, conforme os ensinamentos de Menkel-Meadow (2005), tem-se que as contribuições teóricas iniciais sobre os MASC's advêm dos pais da sociologia - Émile Durkheim, Georg Simmel e Karl Marx, que discutiam conflitos sociais e políticos e tentavam compreender suas origens, trajetórias, impactos e se perguntavam até que ponto o conflito seria benéfico para mudanças sociais, se deveria ser gerenciado para o alcance da estabilidade social ou se seria simplesmente um fator inerente à existência humana. Ao passar dos europeus, que discutiam os conflitos de maneira mais ampla, para os norte-americanos, conclui-se que depois de dificuldades econômicas e sociais, como a grande depressão (1929) e a segunda guerra mundial (1939-1945), os americanos passaram a acreditar que instituições formais, doutrinas e leis seriam insuficientes para lidar com os problemas sociais, econômicos e políticos. Era o ceticismo americano norteando a visão jurídico-filosófica do *legal realism* ou, realismo legal, sinalizando o pragmatismo tão característico dos EUA e que tanto influenciou este campo de saber.

Enquanto no Direito a unidade de análise do conflito é tratada de modo binário ou polarizado, requer alguma forma de intervenção jurídica e comumente tem seu foco na natureza concreta de disputas particulares, as ciências sociais (antropologia, ciência política e sociologia) focam nos padrões de conflito de modo mais abrangente, nas relações sociais. E do encontro entre juristas e antropólogos surgiu a abordagem que estuda as disputas em um contexto social amplo, verificando como os conflitos são socialmente construídos. Daí que os adeptos da tradicional corrente de pensamento americano *legal realism* também se interessavam em compreender como as controvérsias surgiam e como eram tratadas, com o intuito de criar uma espécie de jurisprudência da resolução de contendas<sup>6</sup>. Havia também aqueles que se dedicavam a compreender os aspectos construtivos e destrutivos das disputas<sup>7</sup>.

Foi com base nesta efervescência intelectual tendo o conflito como objeto de pesquisa que começaram a aparecer sugestões de análise e classificação, de descrição e prescrição de formas de lidar com as disputas. E com a expansão dos direitos e a prosperidade econômica, os teóricos passaram a oferecer noções mais positivas sobre o tratamento de conflitos como as ideias de “criar valor” / “ampliar o bolo” / “ganho mútuo” e “interdependência”.

---

6 Foi Lon Fuller, professor de direito em Harvard, quem contribuiu, na década de 1950, com a escola de pensamento *legal process approach*, ou abordagem do processo legal. Fuller também elaborou os princípios de uso e elencou primeiramente os diversos propósitos dos MASCs. Ele dizia que cada método teria sua própria moralidade e integridade, e vislumbrava diferenças em como os fatos eram descobertos, o papel do precedente, quem deveria ser o terceiro neutro, o tempo oportuno para fazer uso do método, quais partes deveriam participar e quem deveria ser envolvido no resultado.

7 Referência nesta **área** é o trabalho do psicólogo social Morton Deutsch, que distinguiu dois estilos padrões em lidar com o conflito - competição e cooperação.

As modernas teorias, pesquisas e recomendações práticas sobre os MASCs que surgiram nos EUA no início do século XX derivaram dos esforços citados acima e uma das maiores expoentes deste movimento fundador dos MASCs foi a assistente social Mary Follett. É dela muitos dos ensinamentos usados na vertente conhecida como negociação baseada em princípios, da abordagem resolvedora de problema. O exemplo clássico sobre o encontro com um patrono na biblioteca de Harvard aconteceu com ela. O patrono queria abrir uma janela para fazer o ar circular, enquanto ela não queria uma corrente de ar frio. Então, como uma possibilidade criativa e integrativa dos interesses de ambos, concordaram em abrir uma janela em outro cômodo, próximo. Mary Parker analisava o conflito sob três formas de solução, a saber: domínio (uma parte controla o resultado pela força; poder); concessão mútua (cada parte cede um pouco) e integração (encontro de uma nova opção ou expansão dos recursos; cada parte obtém o que é mais importante para ela, sem prejuízo do outro). A referida autora deixou também rico entendimento sobre o atrito ao tratar conflitos. Ela dizia ser a fricção uma força positiva, por ser um caminho para a identificação dos verdadeiros interesses e o caminho para uma solução melhor.

Avançando nos anos iniciais de consolidação das teorias de negociação integrativa e mediação chega-se em 1976, quando houve nos EUA a *Roscoe Pound Conference*, evento que tratou as causas da insatisfação popular com a justiça. Nesta ocasião ficou famoso o discurso do professor da Faculdade de Direito da Universidade Harvard, Frank Sander, sobre as variedades dos métodos de resolver disputas, e funcionou como o *Big Bang* da moderna teoria e prática dos MASCs. No discurso, Sander lançou a ideia do “sistema multipor-tas”, em que os tribunais passariam a contar com outras portas além da adjudicação. Assim, a depender do caso, a situação seria direcionada para o litígio ou para um dos outros métodos, como por exemplo, a mediação, conciliação, arbitragem. Tal noção derivava do *process pluralism*, ou pluralismo processual, corrente de pensamento dos anos 1950.

A partir de então foi consolidado o entendimento que cada contenda se encaixaria melhor a um método<sup>8</sup> e, adiante, passaram a ocorrer combinações entre os métodos, por exemplo, aparecendo o procedimento Med-Arb, que aproxima a mediação e a arbitragem. Depois da 2ª metade do século XX e impulsionados pelo movimento de acesso à justiça, aliados a outros fatores nos EUA - como o aumento do grau de informação e escolaridade da população, afirmação dos direitos, movimentos sociais na década de 1960 que realçavam a vida em comunidade - os MASCs ganharam atenção. E também neste período surgiram iniciativas de agentes econômicos que viram nos MASCs uma forma de obter solução de controvérsias de modo mais rápido, econômico e favorável ao mundo dos negócios.

De modo geral, foram estes os passos iniciais na formação do campo

---

8 Referências: Sander e Goldberg (1994) e Sander e Rozdeiczner (2005).

do saber. Seguiu-se o interesse crescente na exploração das barreiras para a resolução produtiva do conflito, como as tendências e distorções cognitivas estudadas pela Psicologia. Na década de 1980 pesquisas relacionadas à teoria dos jogos, como a apresentada por Axelrod em *The Evolution of Cooperation*<sup>9</sup>, evidenciou como a cooperação beneficiava jogadores em jogos repetitivos e passou a influenciar e corroborar a abordagem de manuseio criativo e produtivo do conflito. Uma observação. Junto da agitação dos MASCs, apareceu no início dos anos 1980, na Califórnia, a advocacia colaborativa, um movimento oriundo de advogados envolvidos com a mediação familiar que usavam técnicas de negociação e mediação e se recusavam a usar ferramentas adversariais. E já no final dos anos 1980 ganhou força a ideia da Justiça Restaurativa, com o propósito de oferecer “remédios” de reparação e restituição, mais que sanção punitiva em se tratando de questões penais.

Enfim, sendo pragmáticos, os americanos forjaram o campo do saber sobre os MASCs ancorados na prática, tendo como referências disciplinas e pesquisas de matizes variadas. Neste ponto, vale ressaltar que a enorme profusão de pesquisas em negociação e mediação, feitas com rigor e por profissionais de inúmeras disciplinas, e as respectivas análises e o diálogo entre os variados campos do saber, nos EUA, foram e continuam sendo os fatores para o país ser referência no desenvolvimento teórico e prático do tema. Um dos objetivos que se pretende ao ensinar e pesquisar os MASCs é elucidar como as pessoas podem interagir para resolver controvérsias, melhorar relações, lidar com divergências de expectativas e objetivos, prevenir interações não produtivas e violentas, como alcançar resultados efetivos no intercâmbio com outras pessoas, como desenvolver habilidades essenciais de negociação para se desenvolver e ter sucesso em diversas áreas da vida e como equilibrar a assertividade na garantia de seus direitos com a empatia pelo outro, objetivos do Direito e elementos fundamentais para o acesso à uma ordem jurídica justa.

## **Acesso à Justiça pela via dos Direitos e a Paz**

Neste sentido, Nathane Silva (2017) afirma que o direito não deve ser encarado como a via única ou principal para o exercício da cidadania, sob pena de se reforçar o excesso de processos, em virtude da cultura demandista. A autora pontua que a justiça se realiza em diversos âmbitos, e não apenas dentro do sistema judicial - apesar de sua importância fundamental.

Já Leonardo Avritzer, Marjorie Marona e Lilian Gomes (2014) afirmam que o acesso à justiça engloba duas macro dimensões, sendo a primeira a garantia de efetividade dos direitos e a segunda a participação dos envolvidos na configuração do próprio direito. A primeira macro dimensão do acesso à justiça via direitos envolve três pressupostos para sua ocorrência: i) informação acerca dos direitos; ii) conhecimento que permita o recurso a uma instância

---

<sup>9</sup> Vide artigo de Hofstadter (1985).



ou entidade capaz de resolver eventuais conflitos e iii) efetiva reparação de injustiça ou desigualdade ocasionada pela violação de um direito. Nessa conjuntura, mostra-se possível fortalecer e ampliar o acesso à justiça e a efetivação dos direitos por meio da inclusão de instrumentos não judiciais e de outras esferas complementares voltadas a solução de conflitos.

Antes de avançar, cumpre esclarecer o significado de *um novo tempo de paz*, constante do título. A expressão denota dois marcos temporais: (i) o atual, onde se percebe inúmeros indivíduos alijados do sistema de Justiça pelo não acesso a uma ordem jurídica justa e (ii) outro tempo, vindouro, novo, não utópico, em que os operadores do Direito dominariam técnicas de negociação e mediação de conflitos e o exercício de capacidades resolutivas seria disseminado na sociedade. Assim, de forma madura, tanto os operadores do Direito quanto a sociedade estariam habilitados a tratar suas diferenças e reivindicar direitos, restando minimizada as violações a direitos. *Um novo tempo de paz* ainda expressa a ideia de as pessoas conseguirem exercer suas capacidades em lidar com as próprias contendas, encarando controvérsias de modo sereno, não violento; não significando a supressão dos conflitos. No compasso atual onde cada vez mais se percebe a contestação aos poderes constituídos e uma grande polarização ideológica, mister nos esforçarmos para dominar a arte do diálogo.

## Conclusão

Conforme exposto acima e corroborado pela postulação na nota dos autores em Carlos Salles, Marco Lorencini e Paulo Silva (2012) “é forte a recomendação que se trabalhe com os métodos de resolução de conflitos na base da formação jurídica, antes do condicionamento do aluno aos padrões formais da litigância judicial.” Ademais, é essencial que o Direito dialogue com outras disciplinas para ampliar as possibilidades e a qualidade do acesso à Justiça. O tradicionalismo no ensino do Direito no Brasil deve se abrir a linhas de pesquisas que enfatizem os MASCs, bem como o ensino e a extensão devem aprofundar os conhecimentos e os debates em torno dos MASCs, especialmente a negociação e a mediação de conflitos, de modo que o curso de Direito acompanhe e remodele o próprio Direito e a Justiça pátria.

A negociação e a mediação devem ser encaradas enquanto métodos complementares ao contencioso e que podem ter a sua utilização ampliada de maneira sistemática no judiciário brasileiro. Acredita-se que isto possa ser alcançado por meio do ensino destas matérias, em todos os níveis de educação, especialmente na graduação, na formação dos estudantes que atuarão profissionalmente com disputas. A prática e a teoria dos MASCs se alimentam de conhecimentos de uma série de áreas do saber, sendo em essência, uma matéria multidisciplinar. No entanto, os MASCs não são uma panaceia e se orientam pelo princípio da adequação. Pode-se fazer analogia a uma caixa de ferramentas, para cada tipo de disputa, melhor aplicar uma ferramenta distin-

ta. Neste sentido, conforme apresentado no histórico dos MASCs, a pesquisa e o ensino em negociação e mediação propiciam a reflexão dos estudantes sobre suas próprias ações e pode contribuir sobremaneira para uma vivência transformadora, orientada para a ação, solução de problemas, garantia de direitos e multiplicação de conhecimento. Enfim, resta útil o debate, a pesquisa, o ensino, a extensão e a análise sobre as variadas formas de solucionar conflitos de modo a gerar o necessário avanço no entendimento dos caminhos possíveis para lidar com as diferenças. É neste sentido que o ensino dos MASCs, conjugado com a concepção de acesso à justiça pela via dos direitos, pode contribuir com um novo tempo de paz.

Posto isto, fazemos uso da famosa citação de Mary Parker Follett (1868-1933), americana pioneira no desenvolvimento de teorias dos MASCs, e que traduz o espírito deste artigo.

Pensamos na paz como algo passivo e na guerra como o modo de vida ativo. O oposto é verdadeiro. A guerra não é a vida mais árdua. É uma espécie de cura para o descanso, em comparação com a tarefa de reconciliar nossas diferenças. Da guerra à paz não é da existência extenuante para a existência fácil; é do fútil ao eficaz, do estagnado ao ativo, do destrutivo ao criativo modo de vida... O mundo será regenerado pelas pessoas que se elevarem acima desses modos passivos e heroicamente buscarem, por qualquer dificuldade, seja qual for o trabalho, os métodos pelos quais as pessoas possam concordar. (Tradução livre)

## Referências

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian (coord.). **Cartografia da justiça no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Lei de Mediação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 12 out. 2020.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

COMISSÃO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA OAB/MG. **Cartilha de Mediação**. Belo Horizonte, Minas Gerais: OAB, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Almedina, 2020.

HOFSTADER, Douglas. *The Prisoner's Dilemma: Computer Tournaments and the Evolution of Cooperation*, in **Metamagical Themas: Questing for the Essence of Mind and Pattern**. Basic Books, 1985.

MEC - Ministério da Educação. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018.** Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_125\\_29112010\\_11032016162839.pdf](https://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf). Acesso em: 12 out. 2020.

MENKEL-MEADOW, C. Roots and Inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution. (2005). In Moffitt, M. L., & Bordone, R. C. (Ed.). **The handbook of dispute resolution.** San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, Mediação e Arbitragem:** curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Elsevier; Método, 2012.

SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B. **Fitting the Forum to the Fuss:** A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure. *Negotiating Journal*, Cambridge, MA, v. 10, 1994.

SANDER, Frank E. A.; ROZDEICZER, Lukasz. **Selecting an Appropriate Dispute Resolution Procedure:** Detailed Analysis and Simplified Solution. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert (Eds.). *The Handbook of Dispute Resolution.* San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENA ORSINI, Adriana Goulart de; RIBEIRO, Luiza Berlim Dornas. **A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações:** a questão do “excesso de acesso à justiça”. Acesso à justiça [Recurso eletrônico on-line/organização CONPED/UFF; coordenadores: Delton Ricardo Soares Meirelles, Monica Bonetti Couto, Eneas de Oliveira Matos. - Florianópolis: FUNJAB, 2012.

SILVA, Nathane Fernandes da. **Diálogo dos excluídos:** a mediação social informativa como instrumento de ampliação do acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil. 2017. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

URY, William. **Getting Past No:** negotiating in difficult situations. New York: Bantam Books, 2007.

URY, William. **The third side:** why we fight and how we can stop. London: Penguin Books, 2000.

# SOLUÇÕES MEDIADAS DE CONFLITOS AMBIENTAIS

**Cláudia Amaral Lima**

Advogada graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mediadora Judicial Sênior certificada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Especialista em Mediação de Conflitos com Ênfase em Conflitos Familiares, pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro

## **Resumo:**

Este artigo apresenta a mediação como uma prática humanizada de tratamento das indenizações decorrentes de conflitos ambientais em reconhecimento da cidadania e da dignidade da pessoa humana. O Brasil possui robusto arcabouço legislativo ambiental brasileiro, os meios judiciais nem sempre são eficazes, seja pela morosidade do trâmite dos processos judiciais envolvendo questões ambientais, seja pela cultura da litigância como vantagem para minimizar os valores indenizatórios. O desenho do sistema de Programa de Indenização Mediada no Brasil - PIM, instituído por Diego Faleck, baseia-se em critérios transparentes, racionais e objetivos para a reparação de danos, mediante indenização justa, equitativa e que consagre a vida digna e com qualidade, de acordo com os princípios do ordenamento jurídico brasileiro e parâmetros jurisprudenciais. No Brasil, este Programa (PIM) foi adotado para tratar os conflitos oriundos dos desastres ambientais de grande monta (Mariana e Brumadinho).

**Palavras-chave:** Mediação; Ambiental; Indenização

A cultura da não litigância no Brasil tem sido tecida de forma bem devagar, apesar das práticas e iniciativas do Estado para impulsionar a credibilidade dos métodos consensuais para a solução de litígios e disputas. A existência de um Poder Judiciário forte e confiável é considerado, um fator de segurança e garantia para as instituições, para o cidadão brasileiro, todavia, reconhecem-no como lento e não efetivo.

No recente estudo “Sumário Executivo - Justiça em Números – 2020”, publicado pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça, 2019: 4:9) é posto um retrato instantâneo do trabalho desenvolvido pelo Poder Judiciário em direção à uma justiça efetiva e pelo consenso:

No ano de 2019, foi confirmada a curva de redução no estoque processual da Justiça brasileira, com o total de 77,1 milhões de processos em tramitação ao final de dezembro. A redução foi de aproximadamente 1,5 milhão de processos aguardando solução definitiva. Em 2019, 3,9 milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pela Justiça, o que representa 12,5% de processos solucionados pela via da conciliação.

O direito à apreciação de toda e qualquer lesão a direito pelo Poder Judiciário (Constituição Federal Brasileira - art. 5o., inciso XXXV), ocasionou uma sobrecarga no processamento de demandas submetidas aos tribunais, exigindo que o CNJ (Conselho Nacional de Justiça Brasileiro), em 2010, instituiu a Política Judiciária de incentivo aos métodos consensuais (Resolução nº 125/2010) estimulando a autocomposição para a solução de conflitos, dando **ênfase** a conciliação e a mediação.

Na crista das ondas renovatórias da Justiça, o novo Código de Processo Civil (13.105/2015) e a Lei de Mediação (13.140/2015), a cultura brasileira está estimulada a buscar a solução dos conflitos em outra “porta” que não seja a “porta” dos Tribunais. Esta transformação de cultura passa pela mitigação do sistema jurídico da “*common law*” com o sistema jurídico brasileiro “*civil law*”, como podemos atestar no estudo Justiça Pesquisa, publicado pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça, 2019: 36):

Sob o prisma jurídico, a probabilidade vem sendo utilizada, em países cujo sistema jurídico baseia-se no *common law*, como meio de prever resultados processuais dentre outras aplicações, tais como a já conhecida seleção de jurados com base em dados colhidos em julgamentos anteriores.

(...)No Brasil, a busca pelo auxílio da matemática para prever resultados não carrega o mesmo peso, visto que nossa legislação, derivada do direito romano, é de tradição *civil law*. Entretanto, isso não retira a relevância do tema tendo em vista, precipuamente, o recente direcionamento do nosso direito processual civil, que cada vez mais confere importância aos atos dos magistrados. (...)Ademais pode-se salientar também a Lei nº 11.417/2006 (BRASIL, 2006), que incluiu no ordenamento jurídico brasileiro a súmula vinculante prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, dando peso de lei às decisões judiciais, restando cristalino qual o direcionamento que o direito brasileiro vem tomando.

Observa-se, no sistema jurídico nacional, que o juiz passou a exercer papel outrora inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law*, trazendo sua influência a patamares próximos ao do magistrado do *common law* (MARINONI, 2009).

E “surfando nessa onda de reflexão”, o tratamento dos conflitos ambientais merecem a aplicação de exitosos “remédios” advindos de outros sistemas jurídicos. Nos excelentes estudos realizados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) não observamos o registro do impacto que as inúmeras

ações sobre conflitos ambientais no Judiciário. Afinal, o tratamento inadequado dos conflitos ambientais impacta toda a sociedade e a imagem do Brasil, inclusive no exterior, seus investidores e população.

SALINAS e SANTOS, 2016, p. 148, em um dos primeiros e exemplares estudos sobre as consequências do desastre de Mariana, citam MacVean e Pidot (2015), ao tratarem dos acordos como mecanismos alternativos de resolução de conflitos ambientais, relatando as práticas adotadas para acordos ambientais pelos Estados Unidos da América:

Os Estados Unidos foram pioneiros na adoção de acordos como meios alternativos de solução de controvérsias. Cabe observar, inclusive, que os acordos são amplamente utilizados, neste país, não só para evitar ou suspender litígios envolvendo a responsabilidade civil daqueles que cometem danos ambientais, mas também para prevenir contendas que tenham por objetivo judicializar o processo de regulação ambiental. Na verdade, os acordos firmados com o objetivo de prevenir ou suspender a judicialização da atividade regulatória estatal superam os acordos celebrados com o propósito de interromper processos envolvendo responsabilidade civil de empresas por danos ambientais.

As citadas autoras lembram que os acordos seguem as normas regulatórias da Environmental Protection Agency (“EPA”), agência regulatória ambiental dos Estados Unidos, que, desde a década de 1970, atua no processo de consenso por sua legitimidade na exequibilidade do cumprimento das leis ambientais norte-americanas.

Coincidência ou não, registra-se, na década de 70, no Rio Grande do Sul, pela Associação Gaúcha de Proteção ao Meio Ambiente Natural/AGAPAU, o primeiro movimento em defesa do Direito Ambiental no Brasil. No entanto, foi na década de 1980, especificamente em 1981, que surgiu o Direito Ambiental no Brasil, com a edição da Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, tendo como objetivo:

a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. (art., 2º citada lei) (grifos nossos)

Sugere-se que a sociedade brasileira dos anos 80 ainda não estava preparada para defender seus direitos sem a intervenção estatal, talvez pelo fato de que se desenvolviam os primeiros passos de uma sociedade “ressurgente” da abertura política em direção a um regime democrático de direito.

Nessa década de 80, a liberdade de expressão, a liberdade de ir e vir, o direito ao acesso à justiça, entre outros direitos fruto de relevantes movimentos sociais e trabalhistas, integraram a Constituição da República Brasileira (1988) como direitos fundamentais, referendando um conjunto de direitos e

identidades negadas décadas a fio.

Conforme observou VIEGAS, 2014, constituía-se um processo que pode ser interpretado como de “juridificação” ou de “administrativização” dos conflitos sociais, prosseguindo:

A disseminação do discurso do consenso e de boa parte dos métodos de resolução de conflito acontece ainda no final dos anos 1980, a partir da grande influência que o Consensus Building Institute (CBI), do Massachusetts Institute of Technology (MIT), dos Estados Unidos, passa a ter sobre organizações internacionais como o Banco Mundial, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Banco Asiático de Desenvolvimento, o State of the World Forum, a Comissão de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, bem como a influência sobre diversos governos. Coordenado por especialistas em planejamento territorial, ambientalistas e outros experts, o CBI propõe e vende intervenções denominadas de facilitação e mediação para tipos de conflitos extremamente diversos (Lautier, 2010). (p. 49/50- grifos nossos)

A promulgação da Carta Magna de 1988 promoveu uma rápida evolução dos direitos individuais e fundamentais, permitindo que o Brasil promulgasse leis infraconstitucionais que acompanhassem a abertura do mercado que se descortinava através do incentivo às importações e exportações de produtos.

A partir deste marco constitucional percebeu-se a presença e consolidação do investimento de capital estrangeiro na economia brasileira, aliás, fato este impulsionado, desde 1970, pelo 2º. Plano Nacional de Desenvolvimento da Gestão Presidente Geisel.

Em muito pouco tempo, percebeu-se a transformação do modelo de gestão empresarial, com organização, credibilidade, tecnologia, infraestrutura e com viés protetor dos recursos naturais. Para tanto, foram elaboradas normas regulatórias para a transferência do controle de empresas estatais, com a privatização das empresas pública e uma gestão mais eficiente do capital estatal. Foi o caso da USIMINAS, siderúrgica mineira, lucrativa, levada à privatização (1991) em razão de fortes considerações (década de 80) acerca da eficiência de gestão empresarial pelo Estado Brasileiro.

O discurso de BOLTANSKI e CHIAPELLO, 2009, sobre o “novo espírito do capitalismo”, discorre que o Estado deve perseguir uma gestão empresarial eficaz. As empresas públicas como as privadas são vinculadas a aspectos políticos e sociais que afetam suas gestões, mesmo assim, devem seguir regras do mercado. A partir de 2001, as empresas públicas e privadas passaram a divulgar informações com relação aos aspectos ambientais e sociais nos relatórios divulgados aos *stakeholders*. Tal proceder leva a imagem da responsabilidade socioambiental que a empresa detém, para o público interno e externo.

MACHADO (2013) aduz que a expressão “meio ambiente” foi mencio-

nada pela primeira vez, na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 225, tendo seu *caput* como antropocêntrico, *in verbis*:

É direito fundamental da pessoa humana, como forma de preservar a vida e a dignidade das pessoas – núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois ninguém contesta que o quadro da destruição ambiental no mundo compromete a possibilidade de uma existência digna para a Humanidade e põe em risco a própria vida humana.

Importante referência ao meio ambiente tece AHMED (2018), ao verificar que no Acórdão na ADIN nº 3540-1, STJ, 01.09.2005, do Ministro Relator Celso de Mello, prevaleceu a ideia de que o macrobem ambiental é unitário e integrado por diversas dimensões, com guarida constitucional, sendo elas a do natural, artificial, cultural e do trabalho, *verbis*:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que assiste a todo gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RT 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, **àquele** que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art.170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART.3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. Ação Direta de Inconstitucionalidade-medida cau-



Contudo, do citado Acórdão, adicionalmente, resta claro que o arcabouço legislativo prima pelo equilíbrio entre a atividade econômica e o meio ambiente, e que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais, pois deve ser preservado para o gênero humano.

Para a proteção do direito de todos ao meio ambiente equilibrado foram criados meios processuais para a sua defesa e garantia, dentre eles, a ação judicial de responsabilidade por danos causados, regulada pela Lei nº 7.347 de 24.7.1985, revelando, mais uma vez, o poder transformador da década de 1980 na sociedade como um todo.

MACHADO (2013) acentua que:

A ação civil pública pode realmente trazer a melhoria e a restauração dos bens e interesses defendidos, dependendo, contudo, sua eficácia, além da sensibilidade dos juízes e do dinamismo dos promotores e das associações, do espectro das ações propostas. Se a ação ficar como uma operação “apaga incêndios” muito pouco se terá feito, pois não terá peso para mudar a política industrial e agrícola, nem influenciará o planejamento nacional. Ao contrário, se as ações forem propostas de modo amplo e coordenado, poderemos encontrar uma das mais notáveis afirmações de presença social do Poder Judiciário.

Atualmente, a Ação Civil Pública tem sido um relevante instrumento processual na “luta” de se obter um efetivo tratamento do meio ambiente como um problema social, com conflitos dele decorrentes, permitindo, em seu bojo, a resolução negociada de conflitos ambientais mediante a assinatura de um termo de ajustamento de conduta (TAC). O TAC pode ser firmado em Juízo ou fora dele. Quando firmado extrajudicialmente, a ação civil pública ainda não foi proposta, portanto, pode-se dizer que o TAC extrajudicial evita a ação judicial, serve de título executivo e confere direito individual e homogêneo ao seu titular. O TAC judicial extingue o litígio quando é homologado pelo Juiz, pode transacionar condenação em dinheiro, assim como o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer pelo causador do dano ao meio ambiente, sem perquirir sua culpa (art. 3º. – Lei nº7.347/85).

Com efeito, durante décadas e até hoje, o Poder Judiciário firmou sua importância como guardião da lei e difusor de práticas restaurativas, sociais e de programas facilitadores ao acesso à justiça pelos cidadãos. No entanto, quanto ao tratamento dos conflitos ambientais, o Judiciário pouco evoluiu, deixando o atingido ou impactado por um dano ambiental sem uma estrutura rápida e eficaz para a entrega da prestação jurisdicional.

Para a defesa de um conflito ambiental, os meios judiciais nem sempre são eficazes, os trâmites dos processos judiciais são morosos pela participação obrigatória das pessoas de direito público; pela discussão de matéria fática

complexa, que exige perícias custosas e difíceis de serem produzidas, isso sem contar quando a discussão sobre o conflito ambiental envereda para o viés político. A cultura que demanda maiores vantagens na indenização, para si ou para o ente político, podem inviabilizar um acordo. Em alguns casos, pretende-se com a decisão judicial a “maximização” dos ganhos, levando os valores indenizatórios a patamares superiores **àqueles** propostos, ou, a “minimização” dos ganhos mínimos da outra parte. Talvez a transformação da cultura do litígio para a cultura do acordo possa ser aprimorada pelo estudo da Teoria dos Jogos, desenvolvendo e inculcando os ensinamentos de John Forbes Nash, falecido em 2015, que na década de 50 inovou a teoria de John Von Newman. Para Newman, a regra das relações é a competição (“luta quem quer o melhor para si e vence o melhor”), ao passo que para Nash, o elemento cooperativo e a estratégia de pensar em si e no coletivo traz equilíbrio **às** relações. A Teoria dos Jogos foi aplicada em sua origem nas estratégias militares, evoluindo para a ciência da economia, matemática e atualmente é utilizada, igualmente, no equilíbrio e relações e concorrência no mercado.

Diante disso, quando o processo judicial que envolve danos ambientais se protraí no tempo, por longos e longos anos, impedindo o tratamento do conflito ambiental, de forma eficaz e adequado ao fim social e econômico, não há equilíbrio nas relações, não se pensa no coletivo, estimula-se a competição entre as “espécies”.

A Lei de Mediação (13.140/2015) ao regular a mediação no **âmbito** da administração pública (art. 1º) criou um ambiente propício ao tratamento consensual dos conflitos ambientais, possibilitando ser objeto de mediação, o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º).

FALECK, 2018, sobre a armadilha do sistema adversarial, cita a crítica de John Allison *verbis*:

A arbitragem e a adjudicação por um tribunal são, por essência, procedimentos adversariais, em que as partes competem para convencer o **árbitro** ou um juiz sobre quem tem razão: A pressuposição desse tipo de modelo é a de que advogados de partes em disputa têm a responsabilidade e o dever de apresentar todo e qualquer argumento, fazer toda e qualquer prova, inventar toda e qualquer tese para concretizar a vantagem máxima para o seu cliente (p.125).

Faleck foi responsável pelo desenho e implementação de programas de indenização em casos de acidentes aéreos (TAM/AIR FRANCE), no acidente da Boate Kiss, e hoje atua nos desastres de grande monta (MARIANA e BRUMADINHO). Ele desenvolveu um conceito próprio de desenho de sistemas de disputas estabelecendo regras, procedimentos e mecanismos diante de um contexto institucional e organizacional, fruto de sua especialização em Harvard (E.U.A) onde foi aluno de Frank E. Sander e Robert C. Bordone. Aliás, Sander defendeu, em 1976, o modelo de Sistema das Múltiplas Portas

- *Multidoor Courthouse System* - perante o Poder Judiciário americano, cujo objetivo era oferecer soluções, antes ou durante o processo judicial, que seriam escolhidas conforme o conflito a ser resolvido, dentre as mais efetivas, céleres e de custo razoável.

O método de mediação de conflitos oriundo da “Escola de Harvard” (E.U.A) foi o escolhido pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) para orientar os procedimentos adotados pelos Tribunais brasileiros no desenvolvimento da mediação judicial. A lei define a mediação como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Do ponto de vista prático, trata-se de uma negociação assistida por terceiro imparcial baseada em princípios e interesses. Como o Judiciário brasileiro “popularizou” a conciliação desde o advento da Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/1984) substituída pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9099/1995), após cinco anos da Lei de Mediação, ainda constatamos uma confusão, inclusive entre advogados e juristas, entre o instituto da conciliação e da mediação, resultando na permanência da cultura da litigância, pois há sempre a expectativa de “maximizar” seus ganhos com a decisão judicial. Há uma desvalorização da conciliação nos Tribunais, talvez porque tenha sido desenvolvida ao longo de anos por profissionais não capacitados que não estimulavam a exposição dos interesses e necessidades das partes.

O renomado mediador Victor Shachter, fundador da *Foundation for Sustainable Rule of Law Initiatives* afirma que o Poder Judiciário possui um papel primordial para a introdução e sedimentação de uma cultura colaborativa para a resolução de conflito. Enfatiza que os advogados apresentam uma certa “resistência em adotar as ferramentas de resolução colaborativa das disputas pois acreditam que isso diminuiria o valor dos seus honorários”.

O fato é que o advogado possui um papel de relevância na construção do consenso, dispendo a lei processual civil brasileira (Lei nº 13.105/2015), o Estatuto da Advocacia Brasileira (Lei nº 8.906/94) e o Código de **Ética** da Ordem dos Advogados do Brasil, a obrigação do profissional de direito de estimular o acordo entre as partes litigantes, promovendo a advocacia colaborativa e capacitada a resolução dos conflitos de forma consensual.

O operador do direito, o advogado, o mediador e o profissional de resolução de disputas são peças relevantíssimas na identificação do melhor caminho para o tratamento dos conflitos, em especial, os conflitos ambientais, pois transpõem pessoas e fronteiras. São conflitos que afetam não somente o meio ambiente, mas também a sociedade e suas estruturas políticas.

O Programa de Indenização Mediada instituído para tratar os conflitos oriundos dos desastres ambientais de grande monta (MARIANA e BRUMADINHO), o denominado PIM, é um sistema de resolução de disputas desenhado com base em critérios transparentes, racionais e objetivos. O PIM busca ser um sistema de tratamento de conflitos, com perfil social, econômico e

para a reparação de danos, propondo aos impactados uma escuta ativa de seus interesses e necessidades para o recebimento de indenização justa, equitativa, adequada a vida digna. O PIM tem fundamento nas normas legais brasileiras e parâmetros jurisprudenciais.

Para melhor entendermos o PIM no tratamento de conflitos ambientais, consta do site da Fundação Renova, fundação constituída em 02 de março de 2016, como obrigação inserida no Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta (TTAC) firmado após o rompimento da barragem de Fundão (novembro de 2015), em Bento Rodrigues, distrito de Mariana, Minas Gerais. Este desastre atingiu a fértil bacia do Rio Doce e transportou a lama com rejeitos minerais até sua foz, no litoral do Estado do Espírito Santo. Consta que foram pagos até hoje R\$2,65 bilhões em indenizações e auxílio emergencial mais R\$1 bilhão em reestruturações, pagamentos realizados pelo Programa de Indenização Mediada (PIM) a 321 mil pessoas atingidas que comprovaram seus danos. Para aqueles que possuem danos de difícil comprovação, tais como lavadeiras, artesãos, areeiros, carroceiros e extratores minerais, pescadores de subsistência/artesanais/de fato, revendedores de pescados e ambulantes, associações e comerciantes, o sistema PIM foi implementado para possibilitar seus requerimentos (*on line e com representação de advogado ou defensor público*). Após a análise do que foi requerido, marca-se uma data para a reunião para fins de acordo.

O site da Fundação Renova -[www.fundacaorenova.org](http://www.fundacaorenova.org)- expõe todo o trabalho e a forma para a reparação dos danos causados pelo desastre, sendo interessante ressaltar que, algumas práticas, contratações, desenvolvimento tecnológicos resultaram de obrigações contraídas em Termos de Ajustamento de Condutas firmados no curso de processos judiciais.

O desenho do sistema PIM para o desastre de Mariana e Brumadinho é muito mais complexo do que aqueles que anteriormente foram realizados nos desastres (acidentes aéreos TAM/AIR FRANCE, Boate Kiss e outros). Para FALLECK, o desenho de sistemas deve ser técnico e intencional (não intuitivo), com um propósito de:

- (i) haver a análise de conveniência e oportunidade para ver se haverá iniciativa; (ii) o designer deve realizar um diagnóstico abrangente da situação conflituosa existente, do problema e do contexto; (iii) deve haver a definição de propósitos, objetivos e escopo do sistema; (iv) deve haver a construção conceitual em si do sistema, e, (v) a implementação e avaliação do arranjo procedimental.

Além disso, cita o referido autor que o executor do processo de construção do consenso, o *designer*, possui vários desafios, dentre outros, o de fazer o mapeamento das partes interessadas e afetadas, de avaliação de seus interesses e incentivos, conhecimentos das ferramentas e teorias dirigidas à negociação baseada em princípios e interesses.

A aplicação da teoria dos jogos, anteriormente destacada, traduz um

processo decisório, de análise da melhor decisão a ser adotada dentro de determinadas condições. Muito comum no **âmbito** corporativo, a análise de decisão no formato de uma **árvore**, “árvore de decisão”, onde os galhos e ramificações são as possíveis hipóteses (alternativas); os nódulos são os pontos de divergência ou convergência, ou seja, o momento em que aquele envolvido deve decidir para continuar ou não no processo.

A construção de um sistema de resolução de disputas sugere como missões, a redução de custos e a acirrada posição das partes. O objetivo de quem busca o consenso é de realizar acordos duráveis e satisfatórios. FALECK, 2018, nos recorda que:

Resolver disputas com menor desgaste requer boa comunicação. Boa comunicação requer algum grau de confiança, mas o sistema adversarial de disputas alimenta a desconfiança, a distorção e a animosidade. Algum grau de confiança é necessário para que se possa utilizar um método consensual com efetividade. (grifos nossos)

Em conclusão, a exitosa prática de desenho do sistema pelo Programa de Indenização Mediada, por Diego Faleck e equipe, nos conflitos socioambientais ora apontados (Desastres Mariana e Brumadinho) valorizam a cultura da paz. Sem a adoção do PIM, mesmo com as exemplares atuações dos Ministérios Públicos, Defensorias Públicas, representantes dos Estados e Municípios, órgãos públicos ambientais e instituições do terceiro setor, os atingidos impactados, por meio de seus advogados, ingressariam por uma única “porta” de acesso à justiça. Relacionariam-se apenas pelas frias páginas do processo judicial.

Qual seria a chave para o êxito da solução do conflito? Como dito acima, algum grau de confiança é necessário para que se possa utilizar um método consensual com efetividade. Por exemplo, no tratamento dos conflitos na Tragédia da Boate Kiss, arguiu-se a existência de erros e omissões dos poderes públicos, o que está sendo decidido em paralelo pelo Judiciário. Alguns atingidos pelos danos firmaram acordo, outros não. Podemos supor que quem não aceitou o acordo, não possui confiança no sistema desenhado ou pretende “maximizar” resultados? Ou quiçá pretenda recompensas imateriais ou subjetivas?

A gestão de fatores da confiança nas relações (indivíduos ou empresas) exige a empatia e intensidade dos interlocutores, o reconhecimento de trabalho desenvolvido por todos, a coerência entre o que se fala e o que se faz (comunicação franca e transparente), bem como o reconhecimento do outro, o respeito pela opinião do outro. COLEMAN, 1990, explica-nos que:

Do ponto de vista da abrangência e da natureza do relacionamento, as análises encontradas na literatura mostram que a confiança possui características presentes em quase todas as linhas de pensamento: confiança implica investimento de risco e, portanto, expectativas de

retorno oferecidas a uma pessoa para agir em favor de outra.

Há expectativa de que o Programa de Indenização Mediada (PIM) continue sendo um sistema facilitador do diálogo transparente e voluntário entre atingidos e empresa causadora dos danos sociais e ambientais. Como missão tem foco no melhor controle de recursos, tempo e energia emocional, o que exige a construção de relação de confiança no Programa PIM e seus atores.

Os conflitos ambientais materializam-se em diversos modelos de relação entre o meio ambiente e a sociedade, havendo várias formas dos danos serem ressarcidos. Distintas tutelas para uma multiplicidade de danos também geram distintas possibilidades de tutela dos direitos envolvidos. Há tutela dos direitos quando uma decisão judicial reconhece o direito material. Por sua vez, há tutela dos direitos quando a transação é realizada sem a presença de dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa. Havendo confiança entre as partes, haverá sucesso para o desenho de sistemas de resolução consensual de conflitos.

## Referências

AHMED, Flávio. **Tutela Jurídica das praias urbanas no Direito Ambiental brasileiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BURAWOY, Michael. **From Polanyi to Pollyanna: The False Optimism of Global Labor Studies**. *Global Labour Journal*, v. 1, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://digitalcommons.mcmaster.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=globallabour>>. Acesso em: 04 de agosto de 2013.

COLEMAN, J. S. **Foundations of social theory**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1990.

CONLEY, Alex; MOOTE, Ann. **Collaborative Conservation in Theory and Practice: A Literature Review**. Tucson, Ariz.: Udall Center for Studies in Public Policy, University of Arizona, 2001.

DUKES, Franklin; FIREHOCK, Karen. **Collaboration: a Guide for Environmental Advocates**. Charlottesville, Va.: Institute for Environmental Negotiation, Wilderness Society, National Audubon Society, 2001.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para evitar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HEIDEGGER, M. **Ser e tempo**. Parte I. Petrópolis: Vozes, 1999.

LAUTIER, Bruno. O consenso sobre as políticas sociais na América Latina, negação da democracia? **Caderno CRH**, Salvador, v. 23, n. 59, 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010349792010000200010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010349792010000200010&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

LONGO, Samantha: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/302296/a-mediacao-nos-eua-e-no-brasil>

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental Brasileiro**, Malheiros Editores, 21<sup>a</sup>. Ed. 2013

MENKEL-MEADOW, Carrie. Lawering, **Dispute Resolution, Problema Solving and Creativity for the 21st Century**. In; BLEEMER, Russ, BILSTEIN, Cynthia Bilstein, S

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Relatório de 05/11/2019**, Atuação na defesa dos direitos humanos dos atingidos pela barragem de Fundão

SCOOT, Susan. YU, Rosemary Yu (Eds.). **Into the 21st Century: Thought Pieces on Lawering, Problem Solving and ADR**. New York; CPR Institute for Dispute Resolution, 2001

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.8.,

QUINTAS, José Silva. **Introdução à gestão ambiental pública** / José Silva Quintas. 2<sup>a</sup> ed. revista. – Brasília: Ibama, 2006.

# DOS SUJEITOS INTERVENIENTES NOS MÉTODOS ALTERNATIVOS E MAIS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: DA PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO COMO IMPORTANTE ATOR PARA A CONCILIAÇÃO

**Marina Cavalli Ribeiro da Silva**

Pós-graduada em Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos, na Universidade de Coimbra, Portugal (2020). Pós-Graduada em Direito Civil e Empresarial pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais São Paulo e Instituto Damásio de Direito (2019). Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”- Campus de Franca (2018). Advogada inscrita na OAB/SP nº 419.347

## **Resumo:**

O presente artigo tem como objetivo esclarecer o papel dos advogados na efetividade do mecanismo da conciliação. No mais, a pesquisa pretende apresentar como funciona a conciliação no Brasil, especificamente no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Nos dias atuais, o processo judicial tradicional tem se mostrado inábil a promover uma concretização efetiva de direitos humanos. Tal situação, aliada à busca pelo direito de acesso à justiça, tem levado ao desenvolvimento de métodos mais adequados de solução dos conflitos, dentre os quais a conciliação, que aparece como caminho para empoderar e harmonizar as partes. Para que a conciliação seja efetiva é fundamental que os sujeitos intervenientes no modelo estejam preparados para atuar devidamente dentro dele. Um dos sujeitos participantes é o advogado, que será o eixo desta análise. Para a elaboração do trabalho, foi utilizada a metodologia dedutiva, aliada à abordagem qualitativa de revisões bibliográficas e legislativas.

**Palavras-chave:** Conciliação; Advogado; Acesso à justiça; Brasil.

## **Introdução**

O sistema de justiça atual brasileiro, correspondente ao modelo de processo judicial tradicional para resolução de conflitos, tem apresentado cada vez mais delongas e deficiências para proporcionar à população que lhe procura uma verdadeira e efetiva concretização de direitos. Tal fato ocorre, den-



tre outros fatores, em razão de seu alto formalismo, morosidade, custo.

Com vistas a melhorar esta situação e, ainda, a facilitar o acesso à justiça, nos últimos anos, tem se propagado o aperfeiçoamento de métodos alternativos e mais adequados de solução dos conflitos, os quais têm como foco a ampla satisfação das partes e a pacificação social.

Dentro deste contexto, é que, no cenário brasileiro, nos deparamos com os Juizados Especiais Cíveis -JEC, os quais praticam a conciliação, que, por sua vez, é vista como um ótimo caminho para a construção de uma convivência pacífica entre as partes, ao devolver a elas o poder de solucionar seus próprios conflitos.

Atualmente, os JECs são regulamentados pela Lei 9.099/95. Este novo modelo proposto pelos Juizados Especiais, tendo como alicerce a prática da conciliação, está ganhando cada vez mais espaço na sociedade brasileira e, por consequência, assumindo um forte papel no acesso à Justiça pela população em geral.

Isto posto, para que os benefícios da conciliação sejam realmente alcançados, o presente artigo irá demonstrar que é fundamental que os sujeitos intervenientes no JEC estejam informados adequadamente a respeito do funcionamento do procedimento como um todo, bem como de como será sua atuação dentro deste para que possam buscar a melhor maneira de solucionar o conflito.

Nos dias atuais, é acentuado o temor que muitos advogados possuem acerca dos meios adequados de solução de conflitos, pois acreditam que com esses métodos perderão parte de sua função (e de seus honorários). Entretanto, na realidade, como o artigo pretende demonstrar, os advogados são importantes atores nesse modelo de solução de conflitos.

Assim sendo, o foco deste artigo será verificar a importância da participação do advogado no Juizado Especial Cível, atuando e colaborando com a conciliação.

Inicialmente, contextualizar-se-á brevemente o sistema de justiça brasileiro e a atual crise de eficácia do modelo, sendo estas circunstâncias as que delinearão o surgimento dos métodos alternativos e mais adequados de resolução de conflitos, dentre os quais se encontram os Juizados Especiais.

Em seguida, apresentar-se-á algumas noções gerais sobre os Juizados Especiais Cíveis, e como a conciliação aparece neste modelo.

Por fim, busca-se, a partir de um breve esclarecimento sobre a função dos advogados, levantar novos caminhos para a atuação daqueles dentro dos Juizados, aptos a promover transformações estruturais na esfera de efetivação do modelo do JEC e no acesso à justiça.

Para tanto, a metodologia empregada neste trabalho consiste, prioritariamente, na pesquisa bibliográfica, legislativa e doutrinária de conceitos acerca da temática.

É mister destacar que essa pesquisa não se limita a traçar o papel do advogado dentro dos Juizados, mas a demonstrar sua importância como ator

para que uma conciliação seja realmente efetiva.

## **A Crise do Modelo de Justiça Tradicional e Seus Reflexos nos Métodos Alternativos e Mais Adequados de Resolução de Conflitos**

Em todas as sociedades sempre existiram conflitos, os quais caracterizam-se por serem situações nas quais um indivíduo não obtém o bem que pretende, seja porque aquele que poderia satisfazer sua pretensão não o faz, ou porque o direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2014, p.38).

Por muitos anos se acreditou na quase absoluta exclusividade do poder estatal na resolução dos conflitos de interesse.

No entanto, é notável a presença de um grande descompasso entre o que prevê a legislação e a real prática judiciária. Em razão disso, atualmente, nos deparamos com a chamada “crise da justiça” (CALMON, 2007, p.105)

Tal crise está marcada pela insatisfação da sociedade atual com o serviço público de justiça, o qual, institucionalmente, é marcado pela morosidade dos processos, burocratização da justiça, custo elevado, falta de informação para os detentores dos interesses em conflito, de modo que há uma obstrução das vias de acesso à justiça e um distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e a população (GRINOVER, p. da internet).

Outro fator dessa crise da justiça diz respeito à mentalidade e ao comportamento dos operadores de Direito- inclusive dos advogados-, os quais muitas vezes ignoram o contexto econômico, social, político e cultural que influencia as atitudes dos indivíduos e se limitam a aplicar o direito de forma totalmente objetiva.

Em outra ponta da questão, nos deparamos com a problemática do excesso de formalismo exigido pelo Poder Judiciário no desenvolvimento de seus procedimentos, o que faz com que aspectos formais e burocráticos, muitas vezes, se sobreponham a uma análise real do caso concreto. É certo que as formas exigidas no processo têm como objetivo garantir os direitos fundamentais das partes, tais quais o acesso à Justiça e o devido processo legal. Entretanto, o formalismo jamais deve atuar como um obstáculo para a aquisição material do direito, como ocorre na maioria dos casos julgados pelo Poder Judiciário.

Em suma, infelizmente, o Sistema de Justiça brasileiro atual, pautado na monopolização do poder estatal, não consegue acompanhar as mudanças sociais ao aplicar o direito objetivo. Ademais, ele não é apto para responder a todas as demandas trazidas pela população. Por estes motivos, ao invés de representar a solução de um conflito, o sistema de justiça se torna mais um aborrecimento e mais um fator de instabilidade na vida dos litigantes, que acabam se afastando da tão buscada justiça.

Paralelamente à essa problemática, é fundamental perceber que, além de questões estruturais, a complexidade do mundo de hoje traz novos interesses,

com características totalmente diferenciadas, fazendo com que se amplie o fosso entre a busca de respostas jurídicas eficientes para as demandas apresentadas e as alternativas que os modelos tradicionais de solução de conflitos trazem para efetivá-las.

Há, desta maneira, uma crise no próprio paradigma utilizado pelo Direito para a busca de uma resolução prática dos conflitos.

Toda essa crise, nos seus mais diversos aspectos, evidencia o estado de instabilidade do modelo tradicional de aplicação das regras jurídicas, abalando a solidez do paradigma vigente e fazendo com que, aos poucos, tomem consistência as novas propostas visadas a considerar o modelo de jurisdição que tem como ideia central o consenso entre as partes na resolução de demandas e na busca pelo acesso à justiça.

A esse respeito, consoante aos ensinamentos de Cappelletti e Garth (1988, p. 31-73), é importante esclarecer que o acesso à justiça representa três finalidades básicas do sistema jurídico: primeiro, o sistema deve ser acessível igualmente a todos os indivíduos, não apresentando quaisquer obstáculos de natureza econômica, social ou física (geográfica); segundo, o sistema jurídico deve ser eficiente e célere, as respostas às demandas apresentadas devem ser feitas a tempo e modo; terceiro, ele deve ser eficaz, produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

O acesso à justiça, nestes termos, é, portanto, considerado um direito humano fundamental e um caminho para a redução das desigualdades entre os cidadãos, por meio da promoção da equidade econômica e social. Onde não há amplo acesso a uma justiça efetiva e de qualidade, a democracia está em risco e o desenvolvimento não é possível.

Neste sentido, alinhados à terceira onda de acesso à justiça, os métodos adequados de resolução de conflitos vêm conquistando espaço nas discussões jurídicas no Brasil, ao proporem maneiras mais adequadas para solucionar conflitos, que busquem resultados mais justos, não apenas para ambas as partes envolvidas, mas também para a sociedade como um todo.

## **A Conciliação nos Juizados Especiais Cíveis**

Após os breves esclarecimentos sobre o surgimento e as inovações trazidas pelos métodos alternativos e mais adequados de solução de conflitos, cumpre retratar um dos maiores avanços no sistema de justiça brasileiro na busca de uma justiça mais efetiva para as partes: a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JEC) pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88):

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor

potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Não obstante, a Constituição deixou algumas lacunas, o que levou à elaboração de lei específica, qual seja, a Lei 9.099, sancionada em setembro de 1995, responsável por instituir um modelo de Juizado em que se busca atender de maneira rápida e informal as causas de menor complexidade, sendo estas as com valor de até 40 salários-mínimos.

Neste diapasão, a conciliação é prática bastante privilegiada nos Juizados Especiais, uma vez que é estabelecida como pressuposto necessário para a passagem à fase de audiência de instrução e julgamento.

Assim sendo, a partir desta nova Lei, nos casos de competência dos Juizados Especiais, ao invés das pretensões materiais das partes desaguardarem diretamente na sentença, o instrumento utilizado para dar fim às controvérsias é a conciliação, a qual, em termos gerais, corresponde a um meio informal de pacificação de conflitos, em que um terceiro, facilita, incentiva e auxilia as discussões entre as partes, com o intuito de que elas mesmas sejam protagonistas do procedimento e, desta forma, possam solucionar seu conflito de interesses.

A proposta da conciliação nada mais é do que construir uma convivência pacífica entre as partes, devolvendo a estas o poder de solucionar seus conflitos. O entendimento entre as partes é fundamento essencial para o prevalecimento da Justiça. Tal fato traz uma mudança bastante significativa de procedimento, quando comparado com a tutela jurisdicional tradicional do Estado.

Além de empoderar as partes e auxiliar na manutenção das relações entre elas (quando já existentes), a conciliação também oferece vantagens de tempo e custo, tanto econômico, quanto emocional, quando comparada com os procedimentos judiciais comuns.

Ainda, ela traz satisfação às partes, vez que, mesmo que estas não saiam da audiência de conciliação com o acordo, elas se sentem satisfeitas pelo procedimento em si, porque foram ouvidas por todos os envolvidos.

Em síntese, a conciliação no procedimento dos Juizados Especiais alia a questão da eficácia com a eficiência da prestação jurisdicional, sendo que a primeira se traduz no fato das partes terem total autonomia para chegarem na solução de sua controvérsia e, por isso, saírem satisfeitas com o procedimento, enquanto a segunda diz respeito ao efetivo acesso à justiça. O modelo dos Juizados tenta dar uma resposta a tempo e modo àquilo que foi solicitado pelas partes (GUERRERO, 2014).

## **Da Importância da Atuação do Advogado na Efetividade da Conciliação**

Tendo em vista o que foi exposto até o momento, para uma audiência de conciliação ser bem sucedida, é essencial que os sujeitos atuantes no mo-

delo dos Juizados Especiais se reconheçam como elementos de uma mesma equipe, com o objetivo principal de legitimar a capacidade das partes em conflito de identificarem seus próprios interesses e de solucionar pacificamente sua desavença.

No tocante especificamente ao advogado, sua função jamais deve ser vista como limitada ao estrito cumprimento do contrato profissional que o habilita ao exercício da defesa dos direitos e interesses da parte que o empregou.

Isto porque, ao ser investido no exercício profissional, o advogado concorda com os termos do Estatuto da Advocacia e da OAB- Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 e, em razão disso, assume, através de juramento, o compromisso de:

Exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições.

Pela análise do artigo transcrito, é possível compreender que o exercício da advocacia tem como alicerce a ordem pública, pois ao defender um direito particular, o advogado está defendendo também a própria ordem jurídica, a cidadania e a justiça.

Partindo desta premissa, é importante fazer um paralelo entre o modelo de justiça tradicional e o modelo trazido pelos Juizados Especiais.

No modelo tradicional processual, o advogado tem função tangente à prática do contraditório. É ele quem auxilia a parte a manifestar e a defender seu interesse. Não obstante, na prática, na maioria das vezes, os advogados têm atuado como meros reprodutores do conflito. Este modelo tradicional, nos moldes em que é elaborado, faz com que as partes estejam em constante divergência.

Por outro lado, os Juizados Especiais trazem novas perspectivas à atuação do advogado, que deverá trabalhar com uma postura de assessoria e suporte legal, rompendo com os paradigmas exclusivamente adversariais. Ora, é evidente que se os próprios advogados não abandonarem essa postura de defesa e conflito com o outro, seus clientes também não mudarão de comportamento, pois atuam nos moldes permitidos por seus advogados.

Ademais, sem a autorização dos advogados, dificilmente as partes deixarão sua posição passiva de serem defendidos para participar do processo de forma mais ativa, sendo autores das soluções para suas divergências com a outra parte.

Em virtude desta característica da postura das partes ser mais ativa, estas é quem tem, nos JEC, total controle sobre o processo, podendo sair dele quando quiserem, e não os advogados, os quais não deverão interferir drasti-

camente na escolha das partes; pelo contrário, os advogados apenas aconselham juridicamente as partes sobre qual é o melhor caminho a ser seguido e sobre as etapas do procedimento em que estão inseridas.

Não obstante, o advogado não deve esquecer que como sujeito que exerce função pública para a realização da Justiça, deve, também, incentivar e promover o fim da demanda, mediante o procedimento da conciliação.

Em todo o processo, o advogado atua como “negociador e como consultor” de seu cliente (CALMON, 2007. p. 331). Em razão da natureza não adversarial da conciliação, é fundamental que o advogado, durante as tratativas com a parte contrária, passe a adotar uma postura mais colaborativa, isto é, uma postura de cooperação com o outro, com vistas à criação de soluções com benefícios mútuos.

Neste sentido, uma segunda função trazida para o advogado é de que ele pode auxiliar as partes na criação de opções para um eventual acordo, que atendam a seus interesses e, ainda, auxiliá-las na aplicação do filtro de legalidade, ao não permitir que, em suas escolhas, as partes ultrapassem os limites instituídos pela ética ou pelo Direito (ALMEIDA; NETO BRAGA, 2016, p. Internet).

Se o procedimento da conciliação é bem-sucedido, ocorre a elaboração de um acordo, o qual, nos Juizados Especiais, deverá ser homologado pelo juiz. Neste diapasão, é tarefa do advogado, que participou da conciliação, auxiliar na elaboração do instrumento de transação e conferir todos os termos do acordo, com o intuito de que não haja qualquer omissão, dúvida ou contradição e, além disso, de que eventuais ruídos de comunicação sejam resolvidos ainda na conciliação.

Uma terceira função que o advogado pode desempenhar nos Juizados Especiais Cíveis é a própria atribuição de conciliador. Tal posição encontra fundamento no art. 2º da Lei 8906/94, a qual diz que o “advogado é indispensável à administração da justiça”<sup>1</sup>, ou seja, ele tem uma função muito mais ampla que a mera postulação em juízo. Assim sendo, pode participar como um terceiro imparcial na conciliação, com o intuito de colaborar com os indivíduos na obtenção da autocomposição.

A partir de seu conhecimento acerca do Direito, bem como dos conflitos em geral, o advogado, ao atuar como conciliador, tem capacidade de propor soluções muitas vezes desconhecidas pelas partes e que podem ajudar o conflito a ter um desfecho mais favorável a ambas.

Neste ponto, é importante ressaltar que, embora não haja incompatibilidade entre as funções de advogado e de conciliador, o profissional estará impedido de advogar para as partes que atendeu como conciliador, a fim de que não haja qualquer parcialidade no procedimento ou, ainda, que os sujeitos utilizem a conciliação como mecanismo de captar clientes, promovendo uma

1 BRASIL. Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994- Estatuto da Advocacia e da OAB. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)> Acesso em: 12 set. 2020.

concorrência desleal com outros profissionais. Tal determinação é fruto do entendimento do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo<sup>2</sup>.

## Considerações Finais

Após essa análise concluímos que o atual modelo processual de solução de controvérsias não se encontra preparado para atender satisfatoriamente às demandas da sociedade, pois ao invés de representar uma alternativa para a solução de um conflito, ele acaba se tornando um fator de instabilidade na vida dos litigantes.

A pesquisa constatou que os métodos alternativos e mais adequados de resolução de conflitos vêm conquistando espaço como meio de efetivação do acesso à justiça, por conta não apenas de serem mais céleres e de fácil acesso, mas também por proporcionarem maior satisfação às partes.

Além disso, o trabalho demonstrou que a eficácia do modelo dos Juizados Especiais, por envolver diretamente a prática do diálogo, está condicionada à atuação dos sujeitos nela envolvidos, principalmente dos advogados, uma vez que são eles os grandes responsáveis por orientar os clientes e, desta forma, influenciar os resultados que serão obtidos na audiência.

Em razão disso, uma preparação adequada dos advogados neste modelo, pautada em comportarmos não-adversariais, é fundamental para a qualidade e eficácia dos serviços de conciliação enquanto instrumento de acesso à justiça e de pacificação social.

Com este artigo, observou-se que a advocacia como atividade não consiste apenas no dever de postulação, mas também de assessoria, consultoria e, principalmente, negociação. Além disso, foram constatados os novos paradigmas de atuação dos advogados. Em primeiro lugar, os Juizados trazem a oportunidade de os advogados agirem como consultores de seus clientes durante a audiência de conciliação, seja auxiliando a parte a pensar em soluções para o conflito discutido, seja fornecendo algum tipo de embasamento legal para as propostas. Em segundo lugar, aparece a tarefa de acompanhar a elaboração e verificar a exequibilidade dos acordos alcançados. Finalmente, a conciliação permite que os advogados atuem como conciliadores em situações que não defendam as partes.

O advogado, neste novo contexto, deverá sempre analisar as vantagens e desvantagens do modelo dos Juizados para as partes e, caso haja a opção pela conciliação, é fundamental que ele esclareça a seu cliente o funcionamento deste meio, e reforçar que, para o caso trazido à tela, apresenta-se como o método mais adequado para solução do conflito. Ainda, o advogado deve sempre atuar em prol do diálogo, nunca deixando de compreender os anseios da

<sup>2</sup> Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (1a Turma). Proc. E-4.525/2015. Rel. Dr. Pedro Paulo Wendel Gasparini, São Paulo, 18/06/2015. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

outra parte; pelo contrário, ele deve incentivar o bom relacionamento e a comunicação dos envolvidos, a fim de promover a pacificação e a justiça social.

A consequência imediata deste novo papel é a redução das demandas por meio do modelo tradicional judicial, por incentivo dos advogados, e, paralelamente, a obtenção de maior satisfação dos interesses daqueles envolvidos nos diversos conflitos.

Embora este sujeito seja demasiadamente importante para a melhor eficácia do modelo dos Juizados, é essencial que sua participação continue sendo facultativa às partes, a fim de respeitar o funcionamento e os princípios instituídos na Lei 9.099/95, quais sejam, a autonomia da vontade e a informalidade do mecanismo da conciliação.

Certo que ainda há muito caminho a ser percorrido a fim de se atingir a efetivação do modelo proposto pelos Juizados Especiais Cíveis.

Finalmente, deve estar claro nesta reflexão, que o principal objetivo do modelo e das mudanças de postura dos advogados é para proporcionar maior autonomia às partes e, por meio disso, atingir uma solução que seja satisfatória a todos.

A atuação voltada para a conciliação jamais deve ser vista como simples instrumento para proporcionar celeridade e economia processual. A transformação a ser promovida pelos sujeitos intervenientes nos Juizados Especiais Cíveis é muito maior que a maneira de se conduzir o processo, ela envolve toda uma cultura de diálogo e de pacificação social, a qual deve ser incentivada pela sociedade como um todo.

Somente desta maneira, com uma mudança de pensamento e de postura por parte de todos os sujeitos, dentre os quais os advogados, é que será possível se aproximar cada vez mais do direito ao acesso à justiça.

## Referências

ALMEIDA, Tania; NETO BRAGA, Adolfo. **Como mediadores e advogados podem atuar colaborativamente na mediação baseada nos interesses e nas necessidades das partes?** Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/2016/03/01/como-mediadores-e-advogados-podem-atuar-colaborativamente-na-mediacao-baseada-nos-interesses-e-nas-necessidades-das-partes/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994**. Estatuto da Advocacia e da OAB. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)> Acesso em: 12 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Lei dos Juizados Especiais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.



\_\_\_\_\_. **Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (1a Turma)**. Proc. E-4.525/2015. Rel. Dr. Pedro Paulo Wendel Gasparini, São Paulo, 18/06/2015. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ementas-ted-oab-sp-junho.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2020.

CALMON, Petrónio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Ed. Forense. Rio de Janeiro: 2007. p.105-331

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: 1988. p. 31-73.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 38.

DIDIER JR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil - Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. v.1.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz, ROQUE, André Vasconcellos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. **Teoria Geral do Processo – comentários ao CPC 2015, parte geral**. São Paulo: Ed. Gen/Método, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181826>>. Acesso em: 11 set. 2020.

GUERRERO, Luis Fernando. Conciliação e Mediação- novo CPC e leis específicas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Set. 2014. v.41.

REZENDE, Renato Horta. O novo Código de Processo Civil voltado para a resolução de conflitos: mudança de paradigma? São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 965. Mar. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. V. único.8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2016.

PINHEIRO, Marcelo Ferraz. O papel do advogado na solução de conflitos: mediação, conciliação e arbitragem. In: **Revista dos Tribunais Online**. V. 8. Mar-abr. 2015.

# O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS RESOLUÇÕES ADEQUADAS DE LITÍGIOS COMO MÉTODOS APTOS AO MAIOR PREENCHIMENTO DO VETOR DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

**Baldomero Cortada de Oliveira Bello**

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais; Especializado em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Especializando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro

## **Resumo:**

A busca por engendrar uma autêntica cultura, uma nova mentalidade, na qual o manuseio dos métodos de Resolução Adequada de Litígio – RAL – antecedidas na direção da judicialização dos entraves é de importância ímpar, pois deste modo os envolvidos na contenda podem atuar com maior autonomia na busca pela solução que os regerá. Corolário disto é uma maior aptidão para alcançar a pacificação social, tendo em vista que quando os próprios indivíduos alcançam o desenlace de suas divergências por meio de uma convergência, tal resultado decerto apresentará perspectiva de estabilidade mais duradoura do que uma decisão imposta à força – e aqui reside a maior adequação da resolução através de tais técnicas. Para tanto, o caminho foi e continua sendo longo e árduo, pois o aperfeiçoamento do sistema jurídico passa por décadas de evolução de teoria e prática jurídicas, o que fica claro a partir da sistematização das ondas renovatórias do Acesso à Justiça, que culmina no sistema multiportas.

**Palavras-chave:** Resolução Adequada; Multiportas; Ondas Renovatórias.

Os métodos de Resolução Adequados de Litígios – RAL -, também denominados de métodos Alternativos de Solução de Conflitos – MASC - ou quaisquer siglas que se queira utilizar para se referir ao meios adequados, configuram potentes instrumentos substitutivos da jurisdição, os quais se prestam a pacificar litígios sem depender de sentença judicial. O que se tem, efetivamente, é que todos convergem para um objetivo central e comum: o maior preenchimento do vetor de pacificação social.

Tal assertiva se desnuda evidente a partir do fato de que o caráter substitutivo da jurisdição - aquele que substitui a vontade das partes envolvidas

em determinado litígio pela vontade da lei -, jamais preencherá o supracitado vetor na mesma medida e com igual eficiência de uma solução que foi construída pelas partes envolvidas - ou, ao menos, que foi alcançada por um procedimento que foi aceito pelas partes.

A respeito do tema, convém mencionar – apesar de que não se entrará em minúcias por fugir dos objetivos deste trabalho -, que existem situações em que há jurisdição sem substitutividade, tal como nas ações constitutivas necessárias e em execuções indiretas, entretanto, mesmo nesta, há maior eficiência com o uso dos métodos adequados de resolução. A primeira, todavia, foge do escopo da resolução de conflitos justamente em razão de não haver conflito entre os envolvidos<sup>1</sup>.

Voltando os olhos novamente aos meios alternativos – ou melhor: adequados - de solução de conflitos, são didáticas as lições de Humberto Theodoro Júnior acerca de suas classificações. São suas palavras<sup>2</sup>:

Quando se cogita de classificar os diversos meios de compor os conflitos jurídicos, costuma-se falar em autocomposição e heterocomposição. O conceito dessas figuras, todavia, não é unívoco, visto que a classificação pode partir de pontos de vista diferentes, levando em conta ora o procedimento como um todo, ora o ato decisório apenas. Assim, o mesmo fenômeno, que na classificação objetiva feita em função do procedimento, seria heterocomposição, quando se enquadra na classificação subjetiva (enfocada na autoria do ato decisório) pode configurar autocomposição.

As semelhanças e as diferenças entre todos os institutos relacionados à resolução alternativa de conflitos já são temas vastamente explorados e conhecidos pelos estudiosos em todo o mundo, sendo certo que citá-las não acarretaria qualquer novidade ou interesse, mas tão somente mais do mesmo.

Assim sendo, passa-se a abordar, por constituir vertente de importância ímpar, os estudos e a sistematização das denominadas ondas renovatórias do acesso à justiça, trabalhadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra “Acesso à Justiça”. A obra é fruto de pesquisas e reflexões que integram o trabalho atualmente denominado *Global Access to Justice Project*<sup>3</sup>, que tem premissas no Projeto Florença.

Afigura-se interessante colacionar, para fins de introito, os ensinamentos de Marinoni, o qual é didático quando da abordagem acerca da universalidade do acesso à jurisdição e da importância do procedimento. Seus dizeres estão em perfeita consonância com o que será trabalhado em seguida<sup>4</sup>:

1 Um exemplo é o divórcio, sem que haja qualquer conflito entre as partes no tocante a tal pretensão, porém, havendo um filho incapaz fruto da relação. O artigo 733 do Código de Processo Civil impõe a busca do Judiciário.

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 60. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 126.

3 Disponível em: <<http://globalaccessstojustice.com/>>. Acesso em 12 out. 2020.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.474.

Deixe-se claro, porém, que o direito de acesso à justiça não depende somente da eliminação dos óbices econômicos e sociais que impedem ou dificultam o acesso. Ele salienta a sua existência, visando a sua superação, mas constitui apenas uma faceta do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Esse último tem várias faces, garantindo, entre outros, o direito de pedir a tutela jurisdicional (o clássico direito de ação), o direito de acesso à justiça e o direito ao uso da técnica processual adequada às necessidades do direito material. De modo que o direito de acesso à justiça, além de garantir o acesso ao Poder Judiciário a todos, independentemente de suas condições econômicas, igualmente garante a técnica processual idônea à tutela do direito material.

Inicialmente, três foram as ondas sistematizadas pelos citados autores como imperiosas para que se possa falar em um efetivo acesso à justiça, porém, fala-se contemporaneamente em uma quarta onda, desenvolvida por Kim Economides, sendo certo que a abrangência de tais estudos possuem grandes zonas de interseção, bem como de influência direta, com os métodos ora tratados - precipuamente as duas últimas. Avancemos por partes.

A primeira onda renovatória diz respeito à assistência judiciária aos reconhecidamente pobres, sendo certo que as custas processuais, honorários advocatícios, dentre outros valores, acabam por tornar o acesso à justiça um ditame impossível e inconcretizável. Assim, os autores reconhecem três modelos importantes relacionados a tal quesito, quais sejam: o sistema *judicare*, consistente na contratação de advogados particulares a serem custeados pelo Estado de acordo com suas atuações nos processos individuais dessas pessoas hipossuficientes (tal como a nossa conhecida atuação dativa); o segundo modelo consiste em uma assistência de um corpo de advogados remunerados pelos cofres públicos, mas agora com um viés classicista, isto é, com vistas a gerar uma conscientização na comunidade e; um terceiro modelo conformado como uma espécie de combinação dos dois modelos primevos, de maneira que os indivíduos escolham o que se amolde melhor às suas respectivas situações. São os escólios dos autores<sup>5</sup>:

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais.

No Brasil, a incidência da primeira onda fica clara, bem como sua ma-

---

5 CAPPELLETTI; Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31-32.

terialização, a partir da instituição da Defensoria Pública e da possibilidade de requerimento de justiça gratuita (Lei nº 1.060/1950, quase que ab-rogada pela Lei 13.105/2015 - Código de Processo Civil - mister em seus artigos 98 e seguintes). Note-se que várias atribuições da Defensoria Pública eram exercidas, originariamente, pelo Ministério Público e pelas procuradorias dos estados e municípios, razão pela qual algumas normas que dispõem sobre tais atribuições passaram a ser entendidas, inclusive, como normas de inconstitucionalidade progressiva<sup>6</sup>, ou seja, de atribuição do Parquet ou das procuradorias tão somente enquanto a Defensoria Pública não se encontra devidamente instalada e organizada em todo o país. Acontecendo isto, a norma será inconstitucional, motivo pela qual se diz que está “em trânsito para a inconstitucionalidade”, denotando, por óbvio, um claro sentido dinâmico, de movimento.

A segunda onda renovatória, a seu turno, ocupou-se dos interesses difusos e da atuação dos tribunais em relação a tais direitos. Trouxe, para tanto, reflexões acerca das tradicionais lições de processo civil, tendo o desenvolvimento das práticas processuais como corolário, pois evidente que a estrutura tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. Pontificam os autores<sup>7</sup>:

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. [...] Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira “revolução” está-se desenvolvendo dentro do processo civil.

Assim, um processo civil de cunho individualista passou a ser compreendido em uma diretriz coletiva, o que resultou, como dito, em aperfeiçoamentos do sistema. Podem ser citadas alterações em previsões de legitimidade, uma vez que uma adequada representação se apresenta como pilar fundamental quando pensamos na tutela de interesses difusos, além de alterações no panorama procedimental.

Neste diapasão, variadas alterações legislativas vieram à lume, atinentes aos direitos coletivos - o que alguns autores chamam hodiernamente de microsistema de direito coletivo -, sendo possível citar a ação popular (Lei 4.717/65), a ação civil pública (Lei 7.347/85) e o próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) com seus artigos 81 e seguintes, basilares a essa estrutura legislativa.

6 É o caso, por exemplo, do artigo 68 do Código de Processo Penal, que prevê a ação civil *ex delicto*, conforme o pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 135328.

7 *Ibid.*, p. 49.

Um apontamento elementar, mas de relevo, é o de que uma onda não sobrevém após o término de outra, ou seja, uma não suplanta os avanços da anterior, mas a complementa. A título de ilustração, podemos pensar na afamada crítica doutrinária, própria do direito constitucional, de que falar em “gerações de direitos fundamentais” não se afigura correto, pois a conotação é de término de uma geração para o início de outra, razão pela qual deve-se utilizar a expressão “dimensões de direitos fundamentais”, de modo que a complementariedade fique evidente, não permitindo involuções<sup>8</sup>.

O mesmo ocorre com as ondas, uma vez que os avanços da anterior permanecem consolidados, já que legítimos, ocorrendo tão somente um aperfeiçoamento do que passou a existir. Em termos distintos, nada impede que reconheçamos uma espécie de efeito Cliquet, ou seja, uma vedação ao retrocesso, já que as conquistas possuem matiz de direitos fundamentais.

Assim, além de todas as leis alhures mencionadas, a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 foi pensada também com vistas à consolidação desse sistema coletivo. Fica claro tal desígnio quando analisamos sua disciplina acerca das finalidades das associações, do meio ambiente, dentre outras.

Por fim – no que tange à sistematização de Mauro Cappelletti e Bryant Garth -, a terceira onda renovatória veio atingir as próprias instituições, seus mecanismos e procedimentos. Para além da acessibilidade – financeira, no caso da primeira onda – e teoricamente factível – a partir das alterações legais que dispuseram adequadamente sobre o tema, na segunda onda -, novas portas, inclusive com menor complexidade, deveriam ser instaladas, por assim dizermos, no dia a dia dos cidadãos.

A terceira onda, no Brasil, trouxe, por exemplo, a Lei 9.099/95, prevenindo os Juizados Especiais, bem como suas análogos para os demais juizados (v.g. lei 10.259/2001, dos Juizados Federais). Desta feita, lides de menor complexidade e/ou valor poderiam abandonar sua marginalização de outrora e serem incluídas na pauta do dia – concretizando o que a própria Constituição Federal já previa sobre o tema em seu artigo 98. Mauro Cappelletti assim sintetiza as ondas<sup>9</sup>:

O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a

8 Neste sentido: “Num primeiro momento, é de se ressaltar as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’, já que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 318.

9 CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 31.

primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Esta terceira onda é que nos interessa mais diretamente, pois ressoa hialino que todo este fluxo de justiça multiportas acaba por influenciar e contemplar os métodos adequados de resolução de litígios - sem contar que o estímulo do próprio Estado é fundamental para que o uso de tais instrumentos sejam enraizados na prática de uma sociedade. Cappelletti e Garth apresentam a ideia de reforma do sistema da seguinte forma<sup>10</sup>:

Cada vez mais se reconhece que, embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à Justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma. Poder-se-ia dizer que a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento – o sistema judiciário.

E continuam os autores, a respeito do tema<sup>11</sup>:

Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar o processo civil ao tipo de litígio. Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. [...] Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos.

Os efeitos dessa onda seguem ocorrendo, o que fica claro a partir da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015). Este não apenas permite, mas potencializa a aplicação de tais métodos. Nesta entoada, tem-se que o artigo 3º, parágrafo 3º, prevê que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público [...]”.

Para além do estímulo por todos os sujeitos do processo, inúmeras outras previsões que potencializam os métodos alternativos podem ser ressaltadas: a positivação expressa da arbitragem logo no capítulo das normas fun-

10 Ibid., p.69-70.

11 Ibid., p. 71-72.

damentais do processo (artigo 3º, §1º); a previsão de audiência de conciliação endoprocessual (artigo 334); a possibilidade de suspensão do processo para entabular mediação extrajudicial (v.g artigo 694, parágrafo único, para ações de família); até mesmo a permissão para que as partes firmem negócios jurídicos processuais (v.g. artigo 190), pois certo que, como ressaltado outrora, qualquer construção conjunta é bem-vinda quando o objetivo é a pacificação social.

Parece que nesta conjuntura de inovações legais, com vistas a incentivar os métodos adequados, uma prática que tinha tudo para ser bastante promissora não está sendo efetivada - possivelmente por resistências dos juízos -, qual seja, a denominada “calendarização” do procedimento. Sua permissão encontra-se no artigo 191, mas não houve engajamento do teor normativo na realidade social, fatidicamente.

Por derradeiro, tem-se que uma quarta onda renovatória foi pensada - por Kim Economides, também a respeito do projeto de Acesso à Justiça -, em complementação às três ondas explicitadas anteriormente. O autor muda o enfoque e denota não apenas a já conhecida cultura de litigiosidade excessiva de nossa sociedade, mas também a imperiosidade de alteração da própria estrutura, isto é, a necessidade de engendrar uma cultura distinta nos próprios operadores do direito, mais especificamente no que tange às suas preparações quando como estudantes. O professor afirma: “Nossa ‘quarta onda’ expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico”<sup>12</sup>.

Com efeito, é de bom alvitre salientar que Economides indica outras questões em sua obra, tal como questões afetas à separação entre moral e direito, questionamentos éticos e alguns ligados ao acesso à justiça, citando as favelas do Rio de Janeiro e o ensino dos direitos humanos nas faculdades. Todavia, no tocante aos métodos alternativos, o autor analisa e estimula os aspectos da educação pautada solução de conflitos nas faculdades de Direito. Portanto, para o autor, um novo modelo de educação deveria abarcar o ensino dos métodos adequados de solução de conflitos, promovendo essa expertise e essa cultura nos operadores do direito como método mais eficaz do direito à justiça.

Ademais, não podemos olvidar que Economides também faz uma crítica às reformas da terceira onda<sup>13</sup>:

Mas estas reformas da “terceira onda” promovem o “acesso à justiça” ou o “acesso à paz”? Na minha opinião, a resolução de dispu-

12 ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?. In: PANDOLFI, Dulce et al (Orgs.) **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 72. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6742/39.pdf>>. Acesso em 12 out. 2020.

13 Ibid., p. 71-72.



tas não pode ser necessariamente equiparada ao acesso à justiça, pois existe o perigo de serem oferecidas aos cidadãos soluções pacíficas, possivelmente até soluções com as quais possam ficar extremamente contentes e felizes, que, no entanto, permanecem aquém do resultado passível de ser obtido caso os direitos legais fossem exercidos por intermédio do sistema judiciário formal.

Não se pode discordar do supracitado autor de que eventual resultado aquém do passível de ser obtido pelo sistema judiciário formal não significa acesso à justiça, mas à paz. Todavia, o autor parece não considerar um ponto crucial nesse raciocínio: o primado da realidade. Não há como mensurar, realística e precisamente, qual resultado seria obtido “caso os direitos legais fossem exercidos por intermédio do sistema judiciário formal” – exceto em uma minoria esmagadora de casos, tal como aqueles que possuem precedentes com tese jurídica análoga e dotada de eficácia vinculante.

Aliás, à exceção dos mencionados casos de tese jurídica com eficácia vinculante – precedente vinculante -, não há como mensurar nem mesmo se haveria procedência, ou não, de eventual demanda no sistema judiciário formal, precipuamente em razão do nosso sistema ostentar elevado grau de insegurança jurídica, além de um recente – e infelizmente já bastante desrespeitado - sistema de precedentes.

No que se refere à necessidade de enfoque na preparação dos operadores do direito, mister nas faculdades, Kim Economides é certo. A sociedade já possui, como dito alhures, um ambiente de litigiosidade – comprovados pelas estatísticas que são fruto de levantamentos do Conselho Nacional de Justiça -, ambiente este que não se espera que seja suplantado tão cedo. Ainda que isto aconteça, de nada adiantará se os responsáveis pelo amparo jurídico não tiverem a mesma cultura engendradora, isto é, no que tange à utilização desses potentes instrumentos de resolução alternativa de litígios – RAL.

É um consectário lógico que não se pode esperar que um sujeito passe uma graduação inteira aprendendo a litigar, mas que teve uma cadeira - ou, quando muito, duas - do curso sobre os métodos adequados de resolução de litígios, conclua seu curso e busque efetivar justamente esse precário conhecimento que obteve acerca de tais vias de resolução. É necessário haver não apenas um maior engajamento na preparação de tais profissionais no que tange às resoluções adequadas, mas também uma transversalização da matéria, ou seja, uma maior interdisciplinaridade, contemplando toda sua importância.

Assim, tem-se que a ideia proposta por Economides é, de fato, de crucial importância para que os métodos aptos ao maior preenchimento do vetor de pacificação social possam encontrar seu lugar de destaque na teoria e na prática forense, que é onde merecem estar. Para tanto, todos os operadores do direito devem ser conscientizados desde cedo, desde a graduação, acerca do uso das resoluções alternativas de conflitos, incentivando que sejam efetivadas, pois somente através dessa cultura e do sistema de justiça multiportas é

que se pode alcançar um verdadeiro progresso social e um verdadeiro acesso à justiça de forma geral e ampla.

### **Referências:**

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In. PANDOLFI, Dulce et al (Orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999;

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 474;

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 60. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

# ARBITRAGEM DE CONSUMO NO DIREITO PORTUGUÊS: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O BRASIL

**Luiza de Almeida Pereira Macedo**

Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa - UAL; Pós-graduada em Direito do Consumidor pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade IBMEC São Paulo; Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade IBMEC São Paulo; Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ; Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraíba

## Resumo:

A arbitragem<sup>1</sup>, enquanto meio adequado de resolução de conflitos, apresenta-se como alternativa para lidar com problemas nas relações de consumo. Em Portugal, é possível fazer uso dessa técnica de forma mais acessível, enquanto no Brasil ainda é pouco utilizada, ante a vulnerabilidade do consumidor<sup>2</sup>. Nesse sentido, a presente investigação tem por objetivo central averiguar os limites e as possibilidades da arbitragem de consumo no Brasil, pautando-se na experiência portuguesa. Para responder ao problema proposto, o estudo utilizará a metodologia dedutiva, o método de procedimento comparativo e pesquisa bibliográfica. Conclui-se que o limite para a arbitragem de consumo no direito brasileiro é a adoção prévia e compulsória da cláusula arbitral, enquanto, como possibilidade, vislumbra-se que, havendo consenso e/ou aquiescência voluntária do consumidor, essa via se mostra disponível.

**Palavras-chave:** Arbitragem de consumo; Direito do Consumidor; Meio de resolução adequada de conflito.

## Introdução

O artigo se propõe estudar a arbitragem nas relações de consumo. Esse

1 SCAVONE Junior, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 19.

2 SALES, Lília Maia de Moraes. SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Maria Almeida de - A Mediação e os ADR'S (Alternative Dispute resolutions) – A Experiência norte-americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. [Em linha]. vol. 19 - n. 2 - mai-ago 2014. p. 384. [Consult. 04 nov. 219]. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6012/3288>.

método é inserido como meio adequado de resolução de litígio<sup>3</sup>, e apresenta peculiaridades, tanto no direito português, quanto no direito brasileiro. O objetivo central é discutir os limites e as possibilidades da arbitragem de consumo no Brasil. Isso porque, o consumidor é considerado parte fraca e vulnerável na relação com o fornecedor, tendo ampla proteção estatal, o que, por vezes, tem dificultado seu acesso ao sistema multiportas<sup>4</sup>.

Há vasta discussão doutrinária a respeito da possibilidade ou não da arbitragem nos contratos de consumo no Brasil<sup>5</sup>. Diante dessa realidade, o estudo se dispôs a trazer um panorama acerca do conflito arbitral de consumo em Portugal e no Brasil.

Nesse sentido, justifica-se o estudo comparado tendo em vista que a arbitragem de consumo no Brasil é instituto de pouca utilização. Em Portugal, contudo, o consumidor pode fazer uso desse importante mecanismo adequado, de forma mais prática e rápida e que é capaz de atender aos seus interesses, inclusive por meio de centros privados já bem estruturados. Ademais, o consumidor, no direito português, não tem a característica intrínseca da vulnerabilidade, o que só ocorre em determinadas situações elencadas como práticas comerciais desleais<sup>6</sup>.

Os meios de resolução alternativa de litígios são uma realidade e fortes aliados ao desafogamento do judiciário. São inúmeras as demandas envolvendo a matéria do consumidor e se mostra razoável discutir, na mesma linha, a existência de mais um método de resolução posto à disposição das partes. O estudo utilizará a metodologia dedutiva, o método de procedimento comparativo e pesquisa bibliográfica. Com isso, o trabalho foi dividido em três tópicos centrais. O primeiro aborda os meios adequados de resolução de litígios. Traz uma visão geral sobre alguns mecanismos existentes, mediação, conciliação e arbitragem. Depois, será avaliada a arbitragem nas relações de consumo e os seus respectivos elementos, tudo à luz do direito comparado.

No segundo ponto, o estudo será sobre a arbitragem de consumo no direito português. Será analisada a sua origem e regras legislativas de aplicação do processo arbitral e dos centros institucionalizados. No terceiro tópico, o

3 MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da - O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. [Em linha]. Porto Alegre, n. 39, vol. esp. 2018. [Consult. 04 nov. 2019]. p. 291. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524/51655>.

4 SALES, Lília Maia de Moraes. SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Maria Almeida de - A Mediação e os ADR'S (Alternative Dispute resolutions) – A Experiência norte-americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. [Em linha]. vol. 19 - n. 2 - mai-ago 2014. p. 384. [Consult. 04 nov. 2019]. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6012/3288>.

5 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção - **Manual de direito do consumidor: direito material e processual** – 6.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p.185.

6 “A diretiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais, foi transposta pelo DL 57/2008, que se aplica à generalidade dos contratos de consumo, uma vez que todos são celebrados na sequência de práticas comerciais, leais ou desleais”. CARVALHO, Jorge Moraes – **Manual de direito do consumo** – 3ª ed. Coimbra. Almedina. 2016. Item 2.1.7.

foco será sobre o direito brasileiro e a arbitragem de consumo no seu ordenamento. Questões relativas ao consumidor e sua posição na relação com o fornecedor serão tratadas, assim como os limites e possibilidades desse meio adequado, inclusive, com o apontamento de algumas semelhanças e diferenças com Portugal.

## **A arbitragem como resolução alternativa (adequada) de litígios de consumo**

Métodos adequados de resolução de conflitos, resolução alternativa de litígios (RAL) ou, ainda, sistema multiportas são expressões utilizadas para definir os mecanismos que não se utilizam, em regra, da justiça comum<sup>7</sup>.

Os meios de RAL não estão previstos expressamente na Constituição da República Portuguesa (CRP), mas pode-se inferir a partir de seu texto, notadamente do n° 4 do artigo 202<sup>8</sup> e n° 2 do artigo 209<sup>9</sup>, uma interpretação que legitima a possibilidade de tais institutos, porquanto traz a previsão constitucional para essa jurisdição privada<sup>10</sup>.

Com efeito, as normas citadas acima refletem a legitimidade dos meios de RAL, o que leva a considerar a existência de mecanismos de autocomposição ou consensuais, bem como de métodos de heterocomposição, de índole não jurisdicional. Por isso, “a definição de resolução alternativa de litígios deve, assim, ser alargada a todos os meios de resolução de conflitos que sejam diferentes da decisão por julgamento em tribunal estadual”<sup>11</sup>.

No direito brasileiro, percebe-se que o Código de Processo Civil (CPCB) adota esse modelo multiportas, ou seja, “cada demanda deve ser submetida à técnica ou método mais adequado para a sua solução e devem ser adotados todos os esforços para que as partes cheguem a uma solução consensual do conflito”<sup>12</sup>. Isso é visto, inclusive, no decorrer do processo, já que todos que o compõem são incentivados pelo próprio legislador a buscar esses meios.

No que toca ao instrumento de solução alternativa de litígio, o presente

7 MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE Daniela – **Manual de arbitragem**. Coimbra. Almedina. 2019. p. 47.

8 “Artigo 202° n 4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa - [Em linha]. [Consult. 13 set. 2019]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

9 “Artigo 209.° 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz”. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa – Idem.

10 MONTEIRO, António Pedro Pinto - Op. Cit. p. 43 e 44 e 13.

11 GOUVEIA, Mariana França - **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed. reim. Coimbra: Almedina. 2019. p. 18.

12 LESSA NETO, João Luiz - O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! e agora?! **Revista de Processo**. [Em linha]. vol. 244. 2015. [Consult. 13 set. 2019]. [s.l]. Disponível em [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiZ6bD9t87kAhW\\_HbkGHd77CxMQFjAGegQIABAC&url=https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/fbibli\\_servicos\\_produtos/fbibli\\_boletim/fbibli\\_bol\\_2006/FRPro\\_n.244.17.PDF&usq=AOvVaw1SulZLMMpjz3iszTDobNrX.p.3](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiZ6bD9t87kAhW_HbkGHd77CxMQFjAGegQIABAC&url=https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/fbibli_servicos_produtos/fbibli_boletim/fbibli_bol_2006/FRPro_n.244.17.PDF&usq=AOvVaw1SulZLMMpjz3iszTDobNrX.p.3).

trabalho dá enfoque à arbitragem, método de heterocomposição, mas que, assim como nos meios já referidos, não se utiliza da jurisdição do Estado-juiz<sup>13</sup>. Esse modelo é importante porque tenta reduzir a quantidade de demandas judiciais a serem apreciadas pelo judiciário, estimula a autonomia das partes, bem como garante outros métodos que não o judicial na busca de resolução de conflitos.

Sobre a arbitragem, no direito português, apesar de não se verificar um conceito unânime, trabalha-se com a definição<sup>14</sup> de que é uma espécie de resolução alternativa de litígios, cujo ponto central é a voluntariamente das partes. Nessa linha, é por assim dizer, “o meio de resolução alternativa de litígios, no qual as partes atribuem voluntariamente por efeitos da celebração de um contrato – a convenção de arbitragem - o poder para a resolução do seu litígio a árbitros”<sup>15</sup>.

Em Portugal, a arbitragem voluntária, diferentemente da necessária<sup>16</sup>, é exercida mediante jurisdição puramente privada, tem previsão legal<sup>17</sup> e não depende de delegação do Estado. É, como visto, forma de resolução de litígios alternativa e substitutiva da jurisdição estatal, na qual as partes elegem um terceiro, voluntariamente, e por meio de uma convenção de arbitragem<sup>18</sup>.

No Brasil, seguindo a mesma linha, a arbitragem é uma antiga forma de solução de conflitos, baseada na escolha das partes de um terceiro de sua confiança que seja o responsável pela solução do conflito de interesse e que emitirá uma decisão impositiva, que neste ponto, independe da vontade das partes<sup>19</sup>. A arbitragem, enquanto método alternativo para a resolução de conflitos, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1996, pela Lei nº 9.037 (LArb).

No que toca aos meios de RAL na seara do direito de consumo, em Portugal<sup>20</sup>, esses institutos já são amplamente utilizados. A Lei nº 144/2015, que tras põs a Diretiva 2013/11/EU (Diretiva RAL), veio disciplinar os mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, trazendo seus princípios e regras aplicáveis<sup>21</sup>.

A Diretiva RAL, aprovada no âmbito da resolução alternativa de litígios de consumo, “contribui para o bom funcionamento do mercado interno, as-

13 Idem – Ibidem.

14 MONTEIRO, António Pedro Pinto – Op. Cit. p. 12.

15 Os árbitros “são terceiros independentes e imparciais que actuarão enquanto verdadeiros juízes, proferindo uma sentença que produz efeitos jurisdicionais”. MONTEIRO, António Pedro Pinto – Op. Cit. p. 11/12.

16 Não é objeto de estudo do presente artigo.

17 Lei n.º 63/2011.

18 MONTEIRO, António Pedro Pinto – Op. Cit. p.12.

19 NEVES, Daniel Amorim Assupção Neves - **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Ver. Amp. Atual. Salvador. Editora Jus Podium. 2018. p. 77.

20 CARVALHO, Jorge Morais; FERREIRA, João Pedro Pinto; CARVALHO, Joana Campos - **Manual de resolução alternativa de litígios de consumo**. Coimbra. Almedina, 2017. p. 16.

21 Idem – Op. Cit. p. 22.

segurando que os consumidores possam apresentar, voluntariamente, queixas contra comerciantes a instituições que facultem métodos independentes e céleres de resolução de litígios<sup>22</sup>.

No Brasil, a mediação<sup>23</sup> e a conciliação<sup>24</sup> já são uma realidade, uma vez que são meios hábeis e que têm forte amparo legal<sup>25</sup> e aceitação pelas partes<sup>26</sup>. Quando se fala de arbitragem na seara do consumidor, no entanto, há uma forte discussão a respeito de sua possibilidade, conforme será visto mais adiante.

## Da arbitragem de consumo no ordenamento português

A arbitragem voluntária, de natureza privada, é utilizada como dispositivo de RAL, tem origem contratual e fundamenta-se na vontade das partes<sup>27</sup>. Está positivada na LAV, Lei nº 63/2011. Na relação de consumo, a arbitragem, apesar de inexistir regime específico<sup>28</sup>, é baseada pela Lei nº 144/2015, que regula os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflito de consumo como um todo. Teve origem em 1989 no centro de arbitragem CACCL<sup>29</sup>.

A rede de arbitragem de consumo delimitada pela Lei nº 144/2015 tem por escopo “assegurar a coordenação, a utilização de sistemas comuns e a harmonização dos procedimentos seguidos nas atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem, pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo”<sup>30</sup>.

Ao analisar os centros de arbitragem de consumo de competência genérica<sup>31</sup>, denota-se que fazem parte de um tipo de arbitragem institucionalizada. Trata-se um de local onde existe uma estrutura administrativa preparada para trabalhar com essas questões<sup>32</sup>, seja por meio de um regime de árbitro único, seja por uma lista de árbitros. Seu âmbito de atuação tem regulamento e regras próprias que funcionam como um tribunal constituído.

Os centros de arbitragem de consumo<sup>33</sup> permitem que as empresas formulem uma declaração por meio da qual aderem prévia e plenamente ao centro, o que tem sido, inclusive, previsto nos seus regulamentos. A Lei nº 144/2015 estabelece que os fornecedores de bens ou prestadores de serviços

22 BARROS, João Pedro Leite - **Arbitragem online de conflitos de consumo**. São Paulo. Tirant lo blanch. 2019. p.41.

23 TARTUCE, Fernanda - **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019. p. 239.

24 Idem – Op. Cit. p. 57.

25 Código de Processo Civil Brasileiro; Código de Defesa do Consumidor.

26 LESSA NETO, João Luiz - Op. Cit. p. 2.

27 MONTEIRO, António Pedro Pinto – Op. Cit. p. 58.

28 CARVALHO, Jorge Morais; FERREIRA, João Pedro Pinto; CARVALHO, Joana Campos - **Manual de resolução alternativa de litígios de consumo** – Op. Cit. p. 177.

29 BARROS, João Pedro Leite – Op. Cit. p.30.

30 Artigo 4º. 1. LEI n.º 144/2015 – Op. Cit.

31 O presente artigo trabalhará com esse modelo.

32 MONTEIRO, António Pedro Pinto – Op. Cit. p. 19.

33 BARROS, João Pedro Leite – Op. Cit. p.45.

devem informar aos consumidores acerca das entidades de RALC a que estão vinculados por adesão, a fim de possibilitar mais um meio alternativo para se resolver determinada demanda.

Nesse sentido, a lei confere ao consumidor a opção de escolher entre um tribunal arbitral ou um tribunal estadual<sup>34</sup>. Os centros de arbitragem de consumo, então, surgem como opção posta em favor dos consumidores, bem como dos operadores econômicos, no intuito de facilitar e desburocratizar a solução de conflitos.

A arbitragem de consumo leva em conta a disponibilidade do consumidor em resolver seu conflito perante os centros. “A alegada vantagem deste meio consiste tradicionalmente na sua grande celeridade, no seu caráter confidencial e na significativa redução de custos para as partes”<sup>35</sup>.

Como vantagens desse método de RALC está o fato de esses centros apresentarem regras próprias e regulamentos previamente estabelecidos, o que permite às partes conhecer e decidir por integrá-los<sup>36</sup>. Na mesma linha, existe uma lista de árbitros com competência comprovada. Há, ainda, que levar em conta a não exigência de contratação de advogado, a não ser que o consumidor assim deseje<sup>37</sup>.

Na maioria dos centros de arbitragem de consumo, todavia, há um árbitro único que julga todas as ações que são ali propostas<sup>38</sup>. Ainda, assim, é opção posta em favor do consumidor, que pode escolher dentre os centros disponíveis. A escolha pelo tribunal arbitral é, pois, considerada uma enorme vantagem comparativamente com os tribunais estaduais, em homenagem, inclusive, ao princípio da autonomia privada<sup>39</sup>.

Então, respeitados os requisitos e os regulamentos necessários, é assim que a arbitragem de consumo, com vantagens e desvantagens, se apresenta em Portugal. É, pois, mais um modelo de que o consumidor tem a disponibilidade de buscar.

## Da arbitragem de consumo no ordenamento brasileiro

No Brasil, a arbitragem, tal qual em Portugal, é meio de heterocomposição de resolução alternativa de litígio “em que o árbitro, exercendo a cognição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida pelas partes, decide a controvérsia com autonomia e definitividade”<sup>40</sup>.

34 Artigo 13º 1 - LEI nº 144/2015 – Op. Cit.

35 DELGADO, Ruben Bahamonde – Os Princípios Estruturantes da Mediação em Portugal. **Galileu: Revista de Direito e Economia**. [Em linha]. v. XIX (2018). [Consult. 20 out. 2019]. Lisboa. Disponível em [http://journals.ual.pt/galileu/wp-content/uploads/2019/03/Galileu\\_2\\_2018.pdf](http://journals.ual.pt/galileu/wp-content/uploads/2019/03/Galileu_2_2018.pdf). p. 6.

36 MONTEIRO, António Pedro Pinto – Op. Cit. p. 37.

37 CARVALHO, Jorge Morais; FERREIRA, João Pedro Pinto; CARVALHO, Joana Campos - **Manual de resolução alternativa de litígios de consumo** – Op. Cit. p. 127.

38 GOUVEIA, Mariana França – Op. Cit. p. 194.

39 MONTEIRO, António Pedro Pinto – Op. Cit. p. 233.

40 FICHTNER, José Antonio – Op. Cit. p. 52.



A sua previsão está na legislação infraconstitucional, Lei nº 9.307/1996 (LArb), no CPCB, art. 3º, §1º, e em outras legislações esparsas<sup>41</sup>, tendo sido constatada a sua constitucionalidade<sup>42</sup> pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por entender que a arbitragem não afronta o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV.

Nesse contexto, a arbitragem como sistema multiportas tem encontrado progressivo avanço no ordenamento brasileiro, notadamente em virtude da disponibilidade de direitos, bem como do seu caráter patrimonial<sup>43</sup>. A arbitragem nas relações de consumo, todavia, encontra resistência na doutrina e na jurisprudência, o que será abordado no tópico seguinte.

O procedimento arbitral possui diversas vantagens, sendo, inclusive, semelhantes com as do direito português. Bem verdade que cada caso deve ser analisado no plano concreto, e as partes devem estar bem informadas a respeito das características, sopesando vantagens e desvantagens<sup>44</sup>.

A questão surge, todavia, quanto à convenção de arbitragem, notadamente o compromisso arbitral e a cláusula compromissória inseridas no âmbito dos contratos de consumo. Com efeito, o art. 51, VII, do CDC<sup>45</sup>, dispõe que é nula de pleno direito as cláusulas contratuais que determinem a utilização compulsória de arbitragem.

O art. 3º, §2º, da LAB<sup>46</sup>, vaticina que é plenamente possível nos contratos de adesão a cláusula compromissória, quando o aderente toma a iniciativa ou concorda expressamente com sua instituição. O próprio CDC, em seu art. 4º, V<sup>47</sup>, incentiva a criação de meios alternativos de solução de conflito de consumo. Ademais, a lei dos juizados especiais (Lei nº 9.099/95), diploma que regula, na maior parte das vezes, o procedimento e o foro de atuação das causas decorrentes de contratos de consumo, recomenda o uso do juízo arbitral. (arts. 24 a 26).

A doutrina<sup>48</sup> é dividida quanto a possibilidade de se utilizar a arbitragem nos conflitos de consumo. Grande parte<sup>49</sup> não leva em conta essa vasta legislação e entende ser incompatível o uso da arbitragem nos conflitos de consumo em virtude da norma inserta no art. 51, VII, do CDC. Consideram, outrossim, que a vulnerabilidade do consumidor não permitiria o uso desse mecanismo, por ser extremamente lesivo<sup>50</sup>.

Por outro lado, há crescente corrente doutrinária<sup>51</sup> entendendo pela plena possibilidade de utilização desse instituto. Nessa seara, devem ser conside-

41 Idem - Op. Cit. p. 51.

42 Idem - Op. Cit. p. 50.

43 TARTUCE, Flávio - Op. Cit. p. 64.

44 FICHTNER, José Antonio - Op. Cit. p. 65.

45 BRASIL, Código de Defesa do Consumidor - Op. Cit. p. 588.

46 LEI nº 9.307/96 - [Em linha] - Op. Cit.

47 BRASIL, Código de Defesa do Consumidor - Op. Cit. p. 583.

48 FICHTNER, José Antonio - Op. Cit. p. 312.

49 Idem - Ibidem.

50 GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.] - Op. Cit.p. 181.

51 TARTUCE, Flávio - Op. Cit. p. 185.

radas algumas precauções e cuidados, para que o consumidor não sofra prejuízos. Há doutrina<sup>52</sup> que segue a linha de que a lei de arbitragem teria revogado o código do consumidor, na parte em que veda a arbitragem e há quem considere que os dois diplomas são complementares e convivem de forma harmônica<sup>53</sup>, o que parece ser a opção mais coerente<sup>54</sup>.

Nessa linha, percebe-se que a intenção é proibir apenas a utilização compulsória da arbitragem de consumo, uma vez que o consumidor não pode ser compelido a essa cláusula, o que, por certo, configuraria abuso. Isso significa que as partes podem, desde que válida e livremente, pactuar pela sua adoção<sup>55</sup>, uma vez observados e respeitados os requisitos impostos tanto pela lei de arbitragem, como pelas normas cogentes do CDC<sup>56</sup>.

A cláusula compromissória nos contratos de consumo, notadamente nos de adesão, quando pelos fornecedores deve ser, na prática, inserida com certa cautela. Isso ocorre para que não se configure nenhum tipo de abuso. O §2º do art. 4º da LArb disciplina que “só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula”.

Com essas constatações, a problemática existe em torno da negação da arbitragem de consumo, em virtude do forte zelo em torno da defesa e proteção dos consumidores. Todavia, se for aplicado de forma a respeitar todos os limites elencados pela legislação de arbitragem e pelo CDC, bem como não desrespeitar o consumidor diante da sua opção de escolha, essa via alternativa se mostra possível nos conflitos de consumo.

É certo que ordenamento brasileiro, quando comparado ao português, ainda não mostra avanço desse mecanismo de RAL para os conflitos de consumo. Isso porque é possível encontrar diversos centros institucionalizados e específicos de RALC em Portugal, como visto acima.

Essa realidade, ainda, não é a do Brasil. Existem até alguns centros de arbitragem, como o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)<sup>57</sup>, entre outros, que trabalham com resolução de problemas que envolvam direito patrimonial e disponível. Todavia, quando se trata de matéria do consumidor, ainda, não há notória adesão às Câmaras para uso do juízo arbitral.

A matéria da arbitragem de consumo ainda é iniciante e encontra diversos entraves na doutrina e na jurisprudência. No entanto, já há uma crescente sinalização de sua utilização, o que vem a corroborar a sua possibilidade, desde que, como frisado, não haja imposição prévia e compulsória ao consumidor.

52 ANDRIGHI, Fátima Nancy - Op. Cit. p.5.

53 FICHTNER, José Antonio – Op. Cit. p. 313.

54 Idem – Op. Cit. p. 314.

55 Idem – Op. Cit. p. 315.

56 Idem – Op. Cit. p. 314.

57 <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/>.

O próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>58</sup> (STJ) vem apontando posicionamento favorável a essa questão, quando não houver vinculação ao consumidor pelo fornecedor. É preciso que haja a iniciativa do próprio consumidor, ou, ainda, que este preste a sua concordância expressa<sup>59</sup>. Tudo isso, contudo, sem deixar de assegurar a defesa do consumidor, princípio constitucional, expresso na CFB<sup>60</sup>. Ademais, sempre haverá a opção de socorrer do poder judiciário<sup>61</sup> caso algum abuso ou nulidade sejam verificados.

Com tais considerações, percebe-se que a realidade do consumidor no direito brasileiro tem aspectos diferenciados com a de Portugal, notadamente por ser considerado parte vulnerável e demandar uma forte proteção estatal. Mas, embora seja necessário esse amplo cuidado, o consumidor não pode ser tratado como se incapaz ao ponto de lhe ser negado o direito de escolha por um mecanismo de RALC, pela arbitragem.

### Considerações finais

Os meios de resolução alternativa de litígios são uma realidade no direito português, existindo, inclusive, vários centros de arbitragem de consumo, que envolvem não só o tribunal arbitral como os demais mecanismos de RAL. No Brasil, como visto, o problema gira em torno dos limites e possibilidades da arbitragem de consumo.

O fato é que não se pode negar que a arbitragem seja uma via de RALC posta à disposição do consumidor e que pode ser bastante útil. Os vários centros de arbitragem de consumo existentes em Portugal demonstram ser um forte aliado do consumidor e um mecanismo alternativo para aqueles que não desejam recorrer ao judiciário.

Conclui-se que o uso da arbitragem de consumo tem como limites a adoção prévia e compulsória da cláusula arbitral na celebração dos contratos, que se apresentam como impeditivos da sua utilização. Nos de adesão, há ainda referência na legislação de requisito específico, de ser formulada por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto do consumidor, de modo que seja inequívoca sua ciência e/ou concordância.

Assim, uma vez superada essas questões e havendo consenso entre as partes e/ou aquiescência voluntária do consumidor, mostra-se possível esse instituto no ordenamento brasileiro.

Com efeito, a sua implementação, no Brasil, carece de maior cautela, frente a realidade do consumidor. Todavia, nada impede de se buscar no direi-

58 STJ. REsp 1742547. [Em linha]. [Consult. 07 out. 2019]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Adesao-voluntaria-a-arbitragem-impede-consumidor-de-buscar-Judiciario-para-resolver-conflito-em-contrato-de-adesao.aspx>.

59 Idem - Ibidem

60 “Artigo 5º, XXXII: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil – Op. Cit. p. 19.

61 “Artigo. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Idem – Op. Cit. p. 20.

to comparado, notadamente o Português, algumas contribuições nessa construção. A arbitragem de consumo existe, tem previsão legal e aceitação doutrinária, embora várias posições contrárias, e quando utilizada em adequação, pode ser mais uma via colocada à disposição das partes.

## Referências

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, *in: Vademecum*: Acadêmico de direito. 28.ed, São Paulo: Rideel. 2019.

BRASIL, Código de Processo Civil, *in: Vademecum*: Acadêmico de direito. 28.ed. São Paulo. Rideel. 2019.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil *in: Vademecum*: Acadêmico de direito. 28.ed, São Paulo: Rideel. 2019.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa - [Em linha] [Consult. 13 set. 2019]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

DECRETO n.º 57/2008. **Diário da República**, Série I. [Em linha] N.º 60/2008 (de 23-03-2008). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/lc/34454075/view?q=Decreto+57%2F2008>.

LEI n.º 144/2015. **Diário da República**, Série I. [Em linha] N.º 175/2015 (de 08-09-2015): Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/119475005/view?q=LEI+144%2F2015>.

LEI n.º 24/96. **Diário da República**, Série I-A. [Em linha]. N.º 176/1996 (de 31-07-1996). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada//lc/34491075/view?q=LEI+n%C2%BA%2024%2F96+>.

STJ. REsp 1742547. [Em linha]. [Consult. 07 out. 2019]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Adesao-voluntaria-a-arbitragem-impede-consumidor-de-buscar-Judiciario-para-resolver-conflito-em-contrato-de-adesao.aspx>.

ALVIM, Eduardo Arruda, GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha - **Direito processual civil**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1648 p.

ANDRIGHI, Fátima Nancy - Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Brasília. [Em linha]. ano 3, n. 9. p. 13-21, abril-junho, 2006. [Consult. 20 set. 2019]. Disponível em <https://www.cmaj.org.br/2014/06/13/arbitragem-nas-relacoes-de-consumo-uma-proposta-concreta/>.

BARROS, João Pedro Leite - **Arbitragem online de conflitos de consumo**. São Paulo. Tirant lo blanch. 2019. 154 p.

BARROSO, Luís Roberto - **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BESSA, Leonardo Roscoe. MOURA, Walter José Faiad de - **Manual de direito**

**do consumidor**, v. 4, - 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. 290 p. ISBN 978-85-85820-68-8.

CARVALHO, Jorge Morais – **Manual de direito do consumo** – 3ª ed. Coimbra. Almedina. 2016. ISBN 978-972-40-6482-6.

CARVALHO, Jorge Morais - **Os contratos de consumo**: reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo. [Em linha]. Curso de Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Lisboa. 2011. 1108 p. [Const. 15 set. 2019]. Disponível em <https://run.unl.pt/handle/10362/6196>. Dissertação de Doutoramento em Direito.

CARVALHO, Jorge Morais; FERREIRA, João Pedro Pinto; CARVALHO, Joana Campos - **Manual de resolução alternativa de litígios de consumo**. Coimbra. Almedina, 2017. 249 p. ISBN:978-972-40-7203-6.

DELGADO, Ruben Bahamonde – Os Princípios Estruturantes da Mediação em Portugal. **Galileu: Revista de Direito e Economia**. [Em linha]. v. XIX (2018). p. 131-154. [Consult. 20 out. 2019]. Lisboa. Disponível em [http://journals.ual.pt/galileu/wp-content/uploads/2019/03/Galileu\\_2\\_2018.pdf](http://journals.ual.pt/galileu/wp-content/uploads/2019/03/Galileu_2_2018.pdf).

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luiz - **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 784 p. ISBN 978-85-309-8287-4.

GARCIA, Leonardo de Medeiros – **Direito do Consumidor – Código Comentado e Jurisprudência**. 10ª ed. Salvador. Jus Podivm. 2013. 667 p.

GAUDÊNCIO, Aldo César Filgueiras - **Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade**. [Em linha]. Coimbra. [sn]. 2015. 150p. [Consult. 28 set. 2019]. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/30146>. Dissertação de Mestrado em Direito.

GOUVEIA, Mariana França - **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed. reim. Coimbra. Almedina. 2019. 259 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.] - **Código brasileiro de defesa do consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto**: direito material e processo coletivo. volume único. rev. e atual. 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1776 p.

LESSA NETO, João Luiz - O novo CPC adotou o modelo multiportas!!!: e agora?!. **Revista de Processo**. [Em linha]. [sl]. vol. 244. 2015. [Consult. 13 set. 2019]. Disponível em [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiZ6bD9t87kAhW\\_HbkGHd77CxM-QFjAGegQIABAC&url=http%3A%2F%2Fwww.mpsp.mp.br%2Fportal%2Fpage%2Fportal%2Fdocumentacao\\_e\\_divulgacao%2Fdoc\\_biblioteca%2Fbibli\\_servicos\\_produtos%2Fbibli\\_boletim%2Fbibli\\_bol\\_2006%2FRPro\\_n.244.17.PDF&usq=AOvVaw1SulzLMMpjz3iszTDobNrX](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiZ6bD9t87kAhW_HbkGHd77CxM-QFjAGegQIABAC&url=http%3A%2F%2Fwww.mpsp.mp.br%2Fportal%2Fpage%2Fportal%2Fdocumentacao_e_divulgacao%2Fdoc_biblioteca%2Fbibli_servicos_produtos%2Fbibli_boletim%2Fbibli_bol_2006%2FRPro_n.244.17.PDF&usq=AOvVaw1SulzLMMpjz3iszTDobNrX).

MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE Daniela – **Manual de arbitragem**. Coimbra. Almedina. 2019. 504 p. ISBN:978-972-40-7965-3.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da - O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos. **Revista da Faculdade**

**de Direito da UFRGS.** [Em linha]. Porto Alegre, n. 39, vol. esp. 2018. [Consult. 04 nov. 2019]. p. 288-311. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524/51655>.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves - **Manual de Direito Processual Civil.** 10ª ed. Ver. Amp. Atual. Salvador. Editora Jus Podivm. 2018. 1840 p. ISBN: 978-854-42-1944-7.

RIBEIRO, Rodrigo dos Santos; DE BRITO, Cristiano Gomes - A Utilização da Arbitragem na Solução de Controvérsias de Consumo. Uberlândia. **Horizonte Científico.** [Em linha]. v. 7, n. 1. p. 17. [Consult. 20 set. 2019]. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/14788>.

SALES, Lília Maia de Moraes. SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Maria Almeida de - A Mediação e os ADR'S (Alternative Dispute resolutions) – A Experiência norte-americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica.** [Em linha]. vol. 19 - n. 2 - mai-ago 2014. p. 377-399. ISSN Eletrônico 2175-0491. [Consult. 04 nov. 2019]. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6012/3288>.

SOARES, Dennis Verbicaro. A arbitragem de consumo no direito comparado: um modelo possível para o brasil?. [Em linha]. **RDC.** [sl]. vol. 106 (julho - agosto 2016). [Consult. 20 set. 2019]. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDCons\\_n.106.16.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.16.PDF).

TARTUCE, Fernanda - **Mediação nos conflitos civis.** 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2019. 472 p. ISBN 978-85-309-8347-5.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção - **Manual de direito do consumidor: direito material e processual** – 6.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. 1008 p. ISBN: 978-85-309-7450-3.

# NEGOCIAÇÃO POR VALORES - RESOLUÇÃO ESTRATÉGICA DE CONFLITOS EM MOMENTOS DE CRISE

**Dulce Maria Martins do Nascimento**

Mestre em Direito FDUL e UFMG. Especialização em resolução estratégica de conflitos (REC). Pós-Graduada em Gestão de Recursos Humanos. Juíza Coordenadora do Julgado de Paz (2008-13). Advogada com OA-Pt e OA-Br. Mediadora com cadastro nas principais Câmaras de mediação do Brasil e nos sistemas de mediação pública Pt e Br. Professora de REC. Instrutora e Supervisora de Mediação e Conciliação presencial e online CNJ. Coordenadora da Pós-graduação LLM Mediação, gestão e resolução de conflitos na Pós ESA OABMG – FUMEC. Criadora de projetos. Diretora da DUMANA

## **Resumo:**

Profissionalizar negociadores, na advocacia, facilitadores de diálogo, gestores ou empresários, sobre alcançarem resultados, no curto e médio prazo, é possível através da resolução estratégica de conflitos. Acolhendo mudanças tecnológicas e transformações humanas, com especial impacto nas inter relações e sua continuidade, negociação por valores e processo de mediação permite aos intervenientes construir soluções eficientes e eficazes, com base na autonomia da vontade e decisão informada. Desenvolver competências para o acesso à ordem jurídica justa, dando respostas efetivas, especialmente em momentos de crise, é imprescindível. Partindo do estudo reflexivo e conhecimento empírico, a negociação por valores surge como modelo de resolução de conflitos sistematizado informal e a mediação como processo legal. Humanizando o direito é possível alcançar pacificação social e justa composição, construir soluções que potencializam ganhos, com inovação e abundância, e potencializar resultados.

**Palavras-chave:** Negociação por valores; Advocacia Consensual; Humanização do Direito; Mediação; Métodos adequados de resolução de conflitos.

## **Introdução**

Ao longo dos tempos a humanidade vem procurando responder a necessidades que possibilitem viver com maior satisfação e prazer, ou seja, com mais felicidade. Sucede que, variadas vezes, a satisfação individual ou de certo

grupo corresponde à insatisfação de outros gerando divergências, oposições e até mesmo conflitos, que entrando em espiral negativa podem potencializar comportamentos de violência, sendo na sua grande maioria motivados por crenças limitantes e ou falhas de comunicação.

Sucede que uma cultura de cidadania ativa, eficaz e responsável, na prevenção, gestão e resolução de conflitos, necessita saber e conhecer, previamente à tomada de decisão, junto de profissionais jurídicos qualificados, quais os seus direitos e obrigações para poder tomar decisões de forma autônoma e consciente. Por sua vez, é preciso saber integrar o valor dos valores envolvidos em determinada situação (atendendo aos intervenientes e contexto) para conseguir alcançar uma resolução efetiva e com sucesso, escolhendo entre as diferentes vias possíveis de resolução estratégica de conflitos [1].

A humanidade é representada pelo conjunto de valores com que se identifica, individual e coletivamente. As suas condutas (ações e omissões) são motivadas por um conjunto de valores que, de acordo com o contexto, sujeitos envolvidos e pretensões, precisa ser entendido como único.

Ao longo das últimas duas décadas a escolha exclusiva por modelos heterocompositivos e mais recentemente a introdução de diversos modelos autocompositivos dizem-nos que os valores não se perdem ao longo dos tempos, mas mudam de acordo com uma série de variáveis. Nos momentos mais recentes onde incerteza e insegurança passaram a fazer parte do dia a dia, o presencial virou online, o isolamento virou distanciamento, e apenas aquele que consegue adaptar-se às mudanças, colocando em prática o seu “crie”, consegue ultrapassar a “crise” universal instalada.

O valor dos valores, auxilia a compreender o que motiva os comportamentos humanos, individuais e coletivos, nas relações sociais, profissionais e familiares. Entender que cada sujeito é único mostra-se essencial para compreender o conflito como inevitável nos relacionamentos humanos, como aprofundou brilhantemente Mary Parket Folett [2].

Conforme é do conhecimento geral, alcançar bens materiais não é necessariamente sinónimo de felicidade, cuja sensação encontra-se justificada pela relação entre vida e valores, com possíveis consequências na saúde, física e mental.

A história da humanidade, através do progresso científico e tecnológico, precisa reconhecer e incorporar as questões subjetivas do conflito, relacionais e de comunicação, reconhecendo as emoções humanas, os sistemas fenomenológicos da intuição e a resolução estratégica de conflitos.

Embora a negociação seja tema de diversas áreas e mercados, os operadores do direito, em especial na advocacia, que trabalham diariamente com conflito e inter relações, por regra desconhecem a necessidade de profissionalização no triângulo de conhecimento consensual, e em especial na negociação.

Identificar antecipadamente comportamentos é uma tarefa árdua, mas atendendo ao conjunto de valores identificados é possível a sua previsibilidade.



de.

Preenchendo essa lacuna, o modelo de negociação por valores, inspirado em diferentes modelos de negociação distributiva, no triângulo do conhecimento, bem como na ferramenta triaxial de Simon Dolan, com fundamento nas experiências ao longo de uma carreira com mais de 20 anos na área jurídica, como advogada, mediadora e magistrada de proximidade nos Julgados de Paz, permite identificar e melhor entender a motivação de determinada ação ou conduta humana.

Num mundo cada vez mais conectado, no qual tempo e espaço têm dimensões diferenciadas mas interconectadas, tecnologia e on-line ganham nova dimensão, alterando necessidades e questionando valores pré concebidos, potencializando que a resolução estratégica de conflitos, seja realizada por diferentes vias, seja, negociação, mediação, conciliação, práticas colaborativas, arbitragem, ou mesmo, judiciário, entre outras.

## **Modelos se Negociação e Processo de Mediação**

Falar sobre negociação implica entender a influência de distintas temáticas, como matemática, economia, finanças, sociologia, antopologia, e outras áreas do saber.

Começando no século XVIII, com Adam Smith, pai da economia moderna; e no século XX, com John Von Neumann e Oskar Morgenstern com a teoria dos jogos, nos anos 30; Albert W. Tucker com o dilema do prisioneiro em 1953; John Nash que trabalhou a teoria dos jogos, geometria diferencial e equações diferenciais parciais, e tantos outros, todo esse conhecimento está disponível para ser trabalhado e explorado.

Diversos pensadores e cientistas influenciaram o presente momento disponibilizando avultado conhecimento, sendo agora necessário o desenvolvimento de habilidade e atitudes que possibilitem uma nova etapa de efetiva mudança e transformação da humanidade, denominando a mesma de *Era da evolução humana ou Humanização emocional*, visível em especial pela humanização do direito e das inter relações.

Por diversas razões, a negociação distributiva vem dando lugar à negociação integrativa, com vários modelos desenvolvidos e aprofundados ao longo dos tempos, dos quais se destaca:

a) **negociação linear ou por interesses** de Harvard (Roger Fisher, William Yuri, Bruce Paton, entre outros) identifica sete elementos (alternativas; opções; interesses; legitimidade; compromisso; relacionamento; comunicação) e quatro etapas (pessoas de problema; posições de interesses; soluções de ganhos mútuos; critérios objetivos), e outras contribuições [3].

b) **negociação transformativa** (Baruch Bush e Joseph P. Folger) aprofunda a comunicação e o aspecto relacional, defendendo que o sujeito como protagonista pode mudar a sua visão individual para relacional, entendendo as divergências como oportunidades e tendo como principal objetivo transfor-

mar a relação entre os intervenientes [4].

c) **negociação narrativa** (Sara Cobbs) desenvolve a teoria da circularidade da narrativa com fundamento na visão de que existe uma causalidade de tipo circular, que permanentemente se realimenta, influenciando vários trabalhos em especial na justiça e prática restaurativa, desenvolvendo a escuta sobre o que ainda não foi dito ou o que pode estar implícito [5].

d) **negociação racional** (Bazerman e Neale) defende que o mais importante é “*chegar ao melhor acordo, não a qualquer acordo*”, concluindo que o negociador apenas controla a tomada de decisão, sendo necessário aperfeiçoar o processo decisório para aumentar a eficiência dos resultados alcançados. [6].

Sem dúvida que nas últimas décadas existe uma tendência universal de estruturas, pensamentos e relações mais conectadas, em que o melhor de cada pensamento é reunido em prol da natureza da situação e pretensões a serem alcançadas, sendo possível recorrer à intervenção de um terceiro, sem privilegiar um único modelo teórico em particular.

Vários profissionais optaram por mesclar técnicas, ferramentas, procedimentos e até atitudes dos diferentes modelos de negociação integrativa, colocando-as ao dispor dos sujeitos e contexto, para serem utilizadas de acordo com situação, ocasião, estilo, perfil, pauta, tipo de relação (vivenciada e pretendida), elegendo norteadores privilegiados na sua atuação.

Sucedem que, dependendo da origem dos ordenamentos jurídicos, um com origem no direito romano sistematizado pelo fenómeno da codificação do direito (civil law) sendo típico o carácter escrito do direito, caracterizado pela generalidade das normas jurídicas e outro com origem anglo-saxão (common law) que infere de normas gerais a partir de decisões jurídicas proferidas a respeito em casos individuais, apesar de ser possível seguir a tendência universal de mesclar conhecimentos importa conhecer e respeitar as diferentes origens das sociedades, em especial no que diz respeito ao processo de mediação.

O processo de mediação e a atuação do Mediador, nos ordenamentos e sistemas jurídicos de Civil Law, de acordo com o sistema jurídico aplicável, tem de respeitar princípios próprios, prévia e legalmente determinados, sendo a negociação uma das suas etapas do referido processo.

Sobre a mediação enquanto processo no início do século muito se fez em Portugal pelos métodos de resolução adequada de conflitos. Portugal, inovando na Europa, aprovou a Lei dos Julgados de Paz, instituindo a Mediação como processo e definindo funções, princípios e ética para o exercício da função de mediador [6]. Depois disso a União Europeia aprovou Diretiva Comunitária [7] sobre o assunto e diversos países passaram a legislar aquilo que também já era uma tendência para fazer face ao acesso a uma ordem jurídica justa.

No Brasil[8], a mediação recebeu regulamentação legal em 2015 por meio da Lei de Mediação e do CPC, vindo no ano de 2018 o Ministério da Educação a introduzir a inclusão obrigatória de disciplinas sobre métodos

consensuais de resolução de conflitos na grade curricular dos cursos de direito, assim como após aprovação da proposta apresentada e aprovada em novembro de 2017 na Conferência Nacional da OAB, verificou-se a introdução de questões de métodos autocompositivos na prova de agregação à Ordem dos Advogados.

Realizando um estudo comparado encontramos grande semelhança entre os princípios do processo de mediação no Brasil e em Portugal, atendendo a que os ordenamentos se influenciam mutuamente ao longo dos anos. De forma a construir um melhor entendimento sobre o que o processo de mediação e seus intervenientes podem esperar do mesmo procede-se à divisão dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro em três grupos.

Fig. 1. princípios do processo de mediação organizados por critérios objetivos  
(sistema jurídico de Civil Law)

<b><u>DO PROCESSO</u></b>	<b><u>DO MEDIADOR</u></b>	<b><u>DOS MEDIADOS/ADV.</u></b>
oralidade	imparcialidade	autonomia da vontade
informalidade	busca do consenso	boa-fé
confidencialidade	independência	decisão informada
isonomia		

(Dulce Nascimento, 2020)

Neste ponto importa reforçar que a negociação é um método informal e a mediação um processo legalmente instituído que incorpora em si uma etapa de negociação que inclui, previa e posteriormente, a realização de outras etapas. Além do processo em si, também negociador e mediador são profissionais distintos e com exigências legais diversificadas, sendo a maior diferença o fato da atuação dos mediadores ser imparcial relativamente aos intervenientes, ao objeto e ao eventual resultado alcançado.

## Negociação Por Valores

Por meio de vivências efetivas, em diferentes áreas do conhecimento e uma abordagem transdisciplinar, com a pretensão de unidade do conhecimento, foram tomados emprestados alguns dos conceitos aprendidos e desenvolvidos ao longo da carreira profissional e vida pessoal.

Em 2012, com base no aprofundamento do Modelo Triaxial dos 3 E's de Simon Dolan, foi dada especial atenção ao desenvolvimento da negociação por valores, tendo sido aprofundada uma metodologia de interconexão, com respeito pelos elementos envolvidos (intervenientes e contexto) através de um processo circular para otimizar os resultados.

Com as aludidas influências, após mais de duas décadas de aplicação de modelos de negociação integrativa, por comparação ao modelo de negociação distributiva, foi possível constatar a possibilidade de melhorar os resultados alcançados por meio de negociações e também durante o processo de mediação.

A negociação por valores permite potencializar o resultado alcançado pelos intervenientes, podendo a mesma ocorrer de forma direta, indireta ou durante, a correspondente etapa, no processo de mediação, sempre que existam questões relativas à comunicação, relacionamento ou elementos subjetivos do conflito que demandem a atuação de um terceiro independente e com uma atuação imparcial em relação aos sujeitos, contexto e resultado.

Partimos do pressuposto que os melhores sujeitos para essa construção são os próprios intervenientes que além de estarem a vivenciar o problema também irão colocar em prática as soluções a que chegarem por meio desta proposta de negociação.

Através de uma proposta do procedimento circular, com um modelo sistémico de interconexão, a negociação por valores visa identificar os valores em causa, incluindo os mesmos no processo por meio do estímulo à criatividade para construção de soluções que atendam efetivamente a todas as necessidades e pretensões, quando estas se encontram conectadas entre si, ou seja quando existe interesse em manter, melhorar, não prejudicar, ou iniciar uma relação ou relacionamento, independentemente do grau de proximidade ou intimidade entre os sujeitos.

Atuar por meio de uma negociação por valores implica potencializar a competência de identificação do valor dos valores, nos distintos discursos e pretensões dos diferentes intervenientes, numa situação de conflito, potencializada através da escuta empática e integrativa com uma intervenção assertiva, sendo assim possível alcançar um resultado com significativo ganho para todos os intervenientes.

O modelo de negociação por valores tem em consideração os conceitos sobre o valor dos valores e a ferramenta Triaxial de valores, da autoria de Simon Dolan, utilizada como proposta de Liderança e Coaching por Valores, a qual trabalha a partir de três eixos os diferentes conjuntos de valores [7].

A negociação por valores conjuga diferentes competências do triângulo do conhecimento consensual (conflito, comunicação e negociação), com uma proposta de procedimento circular, por meio de um modelo sistémico e de interconexão, utilizando os conceitos trazidos pela ferramenta Triaxial dos 3E's de valores, que possibilita identificar o valor dos valores (ético sociais, emocionais de desenvolvimento e econômico pragmáticos).

Estamos a falar da relatividade aplicada ao mundo dos valores, desenvolvida através da metodologia “valor dos valores”, e do modelo triaxial dos 3 E's de valores (econômicos pragmáticos; emocionais de desenvolvimento; ético sociais) de Simon Dolan.

Desta forma é viável potencializar aos intervenientes num conflito com

interesses efetivamente incompatíveis e inconciliáveis, compreenderem o significado e impacto dos valores presentes em suas vidas pessoais, sociais e profissionais, atendendo ao contexto vivenciado realizando escolhas conscientes e informadas atendendo às necessidades.

A combinação dos valores, de modo abrangente e sistêmico, com o desenvolvimento e interiorização técnica dessa competência pelo terceiro com atuação consensual permite incrementar a compreensão e consciência do significado da inter relação, interdependência e interconexão existente entre os intervenientes em situação de conflito.

Triângulo equilátero significa, metaforicamente, que a soma dos 3 eixos é o universo de valores que representa o mundo a ser examinado. Neste sentido, o modelo triaxial dos 3 E's de valores aborda três eixos, que também podemos designar por dimensões ou perspectivas, a partir de um ponto de vista: ético sociais, emocionais de desenvolvimento e econômico pragmáticos.

Relacionando os três eixos mencionados dos 3 E's de valores (econômico pragmáticos; ético sociais e emocional de desenvolvimento) com os 3 vértices do triângulo do conhecimento para atuar nos métodos consensuais (conflito; comunicação; negociação) é possível identificar que toda a linguagem comunicada tem em si características que se aproximam e conectam, e outras que se distanciam e desconectam.

De uma forma geral, onde exista alguma continuidade na inter relação, independentemente do grau de proximidade ou intimidade entre os sujeitos intervenientes, inevitavelmente ocorrem situações com discordância de valores econômico-pragmáticos; falta de sintonia de valores ético-sociais ou ocorrências com manifesto desequilíbrio de valores emocionais-desenvolvimento.

Sobre valores temos ainda muito a aprender, mas podemos afirmar que os valores econômicos pragmáticos conferem relevância pela vantagem competitiva, mérito, adequação ou escassez. Já os valores ético sociais correspondem ao contraponto entre o que dizemos e fazemos, como escolhas preferências. E por fim, identificamos os valores emocionais de desenvolvimento com a realização pessoal e liberdade individual.

## **Aplicabilidade da Negociação Por Valores**

Foi possível potencializar a sua utilização experimental durante a prática da advocacia, por meio de negociação indireta, e também durante o processo de mediação (aquando da etapa de negociação), onde foram identificados e trabalhados valores (separados de acordo com o modelo triaxial) otimizando as soluções criadas por meio de um processo circular de cooperação.

Através desta experiência foi possível alcançar resultados extraordinários para os intervenientes, em especial na área empresarial, laboral, societária, de empresas familiares e também familiares.

Numa situação, com intervenientes e contexto específicos, identificado que não é suficiente utilizar o modelo integrativo, separando as posições e

descobrir os interesses (motivações) para os intervenientes conseguirem alcançar o melhor resultado, impõe-se aprofundar os interesses identificando a existência de necessidades (saber o que é imprescindível para cada interveniente, ou seja, aquilo que a pessoa não pode ou não está disponível para dispensar).

Sendo necessário potencializar uma maior conexão e sinergia entre os intervenientes no conflito é possível trabalhar com a negociação por valores, com base no modelo triaxial dos 3 E's, num modelo circular de interconexão e potencialização de resultados.

A negociação por valores corresponde a uma proposta que permite trabalhar de forma efetiva temas necessários à construção de soluções, que precisam deixar de ser tabu, potencializando o acolhimento de crenças, esclarecimento de propósitos e congruência de valores.

A construção de consenso impõe a necessidade de estabelecer uma comunicação empática e assertiva. De igual forma, concluímos, pela necessidade de aprofundamento do conflito, em especial para proceder à identificação dos diferentes elementos - subjetivos (internos e relacionais) e objetivos (mensuráveis) - bem como do nível e consequências da sua escalada. Por fim, impõe-se a necessidade de conseguir potencializar uma negociação que permita o restabelecimento de confiança e a imprescindível segurança para a continuidade da inter relação.

Saber trabalhar de acordo com o triângulo do conhecimento consensual e o modelo triaxial de valores durante a negociação impõe ser capaz de identificar o conjunto de valores que precisam ser trabalhados e alinhados, com congruência e coerência, para alcançar, manter ou aumentar os objetivos pretendidos, sejam de sobrevivência (económico-pragmáticos com ético-sociais); sensibilidade (ético-sociais com emocionais-desenvolvimento) ou inovação (económico-pragmáticos com emocionais-desenvolvimento).

Para melhor identificar a proposta apresentada veja-se como numa empresa envolvida em comportamentos antiéticos, onde um sócio esconde, omite ou engana os demais, pode colocar em causa a sobrevivência da organização sob o ponto de vista da forma como é conhecida, sendo aqui necessário alinhar valores económico-pragmáticos com ético-sociais, para que todos (instituição e pessoas) consigam sobreviver.

Outro exemplo é um conflito onde se identifica que apesar da empresa ter valores de preocupação com ecossistema e meio ambiente determinado Diretor não realiza a separação de lixo para reciclagem, colocando em causa a sua efetiva sensibilidade face ao tema, importando aqui alinhar valores ético-sociais com emocionais-desenvolvimento.

E por fim, recorro à conhecida situação sobre a invenção do post-it de Art Fly (pesquisador de novos produtos da 3M) partilhando a mesma. Art, frustrado com os marcadores de livros que constantemente caem, lembrando de um adesivo criado que não deu certo como cola super forte, juntou a curiosidade à persistência inventando um produto revolucionário, que chama-

mos de post-it, resultando aqui um exemplo de inovação, o que foi possível através da integração de valores económico pragmáticos com valores emocionais de desenvolvimento.

Fig. 2 - Negociação por valores com modelo circular de interconexão (maior satisfação, em especial perante dificuldades de comunicação e continuidade nas relações)



(Dulce Nascimento, 2020)

O desafio encontrado na prática da gestão e resolução de conflitos inter relacionais, de forma recorrente, está maioritariamente relacionado com sistemas de crenças e propósitos ou pretensões individuais dos intervenientes, que nem sempre estão claros ou conectados, para além de que muitas vezes estão enraizados paradigmas competitivos e preconceitos sobre comportamentos consensuais.

A falta de clareza, maioritariamente atrapalha a comunicação, afeta a continuidade das relações, bem como dificulta o êxito da negociação. Sucede que para termos clareza importa a existência de informação sobre a sua existência, bem como formação de qualidade que auxilie a ultrapassar preconceitos, paradigmas e mitos.

## Metodologia da Negociação Por Valores

A negociação por valores, que desenvolvemos, partilhamos e ensinamos desde 2012, com modelo de interconexão, trabalha crenças limitantes relacionadas com os 3 E's de valores e a resolução definitiva de conflitos. Identificados e compreendidos os valores conflitantes entre os intervenientes, os mesmos são convidados a construir soluções num procedimento circular, com uma lógica de interconexão, que se caracteriza na construção de opções sem

custo para o próprio sendo boas para o outro. Por meio de uma postura de consenso, com total cooperação na construção do melhor resultado, é dada total contribuição e apoio para a criação de uma solução de visão completa (Fullvision Solution)

Este modelo de negociação é indicado sempre que se verifique a necessidade de trabalhar prioridades comuns, relações continuadas e uma escuta interventiva, porquanto o mesmo procede à identificação e gestão dos diferentes valores de acordo com a ferramenta triaxial de valores em 3E's (Econômicos (pragmáticos); Emocionais (desenvolvimento); Éticos (sociais)).

Nesse sentido, importa analisar previamente, por um lado, a capacidade e, por outro, a vontade de mudança e transformação dos intervenientes, porquanto a sua correlação irá provocar diferentes estados emocionais (arrogância; impotência; frustração; desenvolvimento) que facilitam ou dificultam a negociação e para os quais importa o negociador estar preparado para conseguir os melhores resultados.

O método de interconexão para exercitar a negociação por valores vai proceder, de forma inclusiva, à gestão dos elementos do triângulo do conhecimento consensual: comunicação (escuta interventiva); conflito na relação e relacionamento (com continuidade); e negociação de valores (identificando conjuntamente prioridades e complementaridade) para a construção de soluções potencializadas, resultando crescimento, evolução e desenvolvimento de todos os intervenientes com relações de continuidade, independentemente do grau de proximidade ou intimidade.

Para realizar este modelo de negociação importa aos seus intervenientes atuarem com genuinidade, verdade e transparência. Atendendo que, por regra, nos conflitos existe o fator insegurança, desconfiança, mágoas, falta de comunicação e até pontos fracos que algum interveniente prefere não partilhar. Importa sentir qual o momento em que a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem interesse no resultado, como seja o mediador através do processo de mediação auxilia a potencializar os resultados desta proposta de modelo negocial por valores.

## Conclusão

Pensar na resolução estratégica de conflitos, especialmente em momentos de crise, impõe compreender limites, crenças e pretensões dos intervenientes, no contexto onde se encontram. Mas, também importa conferir quais os valores que influenciam diretamente a sobrevivência, onde capacidade de adaptação é um aliado, assim como integração das diferenças. Neste sentido, quer estejamos a falar da negociação propriamente dita, quer desta como etapa do processo de mediação, impõe-se entender, por um lado, identificação de interesses e necessidades, e por outro identificação de valores, limites, crenças e pretensões.

A negociação por valores, tem inspiração da CNV de Marshall Rosen-



berg, nas etapas e elementos princípios da negociação de Harvard, na importância do diálogo da negociação transformativa, da relevância do contexto e demais condicionantes da negociação narrativa, da racionalidade na tomada de decisão da negociação racional, mas em especial, tem por base a ferramenta triaxial dos 3 E's do valor dos valores de Simon Dolan.

A proposta de negociação por valores potencializa trabalhar com maior profundidade a qualidade dos resultados construídos, pois ela trabalha valores diagnosticados e pretensões resistidas de forma inclusiva e com base na abundância de possíveis soluções. Na prevenção, gestão e resolução adequada de conflitos, de forma eficaz e eficiente, pressupõe o desenvolvimento de competências técnicas no triângulo consensual (conflito, comunicação e negociação), com metodologia circular de resolução.

Com base nos valores, previamente identificados e esclarecidos, utilizando como norteador o modelo triaxial dos 3 E's de valores, durante a negociação técnica (direta, indireta ou facilitada por terceiro imparcial em relação ao assunto, independente dos intervenientes e desinteressado do resultado), é adequado potencializar a negociação por valores através dos processos consensuais regulamentados como seja durante o processo de mediação.

A negociação por valores, com metodologia circular de interconexão, surge das posições apresentadas pelos intervenientes, transformadas em declarações de interesses e necessidades subjacentes, para terminar identificando os valores em causa.

Este modelo tem como principais objetivos trabalhar de forma consensual a tolerância com as diferenças, privilegiando tanto as relações quanto o resultado por meio do estabelecimento de uma comunicação com base nos 3 E's de valores da mencionada ferramenta triaxial.

Trazendo como principal vantagem o reforço da confiança e a continuidade das relações, num ambiente consensual é possível trabalhar problemas, relação e continuidade, alcançando como principal resultado a compreensão efetiva da realidade de cada interveniente, sem desconsiderar a importância do todo e do resultado pretendido.

Potencializa a tomada de consciência efetiva de que o melhor para o indivíduo é o que for melhor para todos, trazendo além do consenso a cooperação na resolução efetiva dos problemas.

A negociação por valores permite e potencializa:

- identificar a situação de forma objetiva, sem realizar avaliação ou julgamento, conseguindo acolher a carga emocional;
- identificar atritos, recuperar confiança e comunicação perdidas;
- partilhar sentimentos e pretensões, possibilitando identificar interesses (motivações por trás das posições), necessidades (motivações por trás dos interesses), mas em especial identifica o valor dos valores (identidade dos sujeitos e da forma da sua relação com o outro e meio ambiente);
- comunicar impotências individuais, em segurança e confiança, estimulando criatividade para construção de soluções, sendo o principal desafio

construir as mesmas (respeito pela inter relação e interdependência na identificação dos melhores resultados) através da necessária interconexão na construção das soluções;

- consciência sobre a interdependência dos intervenientes, para sem sem cedências construir as melhores soluções, ou seja, as mais eficientes e eficazes para todos.

A gestão e resolução de conflitos pode dar-se de inúmeras formas, com a intervenção ou não de uma terceira pessoa, bem como com uma maior ou menor autonomia de vontade entre os sujeitos envolvidos no processo decisório, contudo nunca deve perder-se de vista o carácter inviolável dos seus princípios de processo voluntário e confidencial. A escolha e intervenção de um terceiro com atuação em métodos consensuais permite que enquanto os intervenientes descrevem o conflito a uma terceira pessoa, ganhem tempo para se acalmar, já que interrompem o conflito para descrevê-lo. Outra das potencialidades da intervenção deste terceiro é o fato que ele trabalha a comunicação, atendendo a que auxilia os intervenientes a terem mais clareza e escutarem melhor o outro interveniente; por meio da oralidade os intervenientes determinam quais os temas/ assuntos que necessitam ser trabalhados, surgindo o terceiro no sentido de priorizar alguns aspectos conflitantes.

O modelo circular de interconexão, na negociação por valores, reforça o resultado de que é possível produzir consensos, em especial perante situações com dificuldades de comunicação, em relações com continuidade, independentemente do grau de intimidade ou proximidade.

Neste modelo de negociação, esclarecido o valor dos valores, é potencializada a sua resolução por meio de reflexão individual sobre “*o que tenho, que o outro não sabe, mas eu sei, que satisfaz a sua pretensão*”. Ao conseguir obter respostas para a reflexão proposta, passa a ser possível trabalhar a construção de soluções que além de criar maior ganho, operam na lógica da abundância e na teoria da criatividade consciente.

## Referências

BAZERMAN, M. H., & Neale, M. A. **La negociación racional – En un mundo irracional**. Barcelona: Paidós, 1993.

BUSCH, R. A. Barcuh; FOLGER, J. P. **The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition**. San Francisco: Jossey-Bass, 1994

COOBS, Sara. **Speaking of Violence: The Politics and Poetics of Narrative in Conflict Resolution (Explorations in Narrative Psychology)** (English Edition) 1ª Edição, eBook Kindle, Oxford University Press, 2013

DOLAN, Simon L. **Coaching por valores**. Um guia para o sucesso da vida nos negócios e no negócio da vida. Editora Book 7, 2012

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes: Negotiating Agreements Without Giving In**. Penguin Books, 1983.

FOLLETT, Mary Parket. **Creative Experience**. University of Florida. LONGMANS, GREEN AND CO. First Edition April 1924, Reprinted January 1930.

NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do. **Via consenso**, E-book publicado e disponível em <https://dulcenasascimento.online/1ebook> consultado em 22.11.2020

NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do. Mediação: inovações e oportunidades para a advocacia. In: **Anais da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira**: em defesa dos direitos fundamentais: pilares da democracia, conquistas da cidadania, São Paulo, 27 a 30 de novembro, Volume 2 (pág. 155-172), 2017

Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial;

Lei dos Julgados de Paz Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31/07.

Lei portuguesa n.º 29/2013, de 19 de Abril (*estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública*)

Lei de mediação brasileira Lei n.º 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*)

Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 que aprovou o Código de Processo Civil brasileiro.

[1] NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do. Via consenso, E-book publicado e disponível em <https://dulcenasascimento.online/1ebook> consultado em 22.11.2020

[2] FOLLETT, Mary Parket. Creative Experience. University of Florida. LONGMANS, GREEN AND CO. First Edition April 1924, Reprinted January 1930.

[3] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Getting to Yes: Negotiating Agreements Without Giving In. Penguin Books, 1983.

[4] BUSCH, R. A. Baruch; FOLGER, J. P. The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition. San Francisco: Jossey-Bass, 1994

[5] COOBS, Sara. Speaking of Violence: The Politics and Poetics of Narrative in Conflict Resolution (Explorations in Narrative Psychology) (English Edition) 1ª Edição, eBook Kindle, Oxford University Press, 2013

[6] BAZERMAN, M. H., & Neale, M. A. (1993). La negociación racional – En un mundo irracional. Barcelona: Paidós.

[7] Lei dos Julgados de Paz Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31/07. Lei portuguesa n.º 29/2013, de 19 de Abril (*estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública*)

[8] Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial;

[9] Lei de mediação brasileira 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*) e o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

[10] DOLAN, Simon L. Coaching por valores. Um guia para o sucesso da vida nos negócios e no negócio da vida. Editora Book 7, 2012

[11] NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do. Mediação: inovações e oportunidades para a advocacia. In: Anais da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira: em defesa dos direitos fundamentais: pilares da democracia, conquistas da cidadania, São Paulo, 27 a 30 de novembro, Volume 2 (pág. 155-172), 2017

# LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NEGOCIAL

**Renata Fabiana Santos Silva**

Doctoranda en Derecho por la Universidad de Sevilla (España). Máster en Derecho Público por la Universidad de Sevilla (España). Procuradora do Estado da Bahia (Brasil). Profesora de Derecho Administrativo de la Universidade Salvador (Brasil)

## **Resumen:**

La Administración Pública contemporánea tiene como reto fundamental la protección de los derechos humanos en un escenario de modernización de la maquinaria estatal. Para el alcance de este objetivo es necesario cambios en la forma de actuación administrativa, que en este contexto es caracterizada por el equilibrio consensual entre el interés general y los intereses individuales de las personas. En este marco, podemos hablar de Administración pública negocial o Administración pública consensual. Dicho cambio de perspectiva sustituye la litigiosidad que obstruye no solamente la propia acción administrativa, como también la tutela de los derechos por Tribunales totalmente sobrepasados en su capacidad de trabajo, para adoptar una postura pacificadora, negociadora, en síntesis, eficiente en la tutela de los recursos públicos, intereses públicos y derechos fundamentales. Por lo tanto, el presente estudio tiene el objetivo de reflexionar la actividad negocial de la Administración Pública, bajo la perspectiva de la solución de los conflictos, considerando los medios autocompositivos de solución de disputas como recursos idóneos para la efectividad de los derechos humanos.

**Palabras clave:** Derechos humanos; Consenso; Medios adecuados de solución de conflictos; Administración pública negocial.

## **Introducción**

La Administración pública contemporánea experimenta un proceso de profunda transformación, impulsado por la globalización y las nuevas tecnologías (CASTELLS, 1999). Este mundo posmoderno exige del Poder público la incorporación del diálogo y del consenso, alejando las Administraciones públicas de actuaciones exclusivamente imperativas y unilaterales.

La noción de buena administración también colabora para este cambio de paradigma. Con fundamento en ella, las Administraciones públicas deben

centralizar sus actividades en los ciudadanos, proporcionándoles más participación, información y transparencia. De esta manera la tutela de los intereses generales deja de ser exclusiva del Poder público y pasa a ser compartida con la sociedad<sup>1</sup>.

Dicho cambio de perspectiva llega también a la solución de disputas, que empieza a incorporar mecanismos de diálogo, participación y negociación. En este escenario los medios adecuados de solución de conflictos son más frecuentes para la solución de disputas entre las Administraciones Públicas y los administrados. El presente estudio buscará examinar los medios autocompositivos de solución de conflictos como mecanismos aptos a la efectividad de los derechos humanos, sea en una perspectiva formal como también sustancial.

## Los derechos humanos y la actuación administrativa en la contemporaneidad

El término ‘derechos humanos’ puede expresar distintos contenidos en la doctrina, tanto que para algunos autores significa una aproximación con los ideales jusnaturalistas, para otros una conexión con la ética individualista, como también hay aquellos que retiran de estos derechos un significado social.

PEREZ LUÑO (1995, p.23) reconoce la profunda equivocidad de este término, de manera que nos ofrece un concepto de derechos humanos basado en el momento histórico y en los fundamentos de dignidad, libertad e igualdad humanas. Por tanto, según el autor español, los derechos humanos son el *“conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”* (PEREZ LUÑO, 1995, p.48).

Entendemos que para comprender el contenido de los derechos humanos es necesario identificar tres ejes fundamentales, basándose en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: la dignidad de la persona humana, la libertad y la igualdad. Estos elementos esenciales son, en los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, la base para el desarrollo de la

---

1 RODRÍGUEZ-ARANA (2015a, p. 86) aborda la cuestión del rompimiento del monopolio del interés general en los siguientes términos: *“Cuestión también relevante es la de la forma de realización del Estado Social, ¿Debe ser el Estado el único configurador del bienestar social? ¿Debe la sociedad, la comunidad participar en tal tarea? La experiencia de la exclusividad del Estado en tal misión es conocida. También, la autorregulación social sabemos dónde conduce. En este tema, como en tantos otros, los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, arrojan algunas luces. Es verdad que la responsabilidad en la realización del Estado es pública. Pero la forma en que las políticas públicas sociales se implementan puede, debe tener en cuenta la realidad social y, sobre todo, la existencia de instituciones sociales especializadas en el trato con excluidos, desvalidos o menesterosos. Por eso, en la instrumentación concreta de tales acciones hay que tener presente el principio de solidaridad y también el principio de subsidiariedad, pensando en inteligentes alianzas público-privadas que permitan ofrecer a quienes lo precisen una atención social humana”*.

actuación estatal. Por tanto, la Administración pública, en el ejercicio de sus competencias y basada en la buena administración, debe buscar la máxima efectividad de los recursos y de sus actividades para garantizar la dignidad humana, la libertad y la igualdad (SILVA, 2020).

Sobre la buena administración, RODRÍGUEZ-ARANA (2015, p.77) señala que ella constituye “*el derecho básico que permite, por su dimensión vehicular, que se realicen debidamente todas las acciones positivas del Estado en orden a la realización de los derechos fundamentales de la persona*”. Por ello, el contenido de la buena administración se vincula con las bases esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho, una vez que fija un compromiso de atendimento de las demandas de la ciudadanía. Importante señalar que en el ámbito europeo, el reconocimiento de la centralidad del ciudadano generó la declaración de la buena administración como derecho fundamental del ciudadano europeo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Según RODRÍGUEZ-ARANA (2010, p. 142), “*el artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo*”. Consecuentemente, el contenido de la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es integrado por una serie de derechos e principios conexos, que son exigibles de la Administración Pública.

Estos principios y derechos que integran la buena administración fundamentan el actual movimiento de modernización de la Administración<sup>2</sup>. Es cierto que el proceso de crisis del Estado Social generó la necesidad de redefinición de la actuación administrativa, una vez que la adopción exclusiva del modelo burocrático y jerárquico no ofrece respuestas adecuadas a los desafíos

---

2 En España, las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público integran este movimiento de reforma basado en el paradigma de la buena administración. Estas leyes introdujeron avances en las relaciones intra e inter Administraciones públicas y de estas con los ciudadanos. Los Estatutos de Autonomía de Catalunya (Ley Orgánica 06/2006, de 19 de julio), Valencia (Ley Orgánica 01/2006, de 10 de abril), Islas Baleares (Ley Orgánica 01/2007, de 28 de febrero) y Andalucía (Ley Orgánica 07/2007, de 19 de marzo) también ponen en marcha este nuevo modelo de Administración pública. En Brasil, podemos señalar el Programa Nacional Gestión Pública y Desburocratización instituido por el Decreto n° 5.378, de 23 de febrero de 2005 (actualmente revocado por el Decreto n° 9.094, de 17 de julio de 2017) que tenía como línea de actuación el fomento a la gestión democrática, participativa, transparente y ética. Además, las Leyes 12.527, de 18 de noviembre de 2011 (Ley de Acceso a la Información Pública) y 13.460, de 26 de junio de 2017 (Ley de participación y protección de los usuarios de los servicios públicos) que proporcionan la modernización de las Administraciones públicas brasileñas también se basan en el paradigma de la buena administración. Desde el punto de vista internacional, es importante indicar la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública (2008), que está fundamentada en la satisfacción del ciudadano y en la gestión pública orientada para los resultados, y la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto (2016), aprobada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, que también está centrada en la idea de buen gobierno, transparencia y participación ciudadana.

de la actualidad. Por ello, los procesos de modernización de las Administraciones públicas, basados en el paradigma de la buena administración, también incorporan mecanismos consensuales de resolución de conflictos, que permiten la colaboración y participación de la sociedad.

La participación de los administrados en los asuntos administrativos significa un avance importante en la consolidación de este nuevo modelo de Administración pública y debe alcanzar la solución de los conflictos. Como hemos dicho, el consenso permite potenciar la eficacia administrativa y consecuentemente amplía la efectividad de los derechos humanos.

## **La crisis del Estado Social de Derecho y la actividad negocial de la Administración Pública**

No obstante, los cambios proyectados por el Estado Social, los fundamentos del derecho administrativo, como interés general, servicio público, acto administrativo, aún estaban vinculados a la idea de verticalidad y separación entre lo público y lo privado. Por tanto, la simple ampliación de la estructura administrativa en el Estado Social, sin el cambio metodológico de los fundamentos del derecho administrativo, favoreció el aumento de la burocracia e de la ineficiencia estatal<sup>3</sup>.

Según PRATS I CATALÁ (2005, p.114) el carácter centralizador y uniforme de las grandes burocracias del Estado de bienestar social frenaba la adaptación de las prestaciones a la diversidad de situaciones de los usuarios y beneficiarios del sistema. Por lo tanto, esta estructura fuertemente burocratizada ya no presentaba respuestas adecuadas a las demandas de una sociedad plural y compleja.

En este escenario se empieza a desarrollar modelos administrativos basados en el equilibrio consensual entre el interés general y los intereses individuales de las personas, cuya participación resulta imprescindible para discernir y lograr el cumplimiento del interés general. Esto porque no es posible superar crisis fiscales, emergencias sanitarias, desempleo, cambios climáticos, sin la participación de aquellos que están implicados en el problema, bajo pena de ineficacia e ilegitimidad.

La sociedad contemporánea, fuertemente globalizada y basada en la información y comunicación, exige más participación en los asuntos administrativos y por eso la Administración pública debe facilitar el diálogo democrático con la ciudadanía. Por ello, CASTELLS (1999, p. 03) señala que la participación ciudadana es el instrumento para reducir los efectos excluyentes de la globalización.

En este marco podemos hablar de Administración pública negocial o Administración pública consensual. Para que sea posible solucionar proble-

<sup>3</sup> ZANELLA DI PIETRO (2012, p.12) señala que la organización burocrática del Estado social, aplicada a todas las actividades del Estado, contribuyó para la ineficiencia estatal en la prestación de los servicios. Esta situación se agravó con la crisis financiera enfrentada sobre todo por los países de la América Latina.



mas sociales complejos y plurales propios de una sociedad globalizada e influenciada por las tecnologías de la información y comunicación, hay que buscar soluciones colaborativas y pactadas. Este modelo supone la corresponsabilidad entre Estado y sociedad, en el sentido que la resolución de los problemas sociales y la garantía de los derechos humanos demandan que la sociedad asuma la parte de la responsabilidad que le corresponde y que el Estado difícilmente podrá sustituirle.

No nos parece suficiente simplemente establecer medios de participación, creemos que es necesario incluir la ciudadanía en los procesos de determinación del interés general. Por ello, la Administración pública tiene que desarrollar mecanismos que potencializan la confianza, amplían la transparencia, transforman las relaciones y facilitan la solución de los problemas. A partir de este cambio de postura es posible potencializar los elementos constitutivos de la noción de derechos humanos en el ámbito administrativo, o sea, la dignidad de la persona humana, la igualdad y la libertad.

Otro punto importante es la necesidad de flexibilidad en las respuestas administrativa. Esta es una necesidad de la Administración pública contemporánea y que puede ser alcanzada con la utilización de instrumentos de consenso. El modelo de Administración pública negocial presenta más flexibilidad, pues utiliza instrumentos de colaboración no solo para la ejecución de actividades concretas, sino también para la solución de conflictos. Entonces, no es posible pensar en garantizar derechos humanos manteniendo estructuras administrativas enormemente burocratizadas y poco flexibles.

Así, la Administración pública debe utilizar el consenso para lograr la eficiencia de su actuación, tanto del punto de vista formal como sustancial. Es decir, a través del consenso se alcanza la realización de los derechos humanos tanto en un carácter instrumental como sustancial.

## **Los medios adecuados de resolución de conflictos en el marco de la Administración negocial.**

Según MOREIRA NETO (2003, 147), la Administración pública del consenso puede estar direccionada a alcance de tres objetivos fundamentales: promoción, realización y recuperación del interés público. Por tanto, el consenso puede estar presente en distintos momentos del ejercicio de la función administrativa: en la construcción de la voluntad administrativa, en la ejecución de la decisión y en la revisión de la actuación estatal. En el ordenamiento jurídico español podemos citar algunos ejemplos que demuestran este cambio de paradigma.

El primer ejemplo está en la previsión del artículo 86 de la Ley española de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015, de 1 de octubre) que trata de la terminación convencional. En este caso el consenso es utilizado para la construcción de la voluntad del Estado en el curso del procedimiento administrativo. En la terminación conven-

cional, según el apartado 1 del artículo 86, la convención puede determinar la finalización del procedimiento administrativo y, en este caso, sustituye a la decisión final, produciendo un acto administrativo pactado en sustitución a los actos unilaterales.

El segundo ejemplo también está presente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en el artículo 112.2 que dispone sobre la posibilidad de sustitución de determinados recursos administrativos por medios adecuados de solución de conflicto como el arbitraje, mediación y conciliación. En este caso el consenso es utilizado para la revisión de la actuación administrativa, con el objetivo de pacificar conflictos.

Además, el consenso también puede estar presente en la ejecución de la voluntad administrativa. En el ámbito contractual esta idea de participación y consenso queda muy evidente, a ejemplo de los contratos de concesión, los convenios, los acuerdos, el *franchising* público y las diversas formas de colaboración privada con el poder público<sup>4</sup>.

La tendencia de la contemporaneidad, como ya señalamos, es justamente la ampliación de la actuación pactada en detrimento del abordaje unilateral e imperativo. Por eso, la incorporación de herramientas negociales, como los medios alternativos de solución de conflictos, al Derecho Público crea un camino idóneo para la efectividad de los derechos humanos. Por eso BELANDO GARÍN (2019, p.43) sostiene que *“en esta nueva posición de la Administración en la persecución del interés general, también se encuentra su impulso al acceso a otros medios alternativos a los judiciales (como la mediación) para resolver que los ciudadanos resuelvan sus propias controversias”*.

Sobre la aplicación de los medios alternativos para la solución de conflictos administrativos, no podemos olvidar que las garantías constitucionales del acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, que son derechos fundamentales, consagran el deber estatal de contribuir para la efectividad del orden jurídico.

El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva deben ser interpretados con base en los requerimientos de la sociedad contemporánea, afectada por los influjos de las nuevas tecnologías y de la globalización. Por eso, CURY (2018, p. 495) plantea que la sociedad moderna demanda nuevos deseos que no pueden ser adecuadamente tratados por el modelo tradicional de proceso judicial. Bajo esta perspectiva, hay que reconocer los medios adecuados de resolución de conflictos como mecanismos de realización del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva. Esto fue el sentido empleado por el Supremo

---

4 CASESSE (2012, p. 607) analiza la colaboración civil a través de los contratos señalando lo siguiente: *“Contracts between the state and private persons, once almost unknown (as they challenged the very idea of state sovereignty), are now a common feature of state activity. Consequently, the state becomes dependent upon collaboration with civil society. With the emergence of the enabling state, the focus of public activity has shifted toward measures aimed at financing benefits through the market. Therefore, a large part of social welfare has become a lucrative, privatized, commercial, and for-profit activity. Outsourcing and public-private partnerships increase efficiency and sectionalism, which in turn contribute to the fragmentation of the state”*.

Tribunal Constitucional Español, en la sentencia STC 176/1996, de 11 de noviembre, que reconoce que los medios adecuados de resolución de conflictos son idóneos al ejercicio de la tutela judicial efectiva en el siguiente fragmento:

*el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto en la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje. De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce.*

Por tanto, no es suficiente que el orden jurídico reconozca derechos, hay que establecer recursos para protegerlos. En esta perspectiva los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos deben ser tomados como una forma de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Por ello, CAPPELLETTI y GARTH (1996, p. 13) plantean que las técnicas procesales tienen funciones sociales y así los tribunales no son el único medio para la resolución de los conflictos. Para que se garantice la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia es necesario construir un sistema de justicia con múltiples posibilidades, que puede ser desarrollado con los medios adecuados de solución de conflictos.

En ámbito de la justicia administrativa, la línea de raciocinio debe ser la misma. Con fundamento en el derecho a la buena administración y en la eficiencia administrativa, las Administraciones públicas deben reconocer los medios adecuados de resolución de conflictos para la solución de disputas administrativas. Por ello, MARTÍN DÍZ (2018, p.66) subraya que *“ha de ser la propia Administración quien, rompiendo también con ello planteamientos estáticos, pasados e inconexos con la realidad jurídica procesal y administrativa de nuestro tiempo, supere la barrera del proceso judicial como única vía de solución de litigios entre Administración y administrados”*.

En los medios adecuados de solución de conflictos, los autocompositivos (negociación, mediación y conciliación) deben ser destacados para la solución de disputas administrativa. Esto porque los medios autocompositivos proporcionan una mejor gestión de los intereses en conflicto, una vez que las partes implicadas construyen la solución para la controversia. De esta manera, en el ámbito de la autocomposición, no hay ganadores o perdedores. En realidad todos ganan con la resolución de la controversia. Es por eso que BELLOSO MARTIM (2004, p. 174) afirma que *“junto a las ventajas que ofrecen las técnicas alternativas de resolución de conflictos de economía y rapidez, no hay que olvidar otra que consideramos fundamental: no hay vencedores ni perdedores, no existe la sensación de derrota y fomenta una cultura de la paz”*.

Con efecto, el proceso de modernización de la Administración pública conlleva a un cambio en el modelo de gestión administrativa que pasa a tener su centralidad en el ciudadano y en la actuación pactada. El consenso, la colaboración y la participación del ciudadano en los asuntos administrativos son

los elementos claves de este nuevo modelo de organización administrativa basado en la buena administración. No nos olvidamos que este cambio también alcanza la justicia administrativa que debe integrar los medios adecuados de solución de conflictos, sobre todo los autocompositivos que refuerzan la participación y colaboración, facilitando la realización de derechos humanos.

## Conclusiones

El actual proceso de modernización de la Administración pública, basado en la buena administración, incorpora a la actuación administrativa mecanismos negociales y participativos. Además, los problemas de la sociedad actual son complejos y plurales exigiendo para la solución de los conflictos un abordaje más colaborativo y pactado. Estos cambios en el relacionamiento entre el Estado y sus ciudadanos son esenciales para la realización de los derechos humanos.

Esta nueva perspectiva demanda también la revisión del contenido de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia que pasan a incorporar los medios adecuados de solución de conflictos. Esta relectura permite producir una re-integración de la justicia a los propios ciudadanos. En el ámbito administrativo, la adopción de los medios adecuados de solución de conflictos, sobre todo los de naturaleza autocompositiva, permite la adaptación de la respuesta estatal a las variantes sociales, políticas y económicas, conduciendo a una nueva y fresca noción de justicia.

Por tanto, este nuevo paradigma negocial o consensual de la actividad administrativa, basado en la buena administración, contribuye para la efectividad de los derechos humanos. Las herramientas consensuales facilitan la igualdad, la participación, la libertad en las relaciones jurídicas administrativas, llevando la Administración pública al cumplimiento de su función constitucional de mejorar la calidad de vida de las personas.

## Referencias

BELANDO GARÍN, Beatriz. Las posibilidades de la mediación administrativa: concepto y ámbitos. En: FONSECA, Isabel Celeste M. (coord.). **A Mediação Administrativa**: contributos sobre as (im)possibilidades. Lisboa: Almedina, 2019.

BELLOSO MARTÍN, Núria. Formas alternativas de resolución de conflictos: experiencias en Latinoamérica. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, jan. 2004, p. 174. Disponible en: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15239/13858>>. Acceso en: 03.03.2020. doi: <https://doi.org/10.5007/%x>.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los derechos**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CASSESE, Sabino. New Paths for Administrative Law: A Manifesto. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 10(3), 2012, p. 604 - 605. Disponible en:

<https://doi.org/10.1093/icon/mos038>. Acceso en: 10.02.2018.

CASTELLS, Manuel et al. **Globalización, identidad y estado en América Latina**. Santiago de Chile: PNUD, 1999.

CURY, Cesar Felipe. Mediação. En: ZANETI JÚNIOR, Hermes; XAVIER CABRAL, Trícia Navarro. (Coordenadores). **Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 495-519.

MARTÍN DÍZ, Fernando. **Mediación en el ámbito contencioso administrativo**. Navarra: Editorial Arazandi, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, jan. 2003. ISSN 2238-5177, p. 129-156. Disponible en: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>>. Acceso en: 20. 03. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45823>.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**, 5ª ed., Madrid: Tecnos, 1995.

PRATS I CATALÁ, Joan. **De la burocracia al management, del management a la gobernanza**: las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2005.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, año 10, n. 40, abr./jun. 2010, Belo Horizonte, p. 117-149.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. **Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales**. Sevilla: INAP/Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. La mediación en el derecho administrativo. **Revista de Derecho Público**, n. 74, 2015, Chile, p. 113-131. doi:10.5354/07195249.2015.37538.

SANTOS SILVA, Renata Fabiana. Inclusão Digital e Direitos Humanos: Desafios do Estado na Era Global. **APEB Notícias**, Salvador, 2020. Disponible en: <<http://www.apeb.org.br/noticias1.asp?reg=676>>. Acceso en: 10.11.2020.

UNIÓN EUROPEA. **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**, firmada en Niza, 07 de diciembre de 2000, Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Disponible en: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)>. Acceso en: 02. 02. 2019.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Parceria Público –Privada e outras formas**. 9ª Edición. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

# IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO ESCOLAR

**André Luiz Miranda de Abreu**

Centro Universitário La Salle. Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2017). Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2003)

**Lorraine Queiroz Nogueira**

Centro Universitário La Salle. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis, Rio de Janeiro (2015). Mediadora certificada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (2018)

## Resumo:

Marcada por embates, a contemporaneidade revela-se como período de individualismo e indiferença. Neste cenário está o processo educacional, no qual a moldura a ser implementada deve ser a da convivência integrada dos atores. Inadiável a recorrência à métodos capazes de reconduzir sujeitos ao consenso e equalizar as alteridades. Apresenta-se então a mediação escolar, em seu sentido e metodologia. Inafastáveis, os conflitos, na perspectiva da mediação escolar, passam a não mais ser fonte de dissenso, mas sim oportunidade de crescimento, construindo-se sínteses capazes de realinhar posicionamentos antagônicos. Sob o eixo central da tomada de decisão, a técnica exponencia os objetivos pedagógicos e reconduz envolvidos à recursos democráticos, desenvolvendo-se como novo pensar, adaptado às necessidades de cada espaço educacional, mas sobretudo compromissada com a extensão maior da sociabilidade.

**Palavras-chave:** Autocomposição; Conflito; Mediação escolar; Autonomia; Pacificação.

## Introdução

Conforme advertência de Gisele Leite em seu *“Um breve histórico sobre mediação”* (2017), a mediação deve ser entendida sob um ângulo moderno que faz refletir sobre debates surgidos a partir da década de 1970, nos quais a prática processual reaparece, em uma pequena dimensão, como possibilidade de mudança cultural, deixando o terreno do adversarial e do litigioso para uma construção dialógica fundada na adoção de outros métodos de composição

de conflitos.

A mediação, como atividade humana, tem existido desde os primórdios da vida social. Nas derradeiras décadas, contudo, apresenta-se como fenômeno sem fronteiras, presente em costumes ou religiões, (LEITE, 2017), voltada a contemporizar e evitar excessos e polarizações.

Modernamente, firma-se a mediação como modo de regulação da conduta humana. Traduz-se como prática social capaz de harmonizar as relações intersubjetivas, tornando-se meio relevante para que a sociedade promova a manutenção dos seus valores em prol de uma organização satisfatória, justa e igualitária em direitos e deveres.

A palavra mediação decorre do latim “*MEDIATIO*”, de “*MEDLARI*”, “intervir, colocar-se entre duas partes”, de “*MEDIUS*”, “meio”. A perspectiva etimológica já revela o processo que a mediação assume em seu fazer. Conforme apontamento em dicionários, o significante é descrito como “ato de servir como intermediário entre pessoas, grupos, partidos, noções etc., com o objetivo de eliminar divergências ou disputas.”, ou ainda, “processo criativo por meio do qual se passa de um termo inicial a um termo final” (MI-CHAELLIS, 2016, p.714). As definições, ainda que ligadas ao senso comum, tornam perceptível o fenômeno da Mediação como processo galopante no cenário jurídico, imbuído do escopo de proporcionar o resgate dos laços sociais via soluções efetivas e humanizadas de conflitos.

Credencia-se a mediação, deste modo, como método alternativo de resolução de conflitos. Por sua via, é possível resolver conflitos sem a necessidade da intervenção judicial. Tudo em razão da participação de um “*alter*”, o mediador, figura dentro do possível isenta e distanciada, auxiliar das partes no reestabelecimento de sua comunicação por meio da estratégia do diálogo rumo a um possível rearranjo harmônico das diferenças.

Revela-se assim a mediação como potente instrumento de resolução de litígios, instaurador de participação ativa e colaborativa de todos os envolvidos. Instrumento auto compositivo, transmuta a cultura do conflito em civilização do diálogo, emancipando os envolvidos e fomentando o respeito, a inclusão e a pacificação social.

A mediação transcende a solução da controvérsia, dispondo-se a transformar um contexto litigioso em colaborativo. Possibilita às partes a percepção da gênese do conflito, propiciando assim grau de compreensão apto a promoção de soluções que poupem os implicados da necessidade de enfrentamento de longas e custosas demandas jurídicas. Daí a constatação de que é recurso capaz de gerar qualidade de vida e melhor potencial de realização para os envolvidos.

É este o cenário prospectivo que viabiliza a compreensão do presente artigo. O estudo pretende apresentar a proposta de trabalho a ser implementada no *Centro Universitário La Salle*, espaço acadêmico situado na cidade de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, região sudeste do Brasil. Fulcrado nos marcos teóricos fundamentais da mediação, o trabalho tem como objetivo ex-

por os avanços e percalços conceituais e práticos sobre a técnica da mediação escolar, compreendida em campo no qual fervilham as controvérsias, as esperanças e inúmeras e ainda insondadas perspectivas, mas já no terreno de uma tentativa de construção de um projeto de implementação real da técnica no “*locus*” escolar.

Considerados os objetivos do projeto, a concepção é a de que professores envolvidos capacitem alunos participantes - via ensino das técnicas de mediação, compreensão e solução de conflitos – para que, apoiados por equipe multidisciplinar, e, mais proximamente de professores, possam, ao lado dos demais membros do círculo educacional, implementar e desenvolver a cultura de pacificação social no ambiente escolar. Realizada a tentativa de implementação nesse espaço delimitado, o intuito é estender o espectro da prática a outros estabelecimentos educacionais públicos e privados no âmbito do Município de Niterói.

Não há dúvidas que a mediação de conflitos pode contribuir para intensificação dos laços entre sociedade, família, educadores e educandos. Os agentes mediadores, desde que devidamente capacitados, poderão abordar com maior habilidade os litígios dentro de seu núcleo de convivência, fortalecendo os vínculos existentes e contribuindo para a mudança que se deseja alcançar. Exsurge a mediação, portanto, como técnica racional e apropriada de enfrentamento de temas espinhosos da contemporaneidade, tais como violência, preconceito, bullying, rejeição, autoritarismo, violação de espectros da personalidade e construção democrática do projeto pedagógico-educacional. Com sua particular metodologia, permite o enfrentamento dos conflitos em um projeto dialógico revelador das questões do *self* e, ao mesmo tempo, da alteridade, permitindo novos arranjos em espaço distante do terreno belicoso.

Por natureza o universo escolar apresenta-se como ambiente privilegiado de convivência entre indivíduos com diferentes religiões, costumes, educação, características, raças e opiniões. A consequência não poderia ser outra senão o surgimento de divergências de toda sorte. É preciso então conseguir lidar com o surgimento dos conflitos de forma equilibrada, resguardando o processo de ensino e aprendizagem, essencial para a pacificação social. Este é o desafio.

## **Métodos Consensuais de Solução de Conflitos**

Na perspectiva das organizações sociais que pretendam efetivamente contemplar as subjetividades e suas demandas razoáveis, torna-se cada vez mais necessário que os conflitos apresentados possam ser resolvidos de forma adequada e eficaz, atendendo e acolhendo os sujeitos envolvidos, na tentativa de se estabelecer ou manter a convivência estável e pacífica dos atores. Assim, harmonizar as relações sociais no ambiente educacional, mais que sanar o conflito, importa em apresentar e introjetar uma nova forma de administrar os embates e apaziguar as diferenças com os demais, sem que isso signifique



a diminuição ou o aniquilamento do semelhante em razão de sua diferenciada perspectiva de posicionamentos e considerações.

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções auto-compositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência. (VASCONCELOS, 2008, p.19)

Se já é clara para a intervenção mediadora e suas bases teóricas que “conflito é crise mais oportunidade”, no ambiente escolar a constatação encontra um patamar ainda mais exponenciado. Apresentar a quem enfrente um confronto a oportunidade de extrair daí crescimento, e, portanto, aprendizado, é tarefa básica dos núcleos educacionais que pretendam comprometer-se verdadeiramente com a dignidade da pessoa humana. As conflagrações, tornam-se, assim, ponte sólida de assimilação do fato de que não subsiste a demarcação absoluta entre o certo e errado, sendo coexistentes variadas formas de conceber a realidade sem que isso impeça a construção de consensos mínimos que permitam a coexistência pacífica.

O conflito pode ser proveitoso se bem conduzido. Quando técnicas de resolução de conflitos são utilizadas, é possível ter resultados satisfatórios para as partes em disputa. Aferem-se benefícios múltiplos quando o conflito passa a ser percebido como uma oportunidade de aprendizado e de crescimento pessoal.

Conflitos surgem por inúmeras causas – pessoais, interpessoais, emocionais – gerados por diferenças de aceção entre pensamentos de indivíduos em torno de uma mesma questão. A utilização da mediação, uma das técnicas de resolução de conflitos, pode ocorrer em qualquer área das relações humanas onde existirem enfrentamentos: empresarial, consumerista, vizinhança, bancária, escolar, familiar, sucessória, além de outras, bastando para tanto que as partes estejam disponíveis a se comunicarem e ajustarem soluções.

Sob tal constatação, um dos idealizadores dos métodos adequados de soluções de conflito, Frank Sander, concebeu o denominado “sistema multiportas”, buscando, para além da jurisdição estatal, inúmeras portas, ou melhor, inúmeras formas de composição de contendas. Segundo o autor, não poderia existir uma única porta, o Poder Judiciário, a fim de finalizar um litígio entre as partes. Existem e devem existir outras possibilidades.

Frank Sander expôs, então, a ideia de se introduzir no âmbito do Po-

der Judiciário americano mecanismos múltiplos de resolução de conflitos por meio de métodos alternativos. Estes poderiam ser aproveitados durante o curso do processo ou mesmo antes do ajuizamento de uma ação judicial. O modelo idealizado por Frank Sander, denominado de Multidoor Courthouse System – Sistema das Múltiplas Portas, tinha como fulcro central oferecer soluções mais congruentes às peculiaridades de cada demanda, de forma mais efetiva, célere e de custeio razoável. Esse sistema consiste em disponibilizar vários mecanismos de solução de conflitos para os processos trazidos ao Judiciário. O conceito tem a premissa da noção de que há vantagens e desvantagens em cada caso específico ao usar um ou outro processo de resolução de disputas, sendo que a existência de várias possibilidades é a situação ideal. (SOUSA, 2011, p.207)

É de se registrar que o ordenamento jurídico brasileiro, assim como o português, acomoda inúmeros métodos de resoluções de conflitos, trabalhando com procedimentos não contenciosos ou consensuais, como conciliação, mediação e negociação e procedimentos contenciosos ou conflituais, como a arbitragem e o julgamento. O Brasil é signatário de várias Convenções Internacionais e com isso, após inúmeros movimentos populares, diversas instituições passaram a estimular profissionais a praticar o uso do método adequado ao conflito, promovendo a pacificação social e abrindo portas para outras possibilidades como a Advocacia Colaborativa.

## Mediação

Insere no rol dos métodos consensuais de solução de conflitos, a mediação tem lugar com a intervenção de um terceiro, mediador, cuja tarefa é a de reestabelecer nexos de comunicação e cooperação rompidos pela divergência.

Ator fundamental, o mediador evidencia os atritos e interesses divergentes, para, a partir daí, construir conjuntamente alternativas de solução fundadas no consenso e na efetivação das soluções pactuadas.

A atuação do mediador deve ocorrer de forma que a mediação represente uma instância não julgadora em que os indivíduos possam discutir seus papéis e reavaliar interesses e posições. O mediador não decide pelos envolvidos: a essência da dinâmica é possibilitar que os envolvidos na controvérsia “resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas”. (TARTUCE, 2018, P.227)

A prática mediadora, por evidente, desenvolveu técnicas oriundas de princípios próprios. Citem-se como princípios centrais: a) a *voluntariedade*, visto que os envolvidos necessitam confirmar de forma espontânea, sem qualquer coação ou constrangimento, sua vontade de participar do método; b) a *confidencialidade*, que recai sobre toda a discussão travada durante as sessões. Neste aspecto, o próprio mediador está proibido de reproduzir o que tenha

sido abordado, nem mesmo na condição de testemunha; c) *autonomia inter partes*, que devem atuar como protagonistas durante todo o procedimento, para que, sozinhas, possam chegar a um acordo.

O mediador é um terceiro que, por meio de uma série de procedimentos próprios e guardada a isenção possível, deve proceder, no desempenho de suas funções, preservando os princípios éticos (BARROS, 2017)

A sondagem dos resultados tem comprovado ser a mediação um meio eficaz de resolução de litígios, com participação ativa e colaborativa dos envolvidos. Autocompositiva, a mediação não apenas organiza de que modo serão arrançados os múltiplos interesses em torno de um dado objeto como também viabiliza a possibilidade de restauração e preservação dos vínculos.

Na prática brasileira, o modelo Tradicional Linear de Harvard, assim denominado porque fundado na comunicação *em seu sentido linear*, tem encontrado repercussão e acolhimento. Nele, o mediador tem como função principal ser facilitador da comunicação para promover um diálogo, uma escuta ativa de ambas as partes, ou seja, uma comunicação bilateral efetiva (GONÇALVES, 2016)

No início do processo de mediação, propõe o referido modelo que as partes se expressem numa perspectiva de catarse, para que se acalmem e possam pensar melhor (GONÇALVES, 2016). É desse modo que se estabelece inter partes a denominada “percepção”, espécie de empatia mútua. A contar daí, o mediador dedica-se a explorar as emoções dos envolvidos, propiciando, via legitimação de cada participante, uma compreensão das necessidades recíprocas.

É justo da qualidade do trabalho do mediador, evocando as emoções e potencializando a comunicação, que dependem as chances de prosseguir utilizando critérios objetivos para o real desenvolvimento de um possível acordo. Saliente-se, contudo, que na mediação o acordo não será fundamental, principal. Seu papel principal está em reestabelecer a comunicação entre as partes para que, a partir daí, e autonomamente, se desejarem, idealizem um acordo.

## **Mediação Escolar**

Em toda instituição escolar, divergências estão entranhadas à sua dinâmica e ao seu funcionamento. Há conflitos em inúmeros setores: salas de aulas, salas de professores, nos pátios, cantinas, gabinetes de diretores, salas de coordenação e de serviços técnicos, administrativos e financeiros.

Como em um Tribunal de Justiça, há também na escola o hábito de deixar que um terceiro, supervisor, professor, coordenador ou até mesmo o diretor, decida sobre as questões conflituosas, determinando um ganhador ou um perdedor.

É então prioritário entender que o conflito nem sempre é negativo. É urgente descortiná-lo como via de aprendizado, verdadeira oportunidade de

construção de saberes. Identificado em sua causa, explicitadas as razões motivadoras, torna possível a construção de consenso em lugar do dissenso anterior. E nada melhor do que tal percepção desenvolver-se desse a infância, forjando o amadurecimento e a construção de um ser humano empático.

Segundo Orsini (2012, p.191), da escola, se projetam para a sociedade os comportamentos, sistema cultural dos grupos sociais e ensinamentos ali apregoados e estimulados. A escola, definitivamente, é um “espaço social destinado à construção da personalidade e da cidadania, além da promoção de educação voltada para a conscientização cívica e social de jovens”. (apud LIMA, 2016, p.245).

Recorrentemente no ambiente escolar os conflitos relacionam-se com aspectos divergentes de valores e crenças, controle e manuseio de recursos como de livros, computadores e espaços, métodos e sistemas avaliativos, trabalhos em grupo ou individuais, representação estudantil e enfrentamentos de cunho pessoal.

A mediação escolar, fulcrada na denominada mediação de pares, é um processo que capacita um grupo de alunos, professores e funcionários de uma escola para atuarem como mediadores nas disputas conflituosas, a fim de que as partes interessadas cheguem a um consenso através de um novo canal de comunicação e de forma respeitosa.

Segundo PACHECO (2006, p.172) a mediação de pares ou entre pares se caracteriza pela capacitação de alunos, professores e coordenadores para realizarem a mediação entre eles próprios, alunos com alunos e/ou entre os próprios educadores, e não apenas somente entre alunos. (apud LIMA, 2016, p.251).

Para que a implementação da mediação dentro do contexto escolar ocorra de forma efetiva é necessário que a intervenção abranja toda a instituição, a fim de capacitar os profissionais que compõem o corpo docente e de apoio, além daqueles responsáveis pela gestão do ambiente escolar, a fim de que sejam aptos a identificar os conflitos existentes entre todos os setores escolares, nas relações que pode ser entre professores-pais; professores-direção; professores-professores; professores-alunos; professores-pais; alunos-alunos e apresentar medidas de atuação eficazes na gestão dos referidos conflitos. A mediação escolar objetiva o fortalecimento dos laços entre escola, comunidade e família, principalmente em situação de vulnerabilidade, evitando a evasão escolar e promovendo a participação de toda a comunidade na escola. (VELLOSO, 2019, p.10)

A tomada de medidas concretas para a implementação da mediação escolar requer, em um momento inicial, que a instituição escolar disponha de profissional, professor ou funcionário, que, capacitado - certificado em mediação -, esteja apto a trabalhar com uma comunidade educacional disposta a aceitar a mediação como um caminho possível para a resolução de conflitos.

Ganha proeminência, neste contexto, a direção escolar, que deverá proporcionar ao mediador a legitimação necessária para desenvolver o trabalho no ambiente.

Os interessados devem consentir com a intervenção do mediador e este deverá obedecer aos princípios do procedimento de mediação, já que ele próprio está incluído na instituição.

Por outra via, é possível também capacitar um grupo de alunos para que atuem como mediadores, desenvolvendo-lhes as habilidades e competências necessárias para a saudável condução de soluções dialógicas em conflitos interpessoais. Uma vez capacitado o grupo matriz, os próprios alunos podem conduzir treinamentos para formação de novos agentes da condução de mediação entre pares.

O procedimento da mediação entre pares, ou seja, a mediação realizada entre os próprios alunos, torna-se mais eficaz quando presentes alguns fatores como a certeza de todos os funcionários, professores, coordenadores, diretores e até mesmo os pais e comunidade, a respeito dos benefícios da mediação para uma cultura de pacificação social, o reconhecimento institucional capaz de legitimar este recurso de resolução de conflitos, a confiança de que os pares possam resolver seus conflitos sem a interferência hierárquica existente dentro do domínio escolar, o compromisso com o desenvolvimento da autonomia e a incumbência dos adultos em distribuir casos mediáveis para alunos mediadores.

Os alunos que participam da mediação escolar apresentam uma melhora na sua consciência individual e social, desenvolvem a comunicação, a escuta e a empatia, importantes habilidades humanas. Além disso, a mediação pode melhorar a capacidade de analisar e resolver os conflitos e compreender melhor as adversidades e desafios da vida. Os professores por sua vez melhoram a sua capacidade de compreender os conflitos, de comunicação e de resolver os problemas relacionados com o trabalho no ambiente escolar. Os pais também têm um papel importante e podem participar mais ativamente das questões relacionadas com os seus filhos, em especial nas situações de conflitos. O centro escolar também pode ser beneficiado com a melhora no ambiente, pois a comunidade educativa pode aprender a gerir os conflitos de uma forma mais eficiente. (NETO, 2017)

Como bem desenvolvido por Garcia Costoya (2004), essa técnica alternativa de solução de conflitos escolares precisa aderir a algumas orientações fundamentais para implementar um projeto de mediação neste ambiente. Nesta esteira constata-se que deverão conduzir a adoção da técnica algumas providências fulcrais, sendo elas, resumidamente: a) mapeamento de necessidades dos alunos ou funcionários envolvidos no conflito e, de modo geral, de toda comunidade escolar, a fim de perceber qual é a área onde está inserida socialmente a causa, assim como o ponto de vista de cada um. Ações de sensibilização devem almejar a explicitação da necessidade de cada um, com o in-

tuito de mobilizar os atores no envolvimento do projeto e fidelizar o compromisso com os objetivos. b) criação de equipe de apoio, formada por professores, funcionários, pais e alunos, imbuídos do compromisso de acompanhar e vitalizar todo o projeto, coordenar a equipe de mediadores adultos, participar da capacitação dos alunos, da comoção de todos os setores da escola, apoiar os mediadores e propor soluções para as dificuldades; c) promoção da formação e da capacitação dos interessados em se tornar mediadores fomentando a seleção e a formação de alunos mediadores; d) monitoramento do projeto, via reuniões com as equipes de apoio e a equipe de mediadores, a fim de avaliá-lo continuamente, verificando o cumprimento dos objetivos.

Assim, com todas essas diretrizes instaladas e pessoas capacitadas, o meio estará apto para que possam ser realizadas as sessões de mediações, conforme princípios e procedimentos já analisados. Com este canteiro de diálogos, a instituição escolar formará futuros adultos capazes de promover um mundo melhor, com sujeitos autônomos e empáticos.

## **Da implementação da Mediação Escolar**

Segundo LIMA (2016, p.257), cabe ao Estado a promoção de atividades educativas, econômicas e sociais que possam desenvolver outras habilidades complementares necessárias para que os seres se tornem capazes de agir e interagir em sociedade de forma urbana e sociável. A mediação, nesse contexto, como política pública, poderia ser implementada, por meio de cursos dos profissionais e demais agentes do meio escolar e apoio institucional para sua ampla realização, gerando excelentes resultados a baixos custos.

Em países como Argentina, a Mediação de Conflitos Escolares já está inserida no projeto educacional como política pública. Segundo Gabriela Jablowski, no curso “Competências para el Liderazgo”, da APEP, a mediação escolar teve início em Buenos Aires desde 1997. O projeto começou como piloto no âmbito comunitário e, a partir dessa experiência embrionária foi se estendendo. Mas tarde, por força da Ley de Mediación Escolar n. 3.055, de 21 de maio de 2009, a mediação tornou-se aplicável em todos os níveis e modalidades do sistema educacional público gerido pelo Governo da Cidade Autónoma de Buenos Aires, criando o sistema integral de mediação escolar, que tem a finalidade primordial de difundir e implementar o instituto. A referida lei foi objeto de regulamentação no ano de 2011. O fato é que, desde 1997, o programa segue crescendo nas escolas da Argentina.

No Brasil, até a presente data, a Mediação Escolar no Brasil ainda não encontrou inserção como política pública nacional, o que não impede, contudo, encontrar em projetos estaduais e municipais referências à prática.

Renata Fernandes Cunha Velloso aponta, por exemplo, projetos como o “Programa Paz nas Escolas”, difundido a nível nacional ou o Projeto “Escola de Mediadores” (2000), bem como o Programa desenvolvido pela Unisul – Universidade do Sul de Santa Catarina realizado em 2018, denominado “Cul-

tura de Paz nas Escolas”. (2019, p.14).

Com o intuito de dar vida ao método e propiciar um ambiente de entendimento e experimentação, desde o ano de 2018 professores do Centro Universitário La Salle – RJ, dentre eles os autores, vêm alicerçando as bases teóricas e engendrando providências práticas para implementar a cultura de pacificação social através da Mediação Escolar em escolas públicas e privadas do município de Niterói. A experiência, como não poderia deixar de ser, pretende desenvolver seu primeiro ensaio no interior da própria comunidade Lasallista para, testada e avaliada, estender-se posteriormente.

Diante da complexidade do tema Mediação Escolar, a capacitação dos envolvidos exigiu que dois dos professores filiados ao projeto participassem de curso com profissional largamente reconhecida – Gabriela Jablkowski, “*Competências para el Liderazgo*”, na *Asociación Civil Programas de Estudios de Postgrado* – APEP, em julho de 2019. Em outubro do mesmo ano três professores participantes do projeto acompanharam presencialmente a professora argentina em uma visita técnica às escolas de Buenos Aires, aprimorando seus conhecimentos em experiências práticas.

Em meados de 2020, em razão da Covid-19, iniciaram-se os encontros virtuais de construção efetiva do planejamento. Por via de tais encontros ganhou corpo o projeto chamado “*MEDIAÇÃO E DIÁLOGOS: um olhar sobre as relações continuadas*”. Nele, os educadores envolvidos traçam planos, recursos e objetivos que pretendem utilizar para, em um primeiro momento, realizar encontros on-line com alunos, a fim de capacitá-los em Mediação Escolar. A proposta pretende, para além de muni-los dos instrumentos técnicos de incentivo ao diálogo, debater temas pertinentes da contemporaneidade, tais como racismo, bullying e gênero, dentre outros.

Segundo o projeto, com o futuro retorno ao sistema presencial, a formação dos alunos e demais envolvidos será convolada em intervenções de natureza prática, percorrendo-se escolas públicas e privadas para apresentar e desenvolver a oportunidade de transformação oriunda de todo procedimento da Mediação Escolar, aliado ao debate e aprofundamento dos temas correlatos.

## **Considerações Finais**

Considerável número de pessoas permanece, paradoxalmente, ineficaz e apático, vinculado ao sistema, ignorando o próprio papel de protagonista de mudanças e lamentando, muitas vezes sem sequer compreender que o sistema jurisdicional não terá capacidade de solucionar os conflitos individuais de acordo com as expectativas nutridas pelos envolvidos. Emerge neste cenário a mediação, mecanismo capaz de, para além de simples solução tópica, apresentar-se como instrumento de resolução de convivência pacífica na vida cotidiana, empoderador das partes e promotor de efeitos que extrapolam a relação intersubjetiva para promover intervenção a nível social.

A mediação atinge seus objetivos quando é eficaz em seu intuito de capacitar as pessoas ao exercício das próprias habilidades e competências no sentido de gerir os seus próprios conflitos, desenvolvendo as “autonomias” a fim de que consigam, de forma positiva e criativa, através do diálogo construtivo, solucionar suas barreiras.

No contexto escolar, a mediação revela-se recurso com robustas ferramentas para promover a inclusão e a pacificação social, oportunizado aos estudantes e demais membros da comunidade escolar, na maioria das ocasiões, resolver seus conflitos com a ajuda de outros estudantes, de maneira colaborativa e preventiva de problemas futuros. Trata-se de meio de resolução de conflitos que é firma-se como verdadeiro catalisador de mudanças.

Crianças, adolescentes e adultos inseridos no contexto da mediação escolar, aprendem a utilizar as ferramentas da mediação, possibilitando o reestabelecimento da comunicação de uma forma eficaz e respeitosa, a promover as relações interpessoais com a presença da empatia, descobrindo e aceitando o ponto de vista e percepção de cada um, obtendo o domínio sobre o manejo das próprias emoções e desenvolvendo a aptidão de tomada de suas próprias decisões, assumindo um controle maior de suas vidas.

Desta forma, a escola funciona como um ambiente ideal para a educação, para a paz, para o reconhecimento e exercício dos direitos humanos, para a formação democrática e prevenção da violência em relação ao ser humano em desenvolvimento, garantindo seu pleno espaço e reconhecimento.

Incorporar a Mediação Escolar aos projetos educativos significa estimular eticamente o desenvolvimento da criança e do adolescente em uma cultura de pacificação social, tão necessária em tempos de relações complexas e egoísticas. Significa viabilizar caminhos fundamentais ao pleno amadurecimento do ser humano e de sua consciência acerca de si e da alteridade.

## Referências

ARGENTINA. **Abordaje cooperativo y pacífico de conflictos en la escuela** – Ministério de Educación – Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 1ª edição, 2010.

BARROS, Eduardo Vasconcelos. **Mediação como forma alternativa de resolução de conflitos**. Disponível em: [mediacao-como-forma-alternativa-de-resolucao-de-conflitos](#). Acesso em 12.9.2017

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 125, de 29/11/2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 28/08/2017.

BRASIL. **LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015 (Lei de Mediação)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em 28/08/2017.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16.03.2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm)&gt; Acesso em: 28.8.2017.



BRASIL. **Manual de Mediação**. Judicial. 2016. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. COMITÊ GESTOR NACIONAL DA CONCILIAÇÃO. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta-edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibiliza-da-pelo-cnj>. Acesso em 28.8.2017.

DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, Vol 3. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004.

FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GARCIA, Marta C. **Programa Nacional de Mediación Escolar** -Marco General, 1ª edição, Ministerio de Educación Ciencia y Tecnología de la Nación, 2004.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. **Conheça os principais modelos de mediação de conflitos, 2016**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/conheca-os-principais-modelos-de-mediacao-de-conflitos-por-juliana-ribeiro-goulart-e-jessica-goncalves>. Acesso em 12.9.2017.

LEITE, Gisele. **Um breve histórico sobre a mediação**. Disponível em: <https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/437359512/um-breve-historico-sobre-a-mediacao>. Acesso em 12.9.2017.

LIMA, Maria Hortênciá Cardoso. O empoderamento na mediação escolar de pares: concretização de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, e-ISSN: 2526-0022 | Brasília, v. 2, n. 1, p. 244 – 259, Jan/Jun. 2016.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramento, 2006.

NETO, Flávio de Freitas Gouvêa. **A mediação de conflitos nas escolas**. Disponível em: <https://freitagouvea.jusbrasil.com.br/artigos/469668509/a-mediacao-de-conflitos-nas-escolas>. Acesso em 19.11.2020.

SOUSA, Mariana Almeida de; SALES, Lília Maia de Moraes. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. ANO 5, Nº 16, P. 204-220, JUL./SET. 2011.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 4ª Edição, São Paulo: Método, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VELLOSO, Renata Fernandes Cunha. **Mediação de conflitos escolares: uma experiência na educação infantil**. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3251679/GT6+Renata+Fernandes+Cunha+Velloso.pdf/2916f904-92a2-7a7c-9398-c079cf1b7982>. Acesso em 19.11.2010

ROSENBERG, Marshall. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. 1 ed. São Paulo: Ágora, 2006.

# ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

**Ivânia Cristina Camin Chagas Modesto**

Universidade Autônoma de Lisboa UAL. Mestranda em Ciências Jurídicas. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela UNIARA - Centro Universitário de Araraquara (Brasil), Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp (Brasil), Direito Material e Processual do Trabalho pela UNIRP - Centro Universitário de Rio Preto (Brasil). Advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil/ Seccional Taquaritinga/SP

## **Resumo:**

O presente artigo destina-se à análise do instituto da arbitragem nas questões tributárias no Brasil. A arbitragem e o direito tributário. As dificuldades da compreensão do sistema fiscal das três esferas da federação, o emaranhado e leis que regula o sistema complexo tributário, somado a morosidade do sistema sem resultado eficaz. A necessidade de regulamentação legal frente ao instituto. Uma breve abordagem sobre a questão da indisponibilidade do interesse público, e a divergência entre a doutrina clássica e o pensamento administrativista moderno, diante até do momento em que vivemos e das novas tecnologias implantadas. E ainda, estabelecer como paradigma para a implantação do instituto no Brasil, Portugal, como a implantação mesmo com todas as diferenças entre os países, e o que vai impactar a vida do contencioso fiscal. Se com a implantação haverá uma recuperação do crédito tributário real. Se, reduzirá a pendência de processos nos tribunais tanto administrativo quanto judicial.

**Palavras-chave:** Arbitragem Tributária; Regulamentação Legal; Recuperação do Crédito Tributário.

## **Introdução**

O tema a ser desenvolvido neste trabalho é a adequação e viabilidade de meios alternativos à solução de controvérsias de natureza jurídico-tributária material e processual na adoção da arbitragem tributária no Brasil, tendo como paradigma a arbitragem tributária em Portugal, razão da bem-sucedida experiência portuguesa que tem e terá muito a nos ensinar.

O caminhar acelerado dos meios alternativos de solução de conflitos no Brasil, com a classificação alcançada pela Lei de arbitragem de número

9.307/1996, segundo o ranking da Câmara de Comércio Internacional (CCI) de 2018, sendo o Brasil o 6º país ou território com maior número de partes envolvidas em arbitragens, contando, em 2017, com 77 procedimentos arbitrais instaurados perante a CCI.

A experiência portuguesa na seara da arbitragem tributária tem sido aplaudida e estudada pelo mundo com grande entusiasmo, o que deve servir para o Brasil como um catalisador para a implementação da arbitragem tributária.

## Brasil e a Arbitragem Tributária Portuguesa

Em janeiro de 2011, em Portugal, nasceu a figura jurídica da Arbitragem Tributária. Para que isso fosse possível, Portugal debateu o instituto durante décadas, para que se concretizasse a ideia dentro das normas legais.

A Lei 3-B/2010, de 28 de abril, que aprovou o Orçamento de Estado para 2010, autorizou o Governo da República Portuguesa a legislar para que a Arbitragem fosse forma alternativa de resolução jurisdicional de litígios em matéria tributária, prevista como um direito potestativo dos contribuintes. “A assembleia da República impôs ainda que o julgamento do tribunal arbitral constituído para a apreciação de litígios em matéria tributária fosse feito segundo o Direito constituído”<sup>1</sup>.

O Decreto-Lei 10/2011, de 20 de janeiro, introduziu no ordenamento jurídico português o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), no uso da autorização legislativa concedida pelo artigo 124.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, com suas alterações.

Quanto a indisponibilidade do crédito tributário, matéria muito debatida na seara brasileira, a República Portuguesa superou na sua totalidade com a implementação da aprovação do regime da arbitragem em matéria tributária. A Constituição da República Portuguesa não ampara expressamente o princípio da indisponibilidade dos créditos tributários, podendo apenas ser entendido como corolário dos princípios da legalidade e da igualdade tributária.

A arbitragem aspira, em abstrato, a construir um modo diferente de resolver litígios, através da prossecução de uma justiça diferente; da obtenção de harmonia nos julgados; da resolução de controvérsias não essencialmente jurídicas, embora com efeitos jurídicos.<sup>2</sup>

A arbitragem é o único meio em que a decisão é imposta por um ou vários terceiros imparciais com poderes adjudicatórios, ficando as partes vinculadas à sentença proferida na instância arbitral, à semelhança do que ocorre em um tribunal estadual, e a independência e a imparcialidade desses terceiros

1 PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no Direito Tributário: uma demanda do estado democrático de Direito in **Arbitragem Tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. PISCITELLI, Tathiane, MASCITTO, Andréa e MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.), São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 31.

2 WEBER, Ana Carolina. Imparcialidade dos Árbitros: um exame à luz de precedentes judiciais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Volume II. 2ª Edição. 2008, p. 55-76.

que decidem.

Numa análise superficial, podemos referir que a arbitragem é uma forma de *administração privada de justiça*, onde as partes optam, no âmbito da sua autonomia e liberdade, voluntariamente, que o litígio resolva-se através de um tribunal arbitral, composto por um ou mais árbitros, desde que em número ímpar, para decidir por elas as suas divergências através de uma sentença vinculativa e de cumprimento obrigatório.

A experiência portuguesa, em razão de seu pioneirismo no uso da arbitragem como meio alternativo de solução de litígios fiscais<sup>3</sup> mostra, como resume Tathiane Piscitelli, que assim como em Portugal, no Brasil “a adoção efetiva de métodos alternativos de resolução de conflitos em matéria tributária, mais do que resultar em alívio para o Poder Judiciário, é uma demanda do Estado Social e Democrático de Direito no qual vivemos. Portanto, a reflexão sobre esses temas não deve ser contingencial e guiada pelo excesso de casos no Judiciário. Trata-se de tema que se relaciona com o acesso à justiça e com medidas justas de arrecadação, que podem resultar em redução da desigualdade, pela correta aplicação dos recursos em ações que busquem tal fim<sup>4</sup>.

O surgimento dos meios extrajudiciais de litígios facultou às partes a possibilidade de obterem um modo alternativo de resolução dos seus litígios em várias áreas, como a arbitragem tributária em Portugal; sendo que no Brasil, como pontua Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, que autores renomados vêm abalando os pilares dogmáticos da asserção de que o carácter indisponível do objeto litigioso implica, em si mesmo, a proibição de se recorrer à arbitragem em matéria tributária. “Nesse sentido, Marciano Seabra de Godoi e Leonardo Varella Giannetti defendem que o carácter indisponível do objeto litigioso não implica em si mesmo a proibição de se recorrer à arbitragem, mas sim, a proibição de se proferir uma decisão por equidade, pois esta pode prescindir da aplicação da lei”. Ainda neste sentido, mesmo nossa realidade sendo muito diferente de Portugal, em razão de vários fatores, como, a carga tributária, a quantidade de impostos e taxas dos Entes Públicos, a extensão territorial e até a própria história, o recurso à arbitragem não importa a renúncia ou disponibilidade do crédito tributário, mas a opção por uma via alternativa ou complementar. A manifestação de vontade das partes atua apenas em relação ao meio de reação após a verificação do conflito, podendo a

3 FERNANDES, André Luiz Fonseca e FROTA, Felipe Moreira Souza. Arbitragem Tributária e o Lançamento de Ofício – Uma Perspectiva Acerca do Momento de sua Opção, **Jota**. Publicação de 18.7.2019 (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pautafiscal/arbitragem-tributaria-e-o-lancamento-de-oficio-18072019>)

4 PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no Direito Tributário: Uma Demanda do Estado Democrático de Direito in **Arbitragem Tributária: Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**, PISCITELLI, Tathiane, MASCITTO, Andréa e MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.), São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 124 a 126.

parte fazer sua opção pela via administrativa, via judicial ou via arbitral.<sup>5</sup>

O Direito da Arbitragem é um campo por excelência que demonstra quão importante é o instituto para a resolução de conflitos em muitas áreas, seja a arbitragem do litígio em questões tecnológicas, consumo, seguros, societárias, responsabilidade civil extracontratual, mercado de capitais, energia, informática etc. E ainda internacional privado, que marca desde os primórdios até os dias atuais, indelevelmente, a importância desta figura com previsão legal; e em Portugal com previsão legal e constitucional. Sendo assim, é um instrumento célere e sigiloso de harmonização de interesses entre as partes.

O ordenamento português é explícito nesse sentido, pois constitucionalizou os Tribunais Arbitrais (Constituição de 1976, artigos 202º e art. 209º). Além disso, Portugal permite que, desde que as partes assim convencionem, poderá haver recurso judicial contra a sentença arbitral para um Tribunal Judicial.<sup>6</sup>

A Lei de Arbitragem Tributária Portuguesa (LAT) pretende resolver de forma rápida e simples os conflitos entre os contribuintes e as finanças, reduzindo o número de processos dos tribunais. A arbitragem tributária é desenvolvida por tribunais arbitrais que funcionam no CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa). Os tribunais podem ser compostos por um árbitro — se o contribuinte não indicar um juiz e o valor da causa não ultrapassar 60 mil euros — ou por três árbitros, para os demais casos.

Como aponta Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, “a arbitragem tributária em Portugal vem prosseguindo, de forma exemplar, os três objetivos centrais que lhe foram cometidos, a saber: reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos; imprimir maior celeridade na resolução de litígios em matéria tributária; e contribuir para a redução das pendências nos tribunais tributários, garantindo a prolação de decisões num prazo médio inferior a seis meses após a constituição do tribunal arbitral.”<sup>7</sup>

A arbitragem portuguesa de forma geral, não somente a tributária, é um sucesso, mas que nasceu de muita discussão, de centros de arbitragens administrativos, com debates de como deveria funcionar esse centro de arbitragem, a princípio a forma administrativa, após o resultado positivo e a resolução de litígios como funcionários públicos ligados ao ministério da justiça, da cultu-

5 VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tania Carvalhais. Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. In **A Implementação da Arbitragem Tributária em Portugal**: origens e resultados. Coordenação Tathiane Piscitelli, Ándrea Mascitto, Priscila Faricelli de Mendonça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 35.

6 OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Arbitragem administrativa no Brasil e em Portugal**. 2017, s.n.

7 VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tania Carvalhais. Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. In **A Implementação da Arbitragem Tributária em Portugal**: origens e resultados. Coordenação Tathiane Piscitelli, Ándrea Mascitto, Priscila Faricelli de Mendonça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 35.p. 49.

ra, universidades, contratos administrativos. Assim, o legislador ponderou e respondeu a arbitragem tributária.

No Brasil o caminhar é lento, a exemplo da MP 899/2019 (contribuinte legal), atualmente convertida em Lei número 13.988/2020 (Lei da Transação Fiscal), sendo seu principal objetivo captar recursos por meio da regularização de débitos fiscais e ao mesmo tempo diminuir os conflitos judiciais entre contribuintes e a União, mesmo com previsão no CTN no seu artigo 171, a MP e a Lei levaram cinco décadas para se concretizar.

O Brasil terá desafios imensos para a implementação do instituto discutido em todos os níveis, buscando assim uma legislação que ampare a implementação do instituto, e que decida de forma a extinguir o crédito tributário.

O Código Tributário Nacional trata das normas gerais em matéria tributária, como repartição de competência tributária, os tributos em espécies (impostos, taxas e contribuição de melhoria), a distribuição de receitas tributárias, a obrigação tributária, o crédito tributário e a administração tributária; mas há inexistência de regras gerais sobre processo tributário administrativo e sanções fiscais, o que dá ensejo a uma verdadeira babel federativa quanto a esses temas, buscando no Código de Processo Civil e em leis esparsas o amparo legal.

Os desafios permanecem para conhecer a extensão e a intensidade da independência e imparcialidade dos árbitros envolvendo as decisões arbitrais. Há parâmetros internacionais, transnacionais e de direito estrangeiro que poderão servir de referência para o contexto brasileiro na arbitragem. Todavia, somente a prática e o dia a dia da arbitragem, no âmbito de uma reforma legal da Lei de Arbitragem, com edições pertinentes em matéria de Lei Complementar e Lei Ordinária estarão aptos a solucionarem estes questionamentos em nosso espaço doméstico.

Não há um paradigma pronto, único, sem correções para o Brasil quanto a instituição da arbitragem tributária. O que se pode afirmar é que o paradigma da arbitragem tributária portuguesa tem vingado, portanto deve ser olhado com atenção, observado e tentar entender porque as expectativas foram superadas.

## A Tributação no Brasil e a Arbitragem

Na evolução histórica dos tributos, no Brasil Colonial, estávamos submetidos a um sistema fiscal feudal, constituído de impostos comuns e extraordinários, os quais eram monopólio do Reino<sup>8</sup>.

O dever histórico dos tributos seguiu e sua trajetória é inelutável; a sociedade vai amoldando o direito à justiça, já que inexiste direito atemporal.

Sendo os tributos no Brasil, desde a primeira Constituição Brasileira

8 CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. **Confisco tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

até a última de 1988, somente aumentado pelo legislador constituinte, tanto a quantidade de tributos como suas alíquotas, sem se preocupar muito com a “arrumação” do Sistema Tributário.

Com isso, o Brasil, ao contrário dos países europeus de tradição jurídica romano-germânica, a que pertencemos pela filiação lusa, trazem em suas Constituições alguns princípios tributários, sempre poucos; já a Constituição Brasileira concentra muitos princípios e regras atinentes ao Direito Tributário. Diante de tal realidade, indubitavelmente, somos o país cuja Constituição é a mais extensa e minuciosa em tema de tributação.

Neste caminhar da sociedade houve uma ressignificação do princípio da supremacia do interesse público, decorrente da crítica estabelecida pela doutrina administrativista moderna. O direito brasileiro poderá conviver de forma harmônica com a renúncia às esferas administrativa e judicial. O que não pode é seguir convivendo com este sistema arcaico, ou seja, se o Poder Público poderá transigir ou contratar em matéria tributária.

Diante de toda a evolução histórica e tecnológica, a atuação econômica do Estado em parceria com o particular também acompanhou esta evolução, muitos procedimentos deixaram de ser sindicáveis via Poder Judiciário, e as formas alternativas de solução de conflitos estão se assentando no sistema jurídico brasileiro, estando a arbitragem, a transação e a mediação no eixo destas mudanças<sup>9</sup>, sempre com máximo respeito aos princípios constitucionais aplicáveis.

O Sistema Tributário Nacional deve compreender que não poderá ter uma visão somente jurídica da coisa pública; hoje precisamos ter uma visão econômica.

O Projeto de Lei nº 4.257/2019, que modificará a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, vem com um escopo limitado.

As incitações são inúmeras e de grande complexidade dentro do direito tributário. O fisco atua com muita dificuldade, há pouca recuperabilidade do crédito, ou quase nenhuma, uma massa gigantesca de contribuintes e consequentemente um contencioso ineficaz, muitos créditos de toda a tributação brasileira que são impagáveis.

Como analisa Priscila Faricelli de Mendonça, em seu livro *Arbitragem e transação tributária*, que as lides não estão necessariamente ligadas à existência de um processo judicial; na seara tributária há previsão de um contencioso administrativo, mesmo sem a parte manifestar vontade, o que não ocorre em outras áreas do direito, ou seja, “ambos sujeito ativo e passivo se envolvem involuntariamente na controvérsia atinente ao crédito tributário sem intenção e passam a compor a relação jurídico tributária e suportar os ônus dela decorrentes”<sup>10</sup> e foi nesta seara que em setembro de 2020 nasceu o Projeto de Lei

9 HAMMOUD, Leonardo Rocha. **Arbitragem Tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 114.

10 MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e Transação Tributárias**. 1ª edição.

número 4468/2020, de autoria da senadora Daniella Ribeiro, que pretende criar a “arbitragem especial tributária”, somente no âmbito federal, para dirimir conflitos antes da constituição do crédito tributário, mediante o lançamento tributário ou auto de infração; o qual não contribuirá para a solução buscada que seria o contencioso tributário (administrativo e judicial) existente no Brasil.

É necessário o avanço na edição de Lei para o futuro da arbitragem, desfazendo os nós criados por esta bolha entre interesse público, interesse da fazenda, interesses privados, judiciário, pois o que se vê é a arrecadação do possível, que é baixíssima, somente fazendo cumprir a função imposta, e parcelas absolutamente relevantes ficam de fora; o contencioso brasileiro tem uma seara para se fazer um trabalho melhor.

Ainda neste sentido, a interpretação de Heleno Torres: “Formas alternativas para resolução de conflitos em matéria tributária podem ser desenvolvidas e aplicadas de um modo preventivo, para aquelas situações antecedentes a contenciosos formalmente qualificados, como para as que se encontrem já na forma de lides, servindo de objeto para processos administrativos ou judiciais em curso”<sup>11</sup>.

No entanto, mudanças legislativas se fazem necessárias para que a arbitragem tributária seja viável e efetiva.

O professor Sacha Calmon Navarro Coêlho, em seu livro “Curso de Direito Tributário Brasileiro”, nos ensina que em razão dessa índole brasileira somos conduzidos a três importantes conclusões:

Primeira: os fundamentos do Direito Tributário brasileiro estão enraizados na Constituição, de onde se projetam sobre as ordens jurídicas parciais da União, dos Estados e dos Municípios; Segundo: o Direito Tributário posto na Constituição deve, antes de tudo, merecer as primícias dos juristas e dos operadores do Direito, porquanto é o texto fundante da ordem jurídico-tributária; Terceiro: as doutrinas forâneas devem ser recebidas com cautela, tendo em vista as diversidades constitucionais.<sup>12</sup>

E agasalhando ainda uma arbitragem para o contencioso já formado, na execução fiscal, sendo uma alternativa do sujeito passivo migrar para a arbitragem nos embargos de devedor, conforme prevê no Projeto de Lei do Senado 4.257/2019 de iniciativa do senador Antonio Anastasia, que pretende alterar a LEF - Lei de Execuções Fiscais de número 6.830/1980, com a inclusão dos artigos 16-A a 16-F, de sorte que o executado possa optar pela adoção do

---

Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 47.

11 TORRES, Heleno. Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos entre Administração e Contribuintes – Simplificação e Eficiência Administrativas. **Revista Fórum de Direito Tributário**, ano 1, n. 2, març/abr 2003 (versão digital). São Paulo: Dialética, 2003, p. 8.

12 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 33-34



juízo arbitral mediante uma arbitragem pública, de direito e conduzida por instituição idônea, já que o árbitro é juiz de fato e de direito (artigo 18 da LA).

Em apertada síntese, diante de toda a discussão criada até o momento, por óbvio teremos grandes problemas, quanto ao tempo, qual o momento da opção; quanto ao mérito, analisar-se-á diretamente questões tributárias ou indiretamente, quanto às provas; quanto à abrangência, interna ou externa.

O legislador poderá resolver os problemas das arbitragens tributárias, já que é uma realidade no Brasil, e assim, regulamentar seu procedimento para o acolhimento necessário e como condição obrigatória para justificar todas as posições até o momento discutido dentro do território brasileiro.

A justiça tem que ser tempestiva, para ser efetivamente justa. A arbitragem tributária preventiva e a contenciosa deverá criar um regime que prossiga essa tempestividade. Com isso garante ao contribuinte que tenha uma decisão justa, num tempo razoável, já que é isso que a Constituição determina. O legislador deverá perquirir esses parâmetros dentro deste instituto, com redução das pendências tributárias, fazendo alterações nos projetos legislativos apresentados.

Como bem colocou a doutrinadora Priscila Faricelli de Mendonça, em seu livro “Arbitragem e Transação Tributária”, “que a arbitragem tributária, se mostra a solução adequada a determinadas controvérsias, pois a especialidade dos árbitros pode ser atrativa tanto ao mérito da decisão quanto ao destino da controvérsia, somando-se ainda os benefícios da notória agilidade do julgamento dos procedimentos arbitrais”.<sup>13</sup>

## A Indisponibilidade do Crédito Tributário

A indisponibilidade do crédito tributário é um dos obstáculos apresentado junto aos estudiosos da controvérsia tributária por arbitragem, e na análise do crédito tributário a possibilidade da implantação do regime da arbitragem tributária no Brasil.

Há doutrina no Brasil contrária a arbitragem tributária; fundamenta que é método privado de solução de conflito e que não entende viável que o poder público se submeta a tal forma de solução diante da natureza pública do direito em litígio. De forma diversa, o entendimento de Priscila Faricelli de Mendonça, em seu livro “Arbitragem e Transação Tributária”, é que “o interesse público não é absolutamente indisponível na medida em que prevalece o interesse da sociedade em detrimento do interesse estatal absoluto”.<sup>14</sup>

Ricardo Lobo Torres salienta que “o princípio da supremacia do interesse público gerava a processualidade fundada na superioridade dos interesses da Fazenda Pública. A nova processualidade fiscal pressupõe a crítica vigorosa ao princípio da supremacia do interesse público. Hoje parte importante da doutrina brasileira repeliu a tese da superioridade do interesse público, sepa-

13 MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e Transação Tributárias**. 1ª edição. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 212.

14 Op. Cit. p. 79.

rando o interesse da Fazenda Pública do interesse público. O interesse fiscal é de arrecadar o imposto justo, fundado na capacidade contributiva, uma vez que não basta arrecadar o tributo, é vital que as arrecadações se realizem de forma justa e coerente com os anseios sociais e com as necessidades da máquina estatal”.<sup>15</sup>

Como salienta Priscila Faricelli de Mendonça, que nos termos do artigo 3º do CTN, a indisponibilidade, de fato, é a atividade de cobrança do crédito tributário, e não o próprio crédito tributário. Na mesma linha observa que a competência tributária constitucionalmente outorgada (artigos 153, 154, 155 e 156 da Constituição Federal do Brasil) é indisponível, mas isso não significa dizer que o crédito tributário seria indisponível também.<sup>16</sup>

A possibilidade de dispor-se do crédito tributário encontra-se prevista no CTN, artigos 151, 156, 171 e 180, onde nasce a possibilidade de ser parcelado, remido, transacionado, e até mesmo anistiado; sendo a arbitragem uma figura para a solução do conflito, no caso em comento o conflito fiscal, e sem a participação do judiciário, observando os critérios da legalidade e os parâmetros constitucionais, e que possa abranger a extinção do crédito tributário, regulamentando e alterando o CTN.

O legislador deverá definir os pressupostos de alcance material e processual deste mecanismo de solução de conflito, sendo assim, a indisponibilidade do crédito tributário e a estrita legalidade não impedem a administração de se submeter à arbitragem, que é um meio ágil e especializado, também neutro e imparcial.<sup>17</sup>

A situação atual é a total incapacidade estatal de dirimir com celeridade a integridade de discussões, o que impede inclusive o bom andamento da sociedade e afasta investidores pelo mundo, e ainda, combinada com avançadas concepções de Estado, funções Estatais e Administração Pública, os meios alternativos de resolução de conflitos voltaram a despertar o interesse da sociedade, como bem colocado nas palavras de Ada Pellegrini Grinover: “Esses meios alternativos de solução das controvérsias podem ser extrajudiciais, mas mesmo assim se inserem no amplo quadro da política judiciária e do acesso à justiça: pode-se falar, portanto, de uma justiça não estatal, mas que também não é totalmente privada. Ou seja, de uma *justiça pública não-estatal*”.<sup>18</sup>

Ressalta, ainda, que a arbitragem já se encontra consolidada em diversas áreas da Administração Pública direta e indireta, o que vem de encontro com este estudo, admitindo a regulamentação do instituto arbitragem frente a ad-

15 TORRES, Ricardo Lobo. Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco (ORG.). **Transação e arbitragem n âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 107.

16 MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e Transação Tributárias**. 1ª edição. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 80.

17 Op. Cit. p. 89.

18 GRINOVER, Ada Pellegrini apud ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 43/44.

ministração pública na área dos tributos.

Heleno Torres, “examinando o conteúdo do artigo 150, parágrafo 6º., da CF/88 e o artigo 171 do Código Tributário Nacional, conclui pela legitimidade da adoção do instituto: há muito estamos convencidos da plena legitimidade da adoção de medidas alternativas de solução de controvérsias em matéria tributária, sem qualquer impedimento constitucional ou do Código Tributário”<sup>19</sup>.

Sob este prisma, Heleno Torres, ao analisar a arbitragem tributária, ressalta a importância do estudo da indisponibilidade do crédito tributário “mormente para superar dúvidas com resquícios de preconceitos e legalismo que já não podem prosperar numa tributação fundada no constitucionalismo do Estado Democrático de Direito”.<sup>20</sup>

O que se vê é uma evolução do Direito Administrativo, que espera uma administração pública madura, para um Direito Tributário Democrático, moderno, que afasta as doutrinas clássica e estática e busca novas formas, uma relativização frente a uma nova sociedade apresentada.

## Conclusão

A desjudicialização da justiça está intimamente ligada à arbitragem e a todas as figuras jurídicas das resoluções de conflitos. O Brasil ainda não está avançado nas questões da criação de ‘alternativas’ como Portugal, que é um país que se encontra em um movimento amplo; além de uma desjuridificação (desjudicialização), a deslegalização e, ainda, há uma desregulamentação, já que a arbitragem, como dito anteriormente, é uma realidade na administração, nos tributos, e em grandes áreas negociais que dominam o mercado Europeu, podemos ainda encontrar na lei e nos regulamentos das arbitragens em geral pouco formalismo, custo razoável diante da celeridade que a arbitragem impõe, pois diante de causas de grande complexidade temos árbitros especialistas nas matérias em questão.

A quantidade de execuções fiscais no Brasil é o que se remete à justificativa dos meios alternativos de uma arbitragem tributária dentro do contencioso; o judiciário que está absolutamente incapacitado de dar vazão ao contingente de execuções fiscais.

Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 74% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 91,7%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2017, apenas oito foram baixados<sup>21</sup>.

19 TORRES, Heleno. Apresentação do livro “arbitragem e transação tributárias”. In: MENDONÇA, Priscila Faricelli. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.p.XII. p. XII

20 Ibidem

21 Dados retirados do site: <https://www.editorajc.com.br/eficiencia-processual-e-recuperabilidade-do-credito-tributario>. Acesso: 28/07/2020.

O maior cliente do Judiciário Brasileiro é o próprio Estado. O índice de execuções fiscais que tramitam chega a quase 40% do total das ações, excluindo outras ações de natureza tributária.

A crise enfrentada pelo Judiciário Brasileiro coloca a arbitragem tributária no centro da discussão, somando que a arbitragem entrega uma decisão técnica, diferenciada da decisão judicial, uma vez que os árbitros são especializados para o assunto em questão são escolhidos pelas partes e com alto grau de profundidade da cognição, sendo a sentença específica e qualificada na matéria ali discutida, no caso em questão tributária. A possibilidade de estabilizar a sentença arbitral é muito maior que a judicial. Ela é irrecorrível quanto ao mérito; não há espaço para entender que a sentença é injusta, somente anulação por vícios formais. Funda-se somente em *error in procedendo*, não permitindo a rediscussão do quanto foi decidido, ficando assim imutável a decisão arbitral pela coisa julgada.

Conclui-se que a Arbitragem Tributária se apresenta como meio hábil apto para a busca e pacificação de conflitos tributários, respeitado seus requisitos legais e formais, sendo uma jurisdição exercida por particulares, com autorização do Estado; não há de se falar em qualquer ofensa à Constituição Federal na sua utilização.

## Referências

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem – Lei Arbitragem**. 2ª Edição Voluntária, 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. **Em Torno do Árbitro**. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 28, 2011.

CARVALHO, Gabriela de. **Arbitragem na Administração Pública à Luz dos Princípios Administrativos**. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2017. Relatório apresentado ao Programa de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas. Disponível em: [file:///C:/Users/maxwell/Downloads/Gabriela\\_de\\_Carvalho\\_Arbitragem\\_Administrativa\\_a\\_luz\\_dos\\_Princípios\\_Administrativos.pdf](file:///C:/Users/maxwell/Downloads/Gabriela_de_Carvalho_Arbitragem_Administrativa_a_luz_dos_Princípios_Administrativos.pdf) 10. Acesso: 28/07/2020.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. **Confisco tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil**: teses. São Paulo: Almedina, 2017.

FERNANDES, André Luiz Fonseca e FROTA, Phelipe Moreira Souza. Arbitragem Tributária e o Lançamento de Ofício: uma perspectiva acerca do momento de sua opção. **Jota**. Publicação de 18.7.2019 (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/arbitragem-tributaria-e-o-lancamento-de-oficio-18072019>).

Acesso: 28/07/2020.

HAMMOUD, Leonardo Rocha. **Arbitragem Tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Dos Árbitros. In **Aspectos fundamentais da Lei de arbitragem.** 1ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro Baptista. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros, In **Aspectos fundamentais da Lei de arbitragem.** 1ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARQUES, Daniella. **Brasil é o terceiro país que mais utiliza a arbitragem para solução de conflitos, diz especialista.** Publicação: 11 de Setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cabh.org.br/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-utiliza-a-arbitragem-para-solucao-de-conflitos-diz-especialista/> (Acesso em: 01/11/2019)

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e Transação Tributárias.** 1ª edição. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Arbitragem administrativa no Brasil e em Portugal. Aproximações, diferenças e perspectivas entre os dois países.** Disponível em [http://www.camaraportuguesa.com.br/conteudo.asp?pag=noticias&id\\_noticia=-21706](http://www.camaraportuguesa.com.br/conteudo.asp?pag=noticias&id_noticia=-21706) (Acesso em: 29/10/2019)

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Arbitragem administrativa no Brasil e em Portugal.** Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/16338> (Acesso em: 27/10/2019)

OLIVEIRA, Larissa Gomes. **Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996). A importância da convenção arbitral e seus efeitos.** Disponível em: <https://laholiveira.jusbrasil.com.br/artigos/187524378/lei-de-arbitragem-lei-n-9307-1996-a-importancia-da-convencao-arbitral-e-seus-efeitos> (Acesso em: 28/10/2019).

PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no Direito Tributário: uma demanda do estado democrático de Direito. In **Arbitragem Tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa.** PISCITELLI, Tathiane, MASCITTO, Andréa e MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.), São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TORRES, Heleno. Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos entre Administração e Contribuintes – Simplificação e Eficiência Administrativas. **Revista Fórum de Direito Tributário**, ano 1, n. 2, març/abr 2003 (versão digital). São Paulo: Dialética, 2003.

VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tania Carvalhais. Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. In **A Implementação da Arbitragem Tributária em Portugal: origens e resultados.** Coordenação Tathiane Piscitelli, Andrea Mascitto, Priscila Faricelli de Mendonça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

WEBER, Ana Carolina. **Imparcialidade dos Árbitros: um exame à luz de precedentes judiciais.** Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume II, 2ª Edição, 2008.

# ACESSO À JUSTIÇA E MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ONLINE: UM ESTUDO DO CENÁRIO PANDÊMICO

Oswaldo Caetano Neto

Ana Paula Dantas de Moraes  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

## Resumo:

A cultura da judicialização dos conflitos no Brasil é possivelmente um dos maiores problemas que assola o judiciário, uma vez que causa impactos diretos na sociedade, tais quais morosidade na prestação jurisdicional e inefetividade do acesso à justiça. É certo que o cenário pandêmico aumentou os conflitos sociais, causando, conseqüentemente, aumento na procura de soluções para esses conflitos, mas desta vez, sob a roupagem da tecnologia. Com o estado pandêmico durante o ano de 2020, sem a possibilidade de encontros físicos, as ferramentas online ganharam mais força, estimulando o judiciário e outras plataformas a se modernizarem e garantirem uma prestação efetiva e eficaz na solução de conflitos. Diante deste cenário, o presente trabalho de pesquisa consistiu em demonstrar como os métodos de resolução de conflitos online corroboraram ao acesso à justiça e, conseqüente, à celeridade processual e desafogamento do Judiciário.

**Palavras-chave:** Métodos Alternativos de Resolução de Conflito Online; Acesso à Justiça; Covid-19.

## Introdução

O Estado Brasileiro, visando garantir aos seus cidadãos um acesso à justiça efetivo, passou a se modernizar, criando novos mecanismos para a resolução de conflitos. Dentre estes, em 2010, por meio da Resolução 125, o CNJ instituiu a Política Nacional de Conciliação. Em 2014, intermediada pela EC 45/2004, o fomento aos processos eletrônicos passou a ser adotado. Agora, em 2020, em razão da pandemia COVID-19, os tribunais se viram obrigados a modernizarem-se, adotando ferramentas eletrônicas para facilitar o processo e a resolução de conflitos.

Nesse interim, audiências de instrução e mesmo julgamentos passaram a

ser feitos virtualmente, por meio de plataformas online. Por outro lado, quanto aos métodos alternativos de resolução de conflitos, o próprio CNJ passou a recomendar a adoção de meios online para a realização de mediação e conciliação em fase pré-processual. E mesmo que não esteja diretamente relacionado com o cenário pandêmico, vale mencionar o próprio “CNJ - Mediação Online”, uma das ferramentas atuantes na situação em específico.

Mas não apenas de órgãos da Administração Pública que este estímulo veio. A plataforma Mediação Online (MOL) disponibilizou seus serviços gratuitamente aos TJ's do Brasil, seguindo os preceitos da campanha “A Justiça Não Vai Parar”, bastando que os tribunais se cadastrassem na plataforma.

E para além das plataformas vinculadas aos tribunais, existem diversas outras que se dedicam ao mesmo fim: forma consensual e online na resolução de conflitos.

Esse tipo de medida alternativa é de demasiada importância, porquanto garante diversos direitos fundamentais, tais quais o acesso à justiça, a razoável duração do processo legal e, mesmo, a dignidade da pessoa humana, baluarte do Estado Democrático de Direito.

Posto o plano de fundo, o problema que irá permear o desdobramento do trabalho é o atual estado de desenvolvimento dos métodos alternativos de solução de conflitos online no Brasil, especialmente durante o período pré e pós COVID-19, associando-o ao acesso à justiça e as principais diretrizes desse direito-dever.

Para tanto, o método adotado para proceder à presente pesquisa será o dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográficas, e análise de dados essencialmente qualitativos e quantitativos.

## **Acesso à Justiça**

De início, partindo de uma análise ao vernáculo “acesso ao judiciário”, este foi o termo usualmente utilizado como sinônimo ao direito conferido pelo Estado, aos seus súditos, de buscarem a máquina pública a fim de terem garantidas as suas pretensões.

Na Constituição Brasileira de 1988, este direito se manifesta através do artigo 5º, inciso XXXV, o qual garante a inafastabilidade do judiciário de qualquer ameaça ou violação de direito. Desta forma, a leitura que se dava era em torno de garantir o direito de ação aos indivíduos.

A jurisdição, vista como dever do Estado, é imprescindível ao regime democrático, (ditaduras guardam a característica de aversão ao direito à jurisdição). Através do direito à jurisdição é que o sujeito de direitos se dignifica, garantindo-se perante os demais particulares e o Estado (ROCHA, 1993, p.50/51). No mesmo sentido, Mendes (2017, p.406/407) discorre sobre a importância de se garantir o direito de ação em um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, disposto a garantir os direitos humanos.

Com o monopólio estatal sobre o poder coercitivo e a proibição da autotutela, o dever do Estado em garantir meios de concretização destes direitos se mostrou óbvio (MARINONI, 2018, p.809/810), e a busca ao judiciário, durante longo período, parecia a única opção.

Apenas durante o século XX, notadamente no período pós guerras, a confusão entre o acesso à justiça e a mera garantia formal de acesso ao judiciário se mostrou inverídica (MILLON, 2007, p.33/35). O entendimento meramente proclamatório, aferido durante os séculos XVIII e XIX, foi superado em razão de uma nova leitura, a qual interpretava o acesso à justiça como direito- dever do Estado perante aqueles sob sua proteção jurídica (CAPELLETTI, GARTH, 1988, p.10/11).

Dentre os fundamentos da nova leitura, a efetividade se mostrou como ponto diretamente relacionado à sua interpretação. O acesso à justiça deve ser efetivo, e assim garantir a solução do conflito da melhor maneira possível.

Neste ponto, limitar o acesso à justiça como “acesso ao judiciário”, acabariamos por gerar enorme problema referente à efetividade das soluções de conflitos. O problema do acesso ao judiciário como único meio de acesso à justiça pode encontrar diversas barreiras, as quais obstam um acesso efetivo à tutela jurídica.

Dentre estas diversas barreiras, podemos encontrar as questões econômicas envolvendo o processo. Como a incompatibilidade entre o custo do feito e dos direitos ali discutidos. Muitas vezes, o custo dispendido pela máquina pública para dar seguimento à ação é muitas vezes maior que o valor da causa (CAPELLETTI, GARTH, 1988, p.15/21).

Também há de se citar um problema tocado por Giasseti (2019, p.7), ao se referir à morosidade dos processos judiciais. A autora demonstra como o tempo excessivo de um processo, na realidade brasileira, macula a prescrição constitucional trazida no artigo 5º XXXV da Constituição Federal. Mendes (2016, p. 406/407) também tece comentários sobre o tema, inclusive, com referência à Emenda Constitucional 45/2004, explanando a necessidade de uma tutela jurídica efetiva e de duração razoável.

Também existe determinada barreira denominada “disponibilidade das partes”. Neste ponto, há de se observar a isonomia que paira sobre os sujeitos litigantes. A mera igualdade formal que faz do judiciário aberto a receber litígios de todas as pessoas, ainda assim, não garante que todos têm a mesma condição de ingresso. Há determinados sujeitos sem as condições financeiras para movimentarem uma ação, se defenderem dela ou mesmo entenderem como se dá seu funcionamento (CAPELLETTI, GARTH, 1988, p.22/24).

Exercer o direito à jurisdição é buscar os órgãos competentes, mas para isso, o povo deve ter conhecimento deste direito, principalmente como um dever estatal, e o seu exercício como faculdade do regime democrático, sem qualquer visão precipitada de que a perquirição de seus direitos signifique o prejuízo de terceiros (ROCHA, 1993, p.34/35).

Inclusive, é neste ponto que Nery Jr. (2008, p.234 e 257) comenta a im-



portância da assistência judiciária gratuita em relação ao acesso à justiça. Nas palavras do autor, a garantia constitucional da assistência operacionaliza o chamado direito de ação trazido no inciso XXXV da Constituição Federal.

Deste modo, a nova interpretação quanto ao acesso à justiça corroborou com maior adoção de métodos de resolução de conflitos alternativos (ou adequados). O judiciário se fez apenas um dos caminhos para efetivação de direitos sob ameaça ou violação, e a propagação de novos métodos serviu para que estivessem à disposição dos sujeitos mais opções de efetivação de sua dignidade humana.

## **Métodos Alternativo de Resolução de Conflitos Online e a Pandemia do Covid-19**

Considerando a dificuldade que o cidadão brasileiro encontra para ter um acesso adequado à justiça e o tempo desgastante que um processo leva para ter uma decisão concreta e aceita por ambas as partes, pessoas físicas e jurídicas passaram a procurar por métodos alternativos de resolução de conflito, na maioria das vezes, online, a fim de resolver seus litígios de uma maneira mais rápida e eficaz, em comparação ao Judiciário.

Em contraponto com o processo, os métodos alternativos entraram para as resoluções de conflito, normalmente chamados, em inglês, de ADR's (Alternative Dispute Resolution) e ODR's (Online Dispute Resolution). Em suma, são eles:

A negociação: Comunicação preparada e estruturada voltada à persuasão diretamente entre as partes, o negociador auxiliará as partes a focarem em interesses e não em criar mais litígio.

A mediação: Método pelo qual as partes são as protagonistas da solução, auxiliadas por um terceiro mediador que facilita a comunicação entre elas. O mediador deve ser imparcial.

A conciliação: Método aonde o ideal para as partes é resolver situações passageiras e de pouco valor. O conciliador, poderá sugerir soluções.

A arbitragem: Método alternativo ao judiciário, no qual há delegação de jurisdição, nos termos da lei 9307/96, pois as partes, com base em sua vontade, transferem a jurisdição aos árbitros. A Lei 9307/96 foi alterada em alguns aspectos no ano de 2015 pela lei 13129/2015, que atualmente rege os 4 métodos.

Estes são utilizados como opções para chegar a um acordo entre as partes sem necessariamente ir a uma audiência processual, ou seja, evita que as partes cheguem até um conflito

jurisdicional, que, até então, durariam de 4 a 7 anos no judiciário. Os métodos alternativos, em compensação, levam em média de um mês a um ano para resolver um litígio.

Esses métodos foram aceitos após, em 2010, a resolução 125 do CNJ (STJ, 2010) abordar tal tema, que vem crescendo diariamente nos diversos

instrumentos que o sistema judiciário nos permite.

As cláusulas arbitrárias, por exemplo, passaram a estar presentes em muitos acordos milionários no Brasil, pelo simples motivo das resoluções alternativas de conflitos serem mais eficazes que o próprio sistema judiciário, em relação ao tema e como abordam tais soluções sem impactar no futuro das partes.

Apesar dos métodos alternativos serem mais caro que os processos judiciais, o tempo compensa o valor. Entretanto, não podemos esquecer que algumas pessoas não possuem internet ou aparelhos tecnológicos e, por esse motivo, não puderam ou podem participar de audiências nestes moldes, novamente gerando discussões sobre o acesso à justiça. Em muitos casos, só se tem acesso aos métodos alternativos aqueles que possuem recurso financeiro, distanciando cada vez mais os pobres do acesso à justiça, um problema que, segundo constituição brasileira, art.5º, inc. XXXV, não deveria ser um impasse, mas sim uma solução.

Os métodos alternativos de resolução de conflito online ganharam ainda mais visão após o início da pandemia do Coronavírus. Segundo Melissa Gava (2020), CEO da empresa MOL, em sua palestra na Lawtech Conference 2020, disse que a MOL passou a inovar o mundo jurídico após a pandemia do Covid-19, onde muitos processos ficaram parados no judiciário e, por conta do isolamento social, muitos prazos que já são de 15 dias uteis, se tornaram de dois meses para mais. Desta forma, donos de empresas e até mesmo casais passaram a optar por resolução de litígio de uma forma mais rápida e eficaz, por meio de acordos que fossem interessantes para ambas as partes, de maneira virtual.

Segundo Wolkart e Becker (2019, p.116/117), o advento da internet e sua utilização em ambientes de resolução de conflito trarão uma quarta onda de acesso à justiça, cujos efeitos exponenciais poderão ser previstos através de análise não limitada a “como melhorar o sistema” mas também em “como melhorar a forma como o sistema funciona em si”.

Os autores (WOLKART; BECKER, 2019, p.117) citam três motores para este movimento e, relacionando os conceitos de Ethan Katsh com Richard Susskind, adiciona um quarto motor, são eles: a transição espaço físico para o virtual; automatização do processo decisório; fim da confidencialidade para utilização dos dados na resolução de futuros conflitos; e o acesso informatizado à informação jurídica.

Todos como fatores da mudança exponencial que está a acontecer na seara da resolução de conflitos, tanto em relação ao Judiciário como aos métodos alternativos.

A COVID-19 foi responsável, no Brasil, pela paralização do Judiciário desde março de 2020, tornando-se inviável que encontros presenciais fossem possíveis para resolver litígios. Deste modo, foi editada Resolução nº 322, do dia 1 de junho de 2020, na qual o CNJ decidiu que:

Será preferencialmente mantido o atendimento virtual, adotando-se o atendimento presencial apenas quando estritamente necessário.

Com isso, os tribunais passaram a adotar plataformas virtuais para possibilitar a continuidade dos trabalhos. À medida em que as audiências e sessões de julgamento migraram de ambiente, outros métodos de resolução de conflitos online também se popularizaram, como o MOL (Mediação Online), utilizado pelos próprios tribunais (SANTOS, 2020). Neste ponto, interessante trazer o exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual realizou notável trabalho em organizar uma ambiente em que as próprias partes envolvidas poderiam solicitar sessão de conciliação online, sem processo judicial, através das plataformas Methis e Webex, inclusive com a possibilidade de atendimento especial para causas empresariais (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Em mesmo sentido, o Tribunal também cuidou de possibilitar o protagonismo das partes no Juizado Especial, organizando informações sobre quando e como ingressar com ação naquela esfera, fornecendo, inclusive, modelos de petição para o ingresso. Vê-se, com certa clareza, a atuação de alguns dos motores citados anteriormente dentro da Justiça Gaúcha (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Em que pese os já conhecidos aspectos negativos trazidos pela pandemia, inevitável observar que esta trouxe bons frutos, visto ter acelerado, por exemplo, a modernização do Poder Judiciário. A campanha “A justiça não vai parar”, composta por conjunto de ações a nível nacional, a fim de manter a continuidade do Judiciário, foi um grande passo para tal atualização, inclusive. Ademais, claramente passou a ser dada maior importância à internet, que, além de estimular métodos alternativos de resolução de conflitos online, hoje é considerada direito humano, segundo a ONU.

Segundo Giassetti e Vieira (2020, p.30):

De acordo com o relatório intitulado “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), considerado como fonte de estatísticas do Poder Judiciário, no qual organiza as informações dos 90 tribunais brasileiros, no relatório de 2019 (ano-base 2018), tem-se que o Poder Judiciário findou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, sendo que 14,1 milhões encontravam-se suspensos, diferentemente do ano anterior no qual haviam mais de 80 milhões de processos. Por conseguinte, os meios alternativos de resolução de disputas online, revelam-se fundamentais, potencializando uma nova perspectiva de acesso à justiça eficiente, com a capacidade de diminuir o número de processos existentes em virtude desse cenário litigante.

Sobre as ODR's, em especial, a pandemia contribuiu para o crescimento de sua utilização, porquanto, em razão do isolamento social, passaram a ser mais fomentados e necessários, segundo a associação brasileira de Lawtechs e Legaltechs (2020).

## **Conclusão**

Ao relacionarmos o acesso à justiça e o aumento na utilização de méto-

dos alternativos de resolução de conflitos, temos demonstrado a nítida contribuição destes outros métodos à validação do preceito definido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Brasileira.

O aumento da popularização desses métodos, e os constantes trabalhos e políticas públicas no sentido de promover este resultado, corroboraram ao aumento de possibilidades de resolução de conflitos, e consequentemente um maior acesso à justiça.

Durante o período pandêmico em específico, a inovação veio através do uso da internet como canal de comunicação, diminuindo certas barreiras causadas pela distância. A utilização e divulgação de plataformas como a MOL superaram alguns obstáculos postos pelo desconhecimento, sem, contudo, olvidarmos os desafios decorrentes do próprio acesso à internet.

Por fim, o judiciário, pós pandemia, demonstra indícios que será mais adepto ao mundo tecnológico, pois, mesmo que finde o cenário fático, motivo original das mudanças, a modernização do sistema e da sua forma de funcionamento apenas integram um conjunto de evoluções exponenciais promovidas pela tecnologia e catalisadas pela pandemia.

## Referências

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 15 set. 2020

BRASIL. **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. Conselho nacional de justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 15 out. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015. Tradução: Ellen Gracie Northfleet.

GAVA, Melissa. **A Justiça não vai parar.** 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-justica-nao-vai-parar-08042020>. Acesso em: 08 abr. 2020.

**O futuro da resolução de conflitos no Brasil e no Mundo.** Brasil: Startse, 2020. 32 slides, color. Slide disponibilizado em sua palestra no “Lawtech Conference 2020” organizado por StartSe em plataforma virtual.

GIASSETTI, Maria Clara. **Acesso à Justiça: métodos alternativos de solução de conflitos e a morosidade estatal.** 2019. p. 111 a 122. Disponível em: <https://www.cidhcoimbra.com/publicacao-de-artigos>. Acesso em: 20 set. 2020.

GIASSETTI, Maria Clara; VIEIRA, Leonardo Marques. **A resolução de disputas online e os reflexos originados pela pandemia.** 2020. Formas tecnológicas de solução de conflitos - I. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/2020/09/confira-os-livros-publicados-por-ocasio-do-i-congresso-internacional-de-direito-e-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 08 out. 2020.

GUSMÃO, Braulio. **Transformação Digital da Justiça Nacional.** Brasil: Startse,

2020. 17 slides, color. Slide disponibilizado em sua palestra no “Lawtech Conference 2020” organizado por StartSe em plataforma virtual.

LEGALTECHS, Associação Brasileira de Lawtechs &. **ODR: uma experiência positiva em soluções de conflitos em meio a pandemia.** 2020. Disponível em: <https://ab2l.org.br/odr-uma-experiencia-positiva-em-solucoes-de-conflitos-em-meio-a-pandemia/>. Acesso em: 09 set. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Cap. 5. p. 797-863.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais em espécie: direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 12. ed. São Paulo: São Paulo, 2017. Cap. 4. p. 255-664.

MILLON, Lara Vanessa. **Princípio da dignidade da pessoa humana e acesso à justiça. Dissertação (Mestrado em Direito)** - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1192>. Acesso em: 17/11/2020.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Juizado Especial Online.** 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/institucional/1o-grau/juizados-especiais/form-jesp-online/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

**TJRS aprimora CEJUSC virtual para atender a população.** 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/tjrs-aprimora-cejusc-virtual-para-atender-a-populacao/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **As Garantias do Cidadão na Justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-52.

ROSA, Persio Thomaz Ferreira. **A Covid-19 e os métodos alternativos de resolução de disputas:** atores sociais deveriam ver a via jurisdicional como última alternativa, e não como meio ordinário de solução. Atores sociais deveriam ver a via jurisdicional como última alternativa, e não como meio ordinário de solução. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-covid-19-e-os-metodos-alternativos-de-resolucao-de-disputas-11042020>. Acesso em: 15 set. 2020.

SANTOS, Samuel Duarte dos. **Plataforma ampara tribunais na continuidade das conciliações na pandemia:** Divinópolis: exemplo de uma comarca no interior de mg demonstra que autocomposição por meio virtual não é um ceticismo. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/plataforma-ampara-tribunais-na-continuidade-das-conciliacoes-na-pandemia-23062020>. Acesso em: 11 set. 2020.

STF, Notícias. **EC 45/2004 trouxe mais transparência e eficiência ao sistema judiciário brasileiro.** 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>

portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393561. Acesso em: 08 set. 2020.

WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Da Discórdia analógica para a Concórdia digital. In: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni (org). **O advogado do amanhã**: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Cap. 6. p. 109-123.

# A ARBITRAGEM COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO SER HUMANO

**Fabrizio Bon Vecchio**

Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrando em Direito. Advogado

**Fernanda Ulysséa Pereira**

Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestranda em Direito. Gerente Jurídica

## **Resumo:**

A debilidade do Poder Judiciário em responder adequadamente às demandas que lhe são propostas faz surgir a necessidade de se apostar em outros mecanismos mais céleres de (re)solução de conflitos, tais como a arbitragem. Traduz-se em verdadeira afronta aos Direitos Humanos a forma morosa com que o judiciário trata o dia a dia das ações judiciais, fazendo com que inúmeros processos tramitem por tempo muito além do que seria necessário. O presente artigo tem como objetivo principal a análise de casos judiciais e demandas que buscaram a via da arbitragem. Através do método comparativo, pretende-se traçar as principais diferenças entre o processo judicial e a arbitragem, sobretudo no que tange ao fluxo temporal e à eficácia no cumprimento das sentenças. Referida pesquisa visa, precipuamente, a análise das mudanças de paradigma, colhendo informações por meio de acesso a bancos de dados e pesquisa bibliográfica, bem como consulta à legislação pertinente.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça; Arbitragem; Conflitos; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos.

## **Introdução**

O Estado é organizado em três poderes para que possa, efetivamente, conquistar a pacificação social, sendo por meio do Poder Judiciário que se têm importantes instrumentos para conquistar essa finalidade, tais como a jurisdição<sup>1</sup>. A contemporaneidade e o reconhecimento de direitos fundamentais das mais diversas gerações passaram a ampliar suas tutelas e, ao mesmo tempo, a exigir do Poder Jurisdicional Estatal soluções para as angústias trazidas pelo avanço desenfreado das novas tecnologias, instrumentos que chegam

1 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64-72. Livro eletrônico.

a uma velocidade exponencial.

Entretanto, o Poder Judiciário enfrenta grave crise provocada pelo alto número de demandas que lotam as varas judiciais e os tribunais do nosso país, inviabilizando a celeridade processual e a adequada resposta ao caso concreto. A morosidade do julgar e desenrolar do processo faz com que o “tempo do processo” não seja mais o mesmo (ou nunca o foi) condizente com o tempo das relações entre partes, ainda mais na era da tecnologia, em que se podem realizar transações financeiras em segundos, por exemplo. Consoante a isto, claramente também passamos a perceber o tempo de forma diferente, inconscientemente buscamos soluções e situações que se resolvam de forma muito mais rápida do que outrora eram solucionadas.

A sociedade está finalmente despertando para o fato de que a submissão de sua pretensão ao judiciário não possibilita uma resposta imediata, tampouco lhe assegura uma decisão eficaz para o litígio. As diversas mudanças sociais e o reconhecimento de direitos fundamentais das mais diversas gerações passaram a ampliar as tutelas da sociedade e, ao mesmo tempo, exigiram do Estado soluções para essas angústias, fazendo surgir novas formas de resolução de conflitos, como a Arbitragem<sup>2</sup>.

E cumpre ressaltar que a escolha da arbitragem pelas partes, ao invés da jurisdição, não afronta o princípio constitucional previsto no art. 5.º, XXXV, da Carta Magna (princípio da inafastabilidade da jurisdição). Isso porque o direito de ação é disponível, a depender do interesse da parte<sup>3</sup>. O instituto da arbitragem desenvolve-se a partir do anseio de uma solução para o conflito entre partes, utilizando-se de um terceiro imparcial, dividindo “espaço com a tutela jurisdicional do Estado, que chama para si o poder de dizer o direito”<sup>4</sup>.

O procedimento da arbitragem permite que as decisões sejam tomadas com rapidez, trazendo economia financeira para as partes. A economia, além de financeira, passa também a ser temporal, no sentido em que vários graus recursais são suprimidos para que seja emitida uma decisão definitiva.

Além disto, o procedimento arbitral conta com julgadores (árbitros) escolhidos pelas partes, de acordo com o seu ramo de conhecimento, não possuindo estes uma interminável quantidade de processos a serem julgados. Os

2 SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem**: um caminho para a crise do Judiciário. São Paulo: Manole, 2005. p. 03-06. Livro Eletrônico.

3 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: MÉTODO, 2015.p. 84. Livro eletrônico

4 Nesse sentido: “O monopólio da jurisdição é o resultado natural da formação do Estado, que traz consigo consequências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros, afastou definitivamente a possibilidade de reações imediatas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses. Para o segundo, o monopólio criou o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, a qualquer pessoa que o solicite”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos Tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: STRECK, Lenio Luiz; Morais, José Luiz Bolsan de; BARRETO, Vicente de Paulo... [et al.] (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 102-103.



árbitros, ao contrário dos magistrados, não necessitam bater metas em tempo exíguo, além de não contarem com órgão regulador, como - no caso do Brasil - o Conselho Nacional de Justiça, para o qual se deve prestar contas de sua produção. No caso do judiciário, geralmente a produtividade é medida por critérios meramente quantitativos e temporais, deixando sempre em segundo plano (ou não sendo sob nenhum aspecto levada em conta) a qualidade ou eficácia das decisões e sentenças que, em sua grande maioria, são alvo de recursos ou não atendem sob muitos aspectos o objetivo pretendido.

Diante deste cenário - que nada tem de animador -, a arbitragem passa a ter um protagonismo cada vez maior, na medida em que o judiciário tem suas demandas aumentadas com o passar do tempo, emitindo decisões cada vez mais questionáveis, seja do ponto de vista da celeridade ou da própria relação fática com o caso concreto. Este protagonismo leva ao aumento do interesse por uma solução distinta, provocando a análise, por parte de pessoas jurídicas e físicas, de qual seria o melhor meio para a solução de litígios, caso venham a se concretizar.

O que se deve levar em conta é que esta escolha - anterior ao próprio surgimento de qualquer litígio - necessita ser pensada e eleita pelas partes de forma racional e objetiva, no sentido de aplicar o tão buscado binômio: celeridade-especialidade. Muitas das vezes, as partes não preveem a escolha do método pretendido para a solução de conflitos, por desconhecer que a arbitragem pode ser a melhor forma para determinado tipo de caso.

Surge, assim, outro problema relacionado diretamente à falta de cultura ou à mera inexistência de difusão de métodos de solução de conflitos alternativos em nossa sociedade, pois grande parte das pessoas - e até do mundo corporativo - desconhece por completo o instituto da arbitragem, ou crê que seja ele demasiado custoso e inacessível.

Existe uma necessidade premente de se investir na difusão cultural de que problemas e conflitos não são exclusivamente resolvidos via Poder Judiciário. Ainda, de levar ao conhecimento da sociedade que existe uma segunda via, uma opção que pode ser muito mais rápida e barata para a solução de grande parte dos litígios que abarrotam o Poder Judiciário - os quais poderiam não ser judicializados caso a arbitragem tivesse sido previamente escolhida.

A sociedade está acostumada à cultura da litigiosidade, conformada com o número interminável de recursos e instancias a que as demandas estão sujeitas e acomodada com o tempo que certamente fluirá para que as lides sejam concluídas.

Há que se investir e difundir, em todas as esferas, o instituto da arbitragem como forma de desafogar o judiciário, de diminuir as tensões geradas pelas ações judiciais, de buscar a celeridade processual e, finalmente, de garantir que o caso seja analisado de forma a respeitar os fatos, provas e, principalmente, as partes envolvidas.

## O acesso à justiça e a arbitragem como direito fundamental

O acesso à justiça tem sido tema recorrente desde que o homem passou a buscar a tutela do Estado para a solução de seus litígios. Desde muito se tem notícia da dificuldade encontrada para satisfazer as pretensões das partes no âmbito judicial, seja pelo custo do ingresso no judiciário, seja em face da morosidade dos processos judicializados.

A busca por justiça, ou pela solução de litígios corriqueiros, não pode, por si só, importar em um problema temporal, de modo que a solução não tenha mais sentido ou tenha sua eficácia em muito reduzida pelo decurso do tempo. O judiciário, em grande parte das vezes, acaba por não alcançar eficácia alguma, seja pela inexecuibilidade de suas decisões ou por perda de interesse ou do objeto.

Quem busca o judiciário espera ter uma resposta satisfatória para seus problemas dentro de um lapso temporal razoável, sendo inadmissível que a resposta venha quando o problema já não tem mais a importância que tinha quando de sua motivação inicial. É possível comparar referida ansia, em menores proporções, com a do réu acusado de forma indevida, que almeja um julgamento célere da demanda a fim de que seu caso seja o quanto antes elucidado, para que volte a ter tranquilidade em sua vida.

Além dos problemas acima expostos, há casos em que as partes ficam sujeitas a magistrados que se veem diante de dilemas que abarcam matérias as quais não possuem qualquer conhecimento ou domínio, quanto mais especialidade suficiente para lidar com questões, que não raro, comportam extrema dificuldade e complexidade. Ora, como esperar uma solução equilibrada ou um julgamento justo e equânime se os próprios julgadores não possuem a mínima proximidade com os assuntos tratados ou, em muitas vezes, sequer tiveram contato com casos semelhantes? Nestes casos, indubitavelmente, seria muito mais prudente e seguro que o julgador fosse um profissional especializado, selecionado através de sua formação, preparo e intimidade com a matéria que está sendo alvo de julgamento.

O sistema de arbitragem procura, sobretudo, tratar todas as demandas com especialidade, imbuindo economia temporal aos litígios, vez que raramente os árbitros estão envolvidos em incontáveis demandas e casos - situação esta que afastaria a possibilidade de solução adequada para qualquer conflito.

O instituto da arbitragem desenvolve-se a partir do anseio de uma solução para o conflito entre partes, utilizando-se de um terceiro imparcial, dividindo “*espaço com a tutela jurisdicional do Estado, que chama para si o poder de dizer o direito.*”<sup>5</sup>

Importante salientar que a escolha pela arbitragem, por si só, já demonstra o interesse dos envolvidos em verem o litígio solucionado de forma técnica

5 SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem**: um caminho para a crise do Judiciário. São Paulo: Manole, 2005. p. 06. Livro Eletrônico.

ca e célere, abrindo mão da utilização de artimanhas judiciais que prolonguem um desfecho final, situação geralmente não confortável para quaisquer das partes.

Cumpre salientar que a Lei da Arbitragem incentivou à composição do litígio por iniciativa das próprias partes:

A Lei de Arbitragem 9307, de 23.09.1996, surgiu na esteira desta tendência e fornece, priorizando a autonomia de vontade das partes em sede de direitos disponíveis, meios e instrumentos processuais adequados para permitir a sua utilização de forma plena. Em regra, esta forma de resolução de conflitos não conta com a interferência do Estado-juiz, e somente se exerce nas hipóteses autorizadas pela lei de regência<sup>6</sup>.

Nesse sentido, pode-se perceber a importância que o princípio da autonomia da vontade adquiriu no direito brasileiro, principalmente pelo fato de que, se não houver ofensa às normas de ordem pública, pode-se afastar a jurisdição brasileira para a apreciação de casos em que as partes contratantes, fazendo uso dessa autonomia, elejam foro especial (e estrangeiro) para solucionar as controvérsias que eventualmente surgirem do contrato celebrado.

## Diferenças entre a arbitragem e o processo judicial

O procedimento da arbitragem não possui a rigidez de um processo judicial, não se submetendo ao âmbito dos intermináveis recursos em graus superiores, contando os árbitros com a infraestrutura imprescindível para que suas decisões sejam tomadas com rapidez.

A adoção da cláusula arbitral nos contratos, por exemplo, é uma ferramenta de incentivo econômico para tentar reduzir os custos de transação que estão relacionadas com a prestação judicial. Ela pode favorecer o efetivo cumprimento do contrato para que haja ganhos sociais na relação comercial havida entre as partes. Ainda, serve também como um incentivo para que não haja problemas que possam vir a levar ao descumprimento de cláusulas pactuadas. Em razão desta informalidade do procedimento arbitral, a presença ou não de advogado ou representante fica a critério das partes conflitantes (parágrafo 3º, do art. 21). Entretanto, se faltosa a parte em audiência, deverá o árbitro avaliar a justificativa da mesma para tal. A emissão da sentença possui o prazo de 06 (seis) meses a contar da data de instituição da arbitragem (art. 23 da lei). A lei é omissa no que tange a prescrição<sup>7</sup>.

Os requisitos obrigatórios da sentença arbitral estão instituídos pelo art. 26 da Lei da Arbitragem, e caso alguns destes sejam inexistentes, a sentença

6 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Breves comentários do código de processo civil**. 1. Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 24. Livro eletrônico.

7 BONATO, Maria Dorneles; BEDIN, Barbara. A arbitragem como meio extrajudicial de soluções de controvérsias no Brasil. **Revista do Curso de Direito da FSG**. Caxias do Sul. Ano 5, n 10, jul./dez, 2011. p. 209.

pode ser evitada de nulidade. A flexibilidade do procedimento e a diligência do árbitro estão lado a lado para se conseguir uma sentença justa.

Para a adoção do juízo arbitral, deverão às partes convencionar mediante cláusula compromissória ou mediante compromisso arbitral. Assim, como estabelece o art. 21 da Lei n.º. 9307/96, somente após estas prerrogativas, as partes poderão reportar-se às regras de um órgão arbitral. Esta cláusula deve ser ajustada por escrito, no próprio contrato ou em documento apartado, pois é um requisito formal de validade e é suficiente para fazer nascer direito, pretensão e ação à constituição do compromisso arbitral.

Ainda, as partes podem instituir, em cláusula, a arbitragem *ad hoc* ou se remeterem às regras de alguma entidade especializada. É importante ressaltar que essa cláusula detém autonomia em relação às demais avenças pactuadas no contrato, ou seja, a invalidade do contrato não determina, obrigatoriamente, a invalidade da cláusula arbitral. Nesse sentido:

O estudo ainda demonstra que arbitragem tem grande eficiência nos casos empresariais, onde proporciona uma isonomia entre as partes. Tendo os contratos uma cláusula compromissória, fica vislumbrado um justo julgamento em caso de litígio, o que nos parece ser de extrema importância no cumprimento das regras contidas na relação de consumo objetivada<sup>8</sup>.

Uma das razões para a adoção da cláusula arbitral é a redução dos custos de transação relacionados à prestação jurisdicional. As partes que convencionam a inclusão de cláusula em contrato, mantêm a possibilidade de regular o ambiente a que se submeterão em caso de disputas, assim gerando confiabilidade nos contratos e reduzindo os custos de transação, assunto no qual abordaremos no tópico seguinte. A diminuição de custos pode derivar de vários fatores, como por exemplo, a especialização do árbitro ou a adesão da cláusula antes ou após o surgimento da disputa. Importante também é a percepção que se evidencia na intenção de não querer se valer da cultura da litigiosidade tão presente no Brasil.

Os custos de transação, no âmbito econômico, dizem respeito aos “custos associados à procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico”<sup>9</sup>. Os custos provenientes de conflitos que decorrem de uma relação de contrato são um exemplo de custos de transação. Desta forma, podemos nos remeter à cláusula arbitral, que pode baixar os custos de prestação jurisdicional estatal, sendo mais proveitosa às partes, afinal o procedimento judicial possui alto valor. A arbitragem, por não se ver “amarrada” a um formalismo

8 PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Mayerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: **Revista GV São Paulo**. Jan/jun, 2008. p. 21

9 PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Mayerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: **Revista GV São Paulo**. Jan/jun, 2008. p. 19

processual ou ao regime de intermináveis recursos, pode ser concluída com maior agilidade.

Diferentemente de um juiz togado, o árbitro poderá ter formação específica em determinada área técnica que será o objeto da arbitragem. A decisão de quem será o árbitro cabe às partes, podendo estas escolher àquele que tenha familiaridade com a questão controversa, tendo aí uma das grandes vantagens deste meio alternativo de solução de conflitos. Trazendo um especialista para “julgar”, a probabilidade de termos “erros” nas decisões será menor. Desta forma, como apontado, ter a cláusula arbitral em um contrato fará com que as partes cumpram com maior efetividade as obrigações que ali foram contraídas, pois se isto não ocorrer, será punido de forma rápida e eficaz pela arbitragem<sup>10</sup>.

Antes da criação da Lei nº 13.129/15, o laudo arbitral só era eficaz com a homologação judicial, fazendo com que o instituto da arbitragem fosse fiscalizado pelo Judiciário (título executivo extrajudicial). Porém, após a entrada em vigor da Lei da Arbitragem, tornou-se dispensável tal homologação. Desta forma, a sentença arbitral, assim que prolatada pelo árbitro, possui os mesmos efeitos que a prolatada pelo juiz<sup>11</sup>.

Esta mudança trazida pela Lei nº 13.129/15 tem uma importância ímpar, já que a dispensa da obrigatoriedade da homologação da sentença arbitral confere ao árbitro e, conseqüentemente às suas decisões, outro *status*, pois este não mais se encontra sujeito a uma confirmação que retirava grande parte da força dos argumentos e do próprio instituto da arbitragem.

Resta claro o ânimo da sociedade, bem como a vontade do próprio legislador, de que a arbitragem seja valorizada e ganhe força como um método alternativo de resolução de conflitos que - além de especializado e célere - se torne cada vez mais seguro em relação à constância de suas decisões e sentenças, proferindo garantia jurídica à escolha consciente operada pelas partes por ocasião da celebração do negócio jurídico.

## Considerações finais

Há tempos a estrutura do Poder Judiciário não tem se mostrado apta a responder às demandas que lhe são postas, o que torna necessário (re) pensar as formas de distribuição da função jurisdicional, vez que a tradicional centralização da competência nos órgãos judiciais tornou-se impotente face às exigências do Estado de Direito Contemporâneo, seja por obsolescência da estrutura judicial ou pelo aumento constante de demandas judiciais.

Tal panorama só tende a ser agravado nos próximos anos, seja pela complexidade cada vez maior das demandas que surgirão - muito em fun-

10 PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Mayerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *In: Revista GV São Paulo*. Jan/jun, 2008. p. 20.

11 GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil esquematizado**. - 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 658.

ção do advento de novas situações ou das novas tecnologias -, ou pelo agravamento de situações sociais – haja vista o aumento numeral de demandas judiciais em todos os entes da federação. Este aumento constante de casos e processos judiciais descortina uma necessidade premente de acharmos alternativas para, ao menos, diminuir a “pilha” que só cresce em uma equação perversa, acabando por atingir toda engrenagem judicial, e porque não dizer social, gerando carga superior à estrutura existente na máquina do judiciário. Por consequência, todo o problema de acúmulo de processos, de morosidade mais que excessiva em todas as fases processuais, de decisões muitas vezes não adequadas ao conflito – ou que não levam em conta nuances e peculiaridades do caso em concreto – culminam em decisões e sentenças que, além de inadequadas, geram ainda mais conflitos em toda a sociedade.

Através da arbitragem, espera-se que os conflitos entre partes, principalmente os decorrentes de relações contratuais, possam ser resolvidos de forma mais célere e eficaz, deixando para o judiciário apenas os casos que, por envolverem interesses intransigíveis, não possam ser destinados à decisão de árbitros. Assim, quando se recorre à arbitragem, busca-se a solução de um conflito em que as partes fiquem satisfeitas com a resolução, ante sua celeridade e especialidade.

Nesse sentido, tanto a sociedade quanto o indivíduo precisam despertar para o fato de que a submissão de sua pretensão ao Poder Judiciário não lhe possibilita uma resposta imediata, tampouco lhe assegura uma decisão eficaz para o litígio. Por estas razões, deve a sociedade investir em equivalentes jurisdicionais que contribuam para a apreciação de conflitos sociais<sup>12</sup>.

Do exposto, é premente que, nos moldes dos direitos – frutos das necessidades humanas contemporâneas -, a solução dos conflitos não mais permaneça centralizada no Poder Judiciário, restando salutar a pluralidade de espaços democráticos necessários a real/substancial (e não apenas formal) para a resolução dos conflitos sociais que surgem em velocidade muito maior do que a apresentada nos séculos em que foram forjados os modelos de jurisdição até hoje adotados.

Importante considerar que todo o arcabouço jurisdicional vigente nos dias de hoje foi pensado, criado e aperfeiçoado em época que contava com complexidade de situações e tecnologia muito distintas das hoje existentes. Além de ter surgido em uma realidade populacional totalmente diversa da existente na atualidade.

A sociedade mudou e com ela as relações também se sofisticaram. Com isto, os conflitos decorrentes das ligações também passaram a ter um grau de complexidade muito maior do que se apresentavam nos séculos anteriores. Vivemos em uma coletividade que muda e se transforma em uma velocidade nunca antes experimentada, que possui a tecnologia e a informação como mola propulsora. Deixamos a revolução industrial há muito para traz e

12 SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem**: um caminho para a crise do Judiciário. São Paulo: Manole, 2005. p. 03-06. Livro Eletrônico.

ingressamos na sociedade do conhecimento, onde tudo corre de forma muito rápida, em velocidade exponencial. Nossa rotina foi remodelada e muda diariamente a passos nunca vistos na humanidade. Nossa forma de se relacionar com tudo e todos não é mais a mesma e continuará constantemente se transformando, seja no âmbito social, econômico ou até judicial. Logo, os métodos de solução de conflitos estão se tornando obsoletos - mais do que já eram -, sendo inadmissíveis em uma sociedade onde o litígio não pode ser um óbice ao progresso.

Devemos, por fim, considerar que a crise atualmente afeta o Poder Judiciário, dificultando a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e obstaculizando o acesso à justiça, o que importa em grave violação aos direitos humanos, podendo, daí, ser considerada a arbitragem uma alternativa válida à solução dos conflitos sociais e, sobretudo, um direito fundamental do ser humano, já que prioriza dois aspectos que deveriam, por óbvio, ser indispensáveis em qualquer decisão judicial: a celeridade processual ou procedimental e a especialidade e tecnicidade no tratamento dos assuntos legais, a fim de proporcionar aos litigantes a tutela esperada.

## Referências

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Livro eletrônico.
- BONATO, Maria Dorneles; BEDIN, Barbara. A arbitragem como meio extrajudicial de soluções de controvérsias no Brasil. **Revista do Curso de Direito da FSG**. Caxias do Sul. Ano 5, n 10, jul./dez, 2011.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil esquematizado**. - 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem**: um caminho para a crise do Judiciário. São Paulo: Manole, 2005. Livro Eletrônico.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: MÉTODO, 2015. Livro eletrônico.
- PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Mayerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: **Revista GV São Paulo**. Jan/jun, 2008.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos Tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: STRECK, Lenio Luiz; Moraes, José Luiz Bolsan de; BARRETO, Vicente de Paulo... [et al.] (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Breves comentários do código de processo civil**. 1. Ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro eletrônico.

# EM QUAL MOMENTO O REQUERIMENTO DE PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO SUSPENDE O DIREITO DE AÇÃO?

**Alessandra Balestieri**

Advogada, Mestre em Direito, pela Universidade Autônoma de Lisboa, Portugal, defendendo as Soluções Alternativas de Litígios – Mediação de Paz Via Meios Eletrônicos, como a melhor forma de solucionar conflitos, bem como desjudicializar, humanizando o sofrimento do outro. Vice-Presidente da Comissão de Mediação e Conciliação OAB-RJ. Mediadora e Árbitra. Membro da Comissão Nacional de Mediação da OAB Nacional

## **Resumo:**

Neste estudo, analisaremos o melhor momento para iniciar a suspensão do prazo prescricional quando o procedimento de mediação for na forma pré-processual. Diferentemente do que a Lei n.º 13.140/2015, Lei de Mediação Brasileira, determina em seu artigo 17.º, parágrafo único, entende-se que o prazo prescricional deve ter início no momento do requerimento do procedimento de mediação na Câmara de Mediação, tal como por analogia a distribuição de um processo no âmbito judicial. Quem busca a mediação, pré-processual, para solucionar o conflito pensa em celeridade, eficiência e eficácia, diferentemente do que ocorre no judiciário atualmente. Na mediação, tempo e prazo da suspensão da prescrição têm como escopo o ato voluntário das partes, visto ser impossível prever em quantas sessões o conflito será solucionado. Por isso, não deve ficar preso a prazo determinado e deve ter seu pleito aceito como data inicial, para os efeitos da prescrição, o momento do requerimento de processo de mediação pré-processual.

**Palavras-chave:** Mediação; Prescrição; Ato; Voluntário.

## **Introdução**

O presente trabalho tem como escopo delinear a relevância do momento inicial da contagem do prazo prescricional quando a parte busca a mediação pré-processual, para solucionar o conflito de forma privada.

Infelizmente, mesmo dentro do próprio mundo jurídico, poucas pessoas se utilizam dos meios adequados para soluções de conflitos. Não se consegue perceber se é por falta de informação ou por falta da prática dos benefícios



na utilização desses meios, tais como: celeridade, eficiência, oportunidade de manter a relação com o outro, após o entendimento do conflito, o que é quase impossível de acontecer no judiciário.

O princípio da confidencialidade é um dos grandes atrativos da mediação, pois os envolvidos se sentem à vontade para falar o que realmente pensam e sentem sem medo de ser julgados ou ameaçados, pois suas opiniões, sugestões, propostas e tudo o mais que for falado na sessão de mediação por lá ficará.

No Brasil, o parágrafo único do artigo 17 da Lei de Mediação Brasileira determina que, enquanto ocorrer o procedimento de mediação, o prazo ficará suspenso.

Pois bem, o ponto fulcral do presente artigo é tentar definitivamente esclarecer o momento inicial da suspensão desse prazo prescricional, a fim de não prejudicar aquele que busca solucionar seu conflito através dos métodos adequados de solução de conflitos, de forma pacífica, consensual e sem utilizar a máquina judiciária.

Outro ponto a ser observado é o fato de que o sucesso ou insucesso da prática da mediação depende da segurança jurídica que o procedimento oferece às partes que buscam alternativas, além judiciário.

Ao ler o artigo citado acima e aplicá-lo na prática laboral do dia a dia das Câmaras de Mediação, vislumbra-se certa confusão, no sentido de, caso não seja possível o acordo, como será realizada a contagem do prazo prescricional?

Por fim, faremos um breve estudo sobre qual o melhor momento processual para dar início à contagem do prazo, se é no ato do requerimento do procedimento ou na primeira sessão de mediação.

## Prescrição

A prescrição é a perda do direito de ação, como bem explicado por Caio Mario e citado por Maria Helena Diniz: “uma exceção que alguém tem contra o que não excedeu, durante um lapso de tempo fixado em norma, sua pretensão”.<sup>1</sup>

Com o intuito de clarear a questão da suspensão da prescrição, é imprescindível transparência e segurança quanto aos momentos de início (requerimento), meio (sessões) e término (Termo final) do procedimento.

O artigo 17 da lei de mediação<sup>2</sup> é expresso quando diz que a mediação

1 DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. 21.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 1. ISBN 850-20-1797-7

2 “Artigo 17: Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação. Parágrafo único: Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional” (BRASIL. Presidência da República – **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015**. [Em linha]. 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 n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n.º 9.469, de

é instituída na data em que for marcada a primeira sessão de mediação, porém aqui surge um lapso de tempo e uma dúvida imensa, pois então como deve ser computada essa prescrição quando o requerimento de mediação for para questões ainda não ajuizadas, ou seja, pré-processuais?

Este dispositivo é interessante, pois estimula à busca pela solução amigável do conflito, devendo ser analisado com cautela.

Importante ressaltar neste estudo é que, na mediação, a ação ou omissão não pode se transformar em um método procrastinatório ao ter o prazo suspenso, transformando-se em meios para que uma parte se utilize de má-fé.

No Novo Código de Processo Civil é mantida a interrupção da prescrição, porém com a novidade de que a interrupção se dá com o despacho que ordena a citação, conforme o exposto no parágrafo primeiro do artigo 240 do Novo Código de Processo Civil:

Artigo 240, parágrafo 1º: A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferida por juiz incompetente, retroagirá **a data da propositura da ação**.<sup>3</sup>

Ponto relevante neste contexto é que a Lei de Mediação Brasileira se utiliza somente do efeito da suspensão processual, e não da interrupção do prazo.

Michele Pedrosa Paugartten, em seu livro *Novo processo Civil Brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos*, nos traz a seguinte lição:

A mediação é conhecida por contar com a interferência de um terceiro menos ativo do que na conciliação, facilitador das possibilidades de um acordo, voluntária e mutuamente aceita pelas partes em relação às questões em disputa, que desejaram substituir aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Caracteriza-se por uma grande liberdade que, no entanto, não é total. Os programas de mediação partem de um protocolo, ou seja, um processo (aqui também há um ritual) onde o sucesso será alcançado se as partes desejarem participar da mediação, comprometendo-se a respeitar os procedimentos antes de se engajarem no diálogo. O trabalho começa normalmente a partir de um consentimento prévio entre os sujeitos envolvidos no litígio sobre a maneira pela qual o processo mediativo será conduzido.<sup>4</sup>

---

10 de julho de 1997. Brasília: DOU, 29 jun. 2015. [Consult. 20 nov. 2020]. Disponível em WWW: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm)).

3 SARAIVA – **Vade Mecum Saraiva Compacto. Código de Processo Civil.** Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 21.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-85-536-0324-4, p. 1896, grifo nosso.

4 PAUGARTTEN, Michele Pedrosa – **Processo Civil Brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos.** Curitiba: Juruá, 2015. ISBN 978-853-62-7519-2, p. 558

## Suspensão na Mediação

Na lei de Mediação Brasileira, Lei n.º 13.140/2015, artigo 17.º e parágrafo único, diferentemente do Código de Processo Civil, fala em suspensão do prazo prescricional e mais: ali determina em qual momento ocorre a suspensão, a saber:

Artigo 17, Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação.  
Parágrafo único: Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.<sup>5</sup>

Quando se trata de mediação judicial, o marco temporal está visível, pois é fixado pelo magistrado. Porém na mediação pré-processual judicial não há ainda magistrado responsável pelo processo, tratando-se, portanto, de responsabilidade única do profissional que atuará no caso concreto e também do(a) advogado(a)/defensor(a) público(a) que atuar na demanda.

No caso de ter acordo ou não, o procedimento de mediação será reduzido a termo, que deverá constar o objetivo daquele processo, as partes envolvidas, quem estava presente ou ausente e todos os demais ajustes e acertos que foram elencados para configurar a suspensão da ação, efeito importante no direito dos medianos.

Já no âmbito privado e no procedimento pré-processual, necessário analisar com muita cautela este artigo 17.º da Lei de Mediação, pois surge o receio de que, na prática, aquele que buscou uma Câmara ou Tribunal privado de mediação, para solucionar seu conflito, tenha o direito prescrito por dúvidas na contagem de prazo, pois a lei não é clara neste sentido.

Entende-se como mais fácil interpretação a de que o procedimento de mediação precisa já ter iniciado para ter o marco pretendido, porém na prática a carta convite não demonstra ser o melhor momento, pois, além de poder demorar, também há o fato de a primeira sessão nem sempre acontecer com a rapidez esperada. Outro ponto importante a ser observado é o fato de a carta convite retornar negativa. Como seria, então, a contagem do novo prazo?

Conforme cita Fernanda Tartuce e Simone Fleischmann<sup>6</sup>, no artigo “Suspensão da prescrição e procedimento de mediação: Reflexões sobre o parágrafo único do artigo 17 da Lei 13.140/2015”:

Ao reconhecer-se a suspensão da prescrição impositiva por conta

5 SARAIVA – **Vade Mecum Saraiva Compacto. Código de Processo Civil.** Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 21.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-85-536-0324-4, p. 394.

6 SILVA, Fernanda Tartuce; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso – Suspensão da prescrição e procedimento de mediação: Reflexões sobre o parágrafo único do artigo 17 da Lei 13.140/2015. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** ISSN 1984-1841. N.º 73 (jul./dez. 2018), p. 233-250. [Consult. 20 nov. 2020]. Disponível em WWW:DOI: 10.12818/P.0304-2340.2018v73p233, p. 17-18.

do parágrafo único do artigo 17 da Lei de Mediação, reconhece-se a possibilidade efetiva de implementação do diálogo e de transação entre as partes envolvidas em situação de conflitos. Todavia, como não há detalhes sobre a aplicabilidade do dispositivo, há de se considerar uma interpretação sistemática acerca do tema. Pretender aplicar a suspensão sem considerar o ambiente em que se realiza, se há ou não a presença do magistrado, ou se a mediação ocorre em ambiente extrajudicial, se no ambiente público ou privado, se há advogado, ou não, é fazer tábula rasa da gama de possibilidades de impactos para a vida das pessoas.

Com a nossa prática diária do trabalho de mediação, exemplificamos aqui como é o procedimento em uma Câmara de Mediação privada; neste caso, alguém, vamos chamá-lo de João, que tenha seu direito de ação a ser prescrito em 30 de outubro de determinado ano, ao buscar uma Câmara de mediação privada no dia 1º de outubro, dando entrada no seu requerimento e documentos.

A Câmara demora, em média, de 5 a 10 dias para enviar a carta convite para a outra parte. Usaremos aqui no nosso exemplo 10 dias, ou seja, Carta convite enviada no dia 10 de outubro.

Aguarda-se o retorno da outra parte por até 30 dias, e, se não houver retorno, o convite será dado como rejeitado, como determina o parágrafo único do artigo 21 da Lei de Mediação. Neste exemplo, caso a parte não dê o retorno, estamos falando de data de término deste procedimento o dia 10 de novembro.

Artigo 21: O Convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e local da primeira reunião.

Parágrafo único: O Convite formulado por uma parte à outra considerará-se rejeitado se não for respondido em até trinta dias do seu recebimento.

Pela leitura do código de Processo Civil, o direito de ação de João está prescrito; pela lei de Mediação, a data da suspensão de que fala o artigo 17.º, parágrafo único, não ocorreu. A mediação, apesar de ter uma data estipulada na Carta Convite, não obteve retorno pela outra parte.

Sobre outra ótica, imaginemos que o prazo de João será suspenso no dia do envio da Carta convite, ou seja, dia 10 de outubro, então entende-se que ele ainda terá 20 dias para dar entrada na Ação Judicial. Correto? Não sabemos, e aqui fica a reflexão sobre o tema deste artigo.

Como fica o direito de ação daquele que, de boa fé, buscou solucionar o conflito de forma pré-processual e consensual através dos meios de soluções adequados de conflitos, de forma segura?

O previsto no artigo 17.º da lei de mediação tentou resolver a questão,

porém ficaram dúvidas, pois há uma obscuridade em relação a qual seria a data real para contagem do termo *a quo*: 1- data da primeira sessão de mediação? 2- data do convite enviado a outra parte? 3- data do momento do requerimento na mediação pré-processual? Qual será a data correta?

Isso quase confronta do princípio do acesso à justiça e da duração razoável do processo. O acesso à justiça se dá não apenas para proclamar os direitos dos cidadãos, mas deve ser um acesso a um judiciário justo, para fazer valer a Carta Magna, pois, ao contrário, estaria colocando em risco o Estado Democrático do Direito.

Ao buscar solucionar o conflito de forma pré-processual por intermédio das câmaras privadas, deverá ter assegurado e preservado seu prazo prescricional. Por analogia, o sistema processual brasileiro não fere com a prescrição o direito da parte pela demora de seus atos e utiliza também o princípio da razoabilidade na aplicação do direito, bem como o princípio da proporcionalidade no que tange à causalidade entre início, meio e fim da busca consensual.

Há de se destacar o Princípio Constitucional da Inafastabilidade do controle jurisdicional e o princípio do direito de ação:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.<sup>7</sup>

Na verdade, o grande problema é que o Estado não estava preparado para receber tamanha demanda jurisdicional. Neste ano de 2020, a estatística é de quase 80 milhões de processos no ordenamento jurídico brasileiro, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>8</sup>. A solução que veio para isso são os métodos adequados de solução de conflitos, porém, para que essa engrenagem funcione de forma coesa, tais arestas precisam ser aparadas, criando segurança jurídica para aquele que busca tais métodos.

Há de ser levada em consideração a todo o momento a boa-fé objetiva, dever imposto a quem quer que busque a solução de um conflito, seja pelas vias alternativas/adequadas, seja pela via judicial. Seguindo nesta esteira, decorre uma avalanche de outros deveres e condutas, tais como: lealdade, cooperação, honestidade ao esvaziar as expectativas legítimas da outra parte, etc.

Corroborando com o alegado acima, o Enunciado 22 da Primeira Jorna-

<sup>7</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. [Em linha]. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: OEA, 22 nov. 1969. [Consult. 25 nov. 2020]. Disponível em WWW: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm), artigo 8.º.

<sup>8</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas – **Priorização do 1º Grau da Justiça**. [Em linha]. Brasília: CNJ, 2018. [Consult. 25 nov. 2020]. Disponível em WWW: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>.

da de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos, demonstra o sucesso e o insucesso da prática da mediação, que em nenhum momento pode ser quantitativa ou qualitativa, a saber:

Enunciado 22: A expressão ‘sucesso ou insucesso’ do art. 167, §3º, do Código de Processo Civil não deve ser interpretada como quantidade de acordos realizados, mas a partir de uma avaliação qualitativa da satisfação das partes com o resultado e com o procedimento, fomentando a escolha da câmara, do conciliador ou do mediador com base nas suas qualificações e não nos resultados meramente quantitativos.<sup>9</sup>

Pois bem, observa-se que um fato é ligado ao outro, entretanto deve-se dar maior atenção às modalidades distintas na mediação judicial, extrajudicial e pré-processual, pois como será possível atingir tais “sucessos na prática” se as partes não se sentem seguras em relação ao prazo prescricional?

## Conclusão

Concluimos com reflexões sobre o instituto da suspensão do direito de ação, que traz ao mesmo tempo possibilidades positivas para aqueles que estão em conflito e buscam uma solução rápida, menos custosa e eficaz sem acionar o poder judiciário, bem como para aqueles que já estão com processos judicializados e optam pelo consenso amigável a qualquer tempo.

Do mesmo modo, entende-se que há certa confusão tanto por parte dos estudantes quando das provas nas universidades, quanto por parte dos operadores de direito em seu dia a dia de labuta. Instituto este que causa insegurança, uma vez que não é cristalino na norma.

Quando não houver o acordo no procedimento pré-processual, através da mediação privada, claramente o conflito será judicializado, e neste momento pode começar uma *via crucis* para o mediano, ao tentar comprovar o prazo de suspensão correto.

Para tentar clarear este ponto obscuro na norma, entendemos que o melhor e mais correto para a contagem do prazo, no futuro, é que a contagem inicial se dê no momento do requerimento do procedimento de mediação, seja ele no momento do envio do *e-mail*, seja ele enviado de qualquer outra forma física ou eletrônica, na Câmara ou Tribunal de Mediação privado.

Com o ato do envio e recebimento do requerimento, fica caracterizada a prática intencional de boa-fé daquele que buscou o método adequado de solução de conflitos e não quer judicializar.

Caso não seja possível a realização desse esclarecimento pelas vias judi-

<sup>9</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários – **Enunciados Aprovados**. [Em linha]. In JORNADA PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS, 1. Brasília – DF, 22-23 ago. 2016. [Consult. 26 nov. 2020]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/enunciados-aprovados/@@download/arquivo, Enunciado 22>.

ciais/jurisprudenciais, entendemos que há necessidade de alteração legislativa, ajustando-se o artigo 17 da Lei n.º 13.140/2015, para considerar instituída a mediação na data em que o procedimento for requerido na câmara ou tribunal, para que seja suspenso o prazo prescricional.

Deixamos a reflexão de como deverá ser pensado e revisto o tema de suspensão na lei de mediação, bem como o gostinho de quero mais sobre o assunto.

## Referências

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários – **Enunciados Aprovados**. [Em linha]. In JORNADA PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS, 1. Brasília – DF, 22-23 ago. 2016. [Consult. 26 nov. 2020]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/enunciados-aprovados/@@download/arquivo>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas – **Priorização do 1º Grau da Justiça**. [Em linha]. Brasília: CNJ, 2018. [Consult. 25 nov. 2020]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>.

BRASIL. Presidência da República – **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015**. [Em linha]. 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 n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: DOU, 29 jun. 2015. [Consult. 20 nov. 2020]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm).

COMISSÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. [Em linha]. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: OEA, 22 nov. 1969. [Consult. 25 nov. 2020]. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. 21.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 1. ISBN 850-20-1797-7

PAUGARTTEN, Michele Pedrosa. **Processo Civil Brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2015. ISBN 978-853-62-7519-2

SARAIVA – **Vade Mecum Saraiva Compacto. Código de Processo Civil**. Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 21.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-85-536-0324-4

SILVA, Fernanda Tartuce; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso – Suspensão da prescrição e procedimento de mediação: Reflexões sobre o parágrafo único do artigo 17 da Lei 13.140/2015. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. ISSN 1984-1841. N.º 73 (jul./dez. 2018), p. 233-250. [Consult. 20 nov. 2020]. Disponível em: DOI: 10.12818/P.0304-2340.2018v73p233.

# AS VERTENTES DO ACESSO À JUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA MEDIAÇÃO

**Manuella Maria Varejão Costa**

Advogada, Especialista em Direito Civil e Processo Civil, Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção- UAA- PY, Mediadora Judicial, Extrajudicial e Internacional, Graduanda em Mediação e Professora

## **Resumo:**

Trazer a relevância da temática Acesso à Justiça, dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro à Luz da Mediação, é externar as necessidades, as mudanças e principalmente as novas formas de adaptação que o Judiciário Brasileiro vem passando ao longo dos anos, para acompanhar o desenvolvimento da sociedade, com a finalidade de garantir a efetividade desse direito fundamental, preconizado na Constituição Federal de 1988, também chamada “Constituição Cidadã”, em seu artigo 5º, inciso XXXV. Nesta ceara, com a instituição e regulamentação dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos, a Mediação vem desempenhando um papel de suma importância, com a finalidade de construção do consenso e de diálogo, nas resoluções de conflitos, tendo como objetivo principal a satisfação das partes envolvidas na respectiva demanda e uma maior celeridade no andamento de processos judiciais.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça; Mediação; Constituição Federal 1988.

## **Introdução**

O estudo da matéria Acesso à Justiça, nos remete aos primórdios da civilização, mais precisamente no Código de Hamurabi (Século XXI e XVII A.C.), quando pela primeira vez foi abordado o assunto, ao se entender que era necessário garantir os direitos das pessoas mais fracas e pobres, em virtude da fragilidade que possuíam, e por isso, eram hábeis a exercer esse direito.

Já no Ordenamento Jurídico Brasileiro, os primeiros vestígios do Acesso à Justiça se deu na Constituição de 1934, e posteriormente, de maneira mais consolidada na Constituição de 1946, a qual trazia expressamente que a lei não poderia excluir do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Contudo, esse direito, que já possuía status de direito fundamental, não foi de fato exercido pelos cidadãos em virtude de movimentos políticos, or-



ganizados pelos governantes, com o fito de evitar a efetivação desta garantia.

Passada essa fase, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, foi trazido de maneira expressa e objetiva a garantia fundamental do Acesso à Justiça, positivada em seu artigo 5º, inciso XXXV, que dispõe a seguinte redação:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Após essa positivação, várias vertentes do Acesso à Justiça começaram a ser estudadas a nível mundial e nacional, ou seja, dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro, pois é necessário que, partamos da premissa de que a temática desperta uma amplitude de abordagens, interligadas com vários assuntos. E foi a partir desta vontade de conhecer mais a fundo esta garantia fundamental, que grandes autores e juristas começaram a expor linhas de pensamento acerca da Ordem Jurídica Justa, e aqui pode-se citar Bryan Garth, Mauro Capelletti, com as Ondas Renovatórias, que abrilhantaram mais ainda a abordagem sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Ricardo Goretti que discorrem de maneira ímpar sobre o assunto.

Por certo que, com as constantes mudanças que a sociedade passa ao logo dos tempos, o direito também sofre modificações e como isso novas vertentes de Acesso à Justiça nascem, e com ela, direitos que até então não se tinha uma positivação explícita, como é o caso da criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência Lei nº 13.146/2015, Lei da Migração Lei nº 13.445/2017 dentre tantos outros. Ou seja, o que se vislumbra é uma garantia positivada destes direitos, com a finalidade de resguardar e salvaguardar garantias inerentes a todos os cidadãos, todas as vezes que forem violados, cabendo ao Poder Judiciário a apreciação, sempre que houver lesão ou ameaça.

Outra vertente de suma importância de Acesso à uma Ordem Jurídica Justa foi a implantação dos Métodos Alternativos de Gestão de Conflitos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, que teve seu início e suas primeiras positivações com a Emenda Constitucional 45 de 2004, a chamada Reforma do Judiciário, que trouxe o estímulo a não judicialização de processos e o incentivo à conciliação e à mediação.

Passado esse advento, o aprimoramento desta implantação alargou-se com a da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que estabeleceu em seu artigo 1º a positivação da instituição Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos e Interesses, com a finalidade de assegurar a todos o direito à solução pacífica de conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

A partir dessa Resolução, o Judiciário começou a dá passos largos a fim

de promover essa nova vertente de Acesso à Justiça, uma vez que a satisfação das partes e a celeridade processual tornou-se o ponto crucial para uma boa prestação jurisdicional.

Logo em seguida, com a finalidade de fortalecer esta Política Judiciária Nacional e o uso da Mediação dentro da Administração Pública, através da Mediação Judicial e sua utilização entre particulares, por meio da Mediação Extrajudicial, é que nasce a Lei da Mediação Lei nº 13.140/15, com a finalidade de evitar um maior acúmulo de processos dentro do Judiciário.

Partindo dessa premissa, têm-se que o principal objetivo da Mediação em sede de Poder Judiciário é também o reestabelecimento do diálogo e das relações que encontram-se quebrantadas, e que por algum motivo necessitam de uma continuidade.

Na Obra celebre do Professor Ricardo Goretti sobre a Mediação e o Acesso à Justiça, o mesmo discorre, sobre a temática, aborda e identifica pontos trazidos pela modernidade, em virtude do alto grau de complexidade das relações existentes na sociedade e as formas com que esses conflitos podem ser resolvidos através dos Métodos Adequados de Gestão de Conflitos, priorizando sempre o melhor método de acordo com o caso concreto. (GORETTI, p. 13, Prefácio do Livro, 2017).

E para concretizar a efetivação do Acesso à Justiça à Luz da Mediação, o Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15, estabelece que a prática da Mediação e Conciliação deve ser estimulada por Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Advogados, inclusive no curso do processo judicial, bem como positiva e ratifica, em seu artigo 3º a garantia fundamental e constitucional do Acesso à Justiça.

Observa-se que muito ainda se tem a desenvolver sobre a temática em questão, contudo os avanços foram promissores, ao passo que mudanças positivas são sempre muito bem vindas. E de fato, pode-se concluir que a sociedade clama por formas mais simplificadas, objetivas e concretas das suas garantias fundamentais, e os Métodos Adequados de Gestão de Conflitos, em especial a Mediação trouxe uma Vertente de Acesso à Justiça mais igualitária e simples, aonde todos os membros que compõem da sociedade (cidadãos), podem exercê-la com a certeza de sua efetivação.

## **O Contexto Histórico do Acesso à Justiça no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Muito se fala na relevância institucional do Acesso à Justiça, como direito fundamental, mas se faz necessário um breve apanhado histórico da temática e de seu surgimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro. É importante destacar, como houve o seu fortalecimento, quais princípios basilares o norteiam e quais fontes serviram e servem de inspiração a sua regulamentação, aprimoramento e aperfeiçoamento enquanto garantia constitucional.

Quando partimos do princípio de que Acessar uma Ordem Jurídica Jus-

ta, é a efetivação de um direito inerente a todo cidadão, começamos a observar que sua positivação ainda não está totalmente completa, uma vez que, a sociedade vive em constante mutação e que determinados cidadãos, seja por falta de conhecimento, ou por não ter uma regulamentação efetiva de determinado direito específico, ainda não possui concretude acerca desta garantia.

Por certo sabemos que, se buscarmos extrair uma conjuntura histórica, veremos que desde a Constituição de 1934, em seu Artigo 113, inciso II, onde trouxe de maneira expressa que, União e os Estados tinham que garantir a assistência judiciária gratuita aos mais necessitados, podemos observar que, um grande avanço houve, para que as próximas positivações fossem ainda mais eficazes. Posteriormente, com o advento da Constituição de 1946, houve um maior avanço, pois foi a partir daí que, o Acesso à Justiça passou a ter força de garantia fundamental expressa, que dispunha que lei não poderia excluir do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, muito embora, essa legislação tenha permanecido pouquíssimo tempo vigente, tendo apenas uma duração de três anos.

Diante dos apontamentos e positivações trazidas anteriormente, e da real necessidade de discorrer e torná-lo com um instrumento com maior eficácia, fora promulgada a Lei da Assistência Judiciária, Lei nº 1060/50, que trouxe a garantia do Acesso à Justiça dos cidadãos que eram hipossuficientes. Se observarmos, esta Lei surge após 16 (dezesseis) anos da primeira positivação sobre o estudo e implantação do tema pela Constituição de 1934, ou seja, pode-se vislumbrar a tardança em trazer à baila essa temática, tão importante na regulamentação dos direitos inerentes ao cidadão.

Paralelo aos fatos existentes à época, linhas de pensamento foram surgindo e fortalecendo ainda mais a necessidade de uma maior garantia deste direito, para que o mesmo não fosse esquecido ou pouco abordado, o que, de fato, impulsionou uma maior positivação da temática frente à Constituição Federal de 1988, com o fito de trazer maior efetividade.

Para Mauro Capelletti e Bryan Garth (1998, p. 8), a definição de Acesso à Justiça é abstrusa:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema- o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver litígios sobre seus auspícios.

A Constituição Federal, vigente atualmente em nosso país, como maior norma e mais importante dentro do Ordenamento Jurídico, visa garantir, acima de tudo, a efetivação do cumprimento dos princípios basilares, tais como: a dignidade da pessoa humana, o direito ao Acesso à Justiça, a Economia Processual e Celeridade, dentre tantos outros, e buscou abraçar a temática de maneira clara e objetiva, com a finalidade de inserir na sociedade o conhecimento, a busca pela efetividade de se levar ao Poder Judiciário, violações ou

lesões a direito, na certeza de que a garantia constitucional será salvaguardada, trazendo desta feita uma positivação mais inclusiva dos direitos inerentes ao cidadão.

Como discorre Ada Pellegrini (1999, p. 82):

Pode-se dizer, pois, sem exagerar, que a nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça.

Foi com esse olhar visionário e futurista, inserido na CF de 88, que o Acesso à Justiça começou a ter várias vertentes de estudo, conhecimento e aplicabilidade, sempre se moldando as necessidades e realidades da sociedade Brasileira.

## **As Ondas Renovatórias de Capelletti e Garth e sua Aplicabilidade no Judiciário Brasileiro**

Não há como adentrar profundamente neste temática sem abordar as Ondas Renovatórias do Acesso à Justiça, pois, pode-se dizer que, boa parte da proporção sobre esse estudo mais aprofundado vai partir das definições trazidas por Capelletti e Garth.

Por certo que em linhas gerais, a Primeira Onda ocorrida no Brasil se deu com o advento da Lei 1060/50 – Lei da Assistência Judiciária, que garantiu que os cidadãos que dispunham de poucos recursos, não precisassem tirar do seu sustento e de sua família para ir ao Judiciário. Posteriormente, com a criação da Defensoria Pública, através da Lei Complementar 80/94, e positivada no Artigo 134 da Constituição Federal, como instituição essencial a função jurisdicional, esse direito tornou-se mais efetivo.

Já a Segunda Onda Renovatória veio garantir em sede de Judiciário a efetividade dos Direitos Difusos, ou seja, direitos inerentes a todos os cidadãos e uma coletividade, como por exemplo: direito à vida, ao meio ambiente, à criança e ao adolescente, ao consumidor e ao idoso. Tais direitos são amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e, uma vez infringidos, atingidos ou lesionados, não se pode valorar a reparação com pena pecuniária, em primeira hipótese, vindo desta feita, observa-se em primeiro plano a situação de risco eminente que aquele cidadão sofreu e posteriormente, de maneira subsidiária a valoração financeira. Verifica-se, também esse fortalecimento, ao passo que determinado grupo de pessoas venha a ter o seu direito violado ou tolhido de certo modo, fazendo com houvesse uma representação jurídica desse interesse um maior fortalecimento dos direitos de uma coletividade de pessoas.

Por fim, a Terceira Onda Renovatória faz menção e leva em consideração a necessidade do magistrado em conduzir da melhor maneira possível o processo, visando uma atuação ativa, voltada na resolução de maneira eficaz, dos empecilhos que surgem no decorrer caminho, tendo como principal fina-

lidade a prestação jurisdicional eficaz na solução dos imbróglgios de uma ação.

Partindo dessas concepções, Capelletti e Garth (1988, p. 11-12) discorrem que:

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental -o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Ou seja, podemos discorrer em linhas gerais que as três as Ondas Renovatórias, retratam a realidade da sociedade, tratando de temas relevantes e pertinentes, tais como: a Assistência Judiciária aos Hipossuficientes, a Representação dos Direitos Difusos, tendo como objetivo reverter as barreiras e dificuldades organizacionais desta garantia constitucional e pôr fim a amplitude da temática Acesso à Justiça, onde fica claro que estamos diante de um direito que não só retrata a necessidade de se procurar o Judiciário quando houver ameaça ou lesão a direito e sim com a finalidade de instituir e preparar os operadores do direito (Advogados, Defensores Públicos, Magistrados, membros do Ministério Público e Acadêmicos de Direito) as novas técnicas Processuais e de Alternativas de Resolução de Conflitos, com a finalidade de uma melhor e mais eficaz prestação jurisdicional, onde todos detenham, principalmente a satisfação nas demandas.

## **As Vertentes do Acesso à Justiça no Ordenamento Jurídico Brasileiro à Luz da Mediação**

É objeto de discussão do presente artigo, a atual e pertinente vertente do acesso à Justiça sob a ótica da Mediação e dos Métodos Alternativos de Gestão de Conflitos, vista de um ponto teórico e prático, dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Grandes mudanças ocorreram desde a primeira regulamentação à Ordem Jurídica Justa (termo utilizado e atualizado pelo Professor e Dr. Kazuo Watanabe), que bem discorre sobre a temática em questão, desde 1984.

Professor Kazuo, teve participação direta na redação e criação das principais Leis que fomentaram uma nova roupagem do Acesso à Justiça, dentre as quais tem-se a Lei da Ação Civil Pública (que detém uma importância singular na efetuação em grande escala dos Direitos Difusos), o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Juizados Especiais e de Pequenas Causas e a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que trouxe de forma ímpar a Mediação Judicial e a Conciliação, com a finalidade de garantir a todos os cidadãos o direito de serem ouvidos e atendidos em sua amplitude e

não apenas quando existir situações conflituosas, que demandem do Judiciário para a sua resolução.

Para Kazuo Watanabe, a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça:

Ela revolucionou o conceito de acesso à justiça, atualizando-o como acesso à ordem jurídica justa. Isto está expressamente afirmado na exposição de motivos e está fazendo com que o Judiciário não se limite só a julgar casos, mas oferecendo outros serviços, como mediação, conciliação, opinião neutra e outros mecanismos de resolução consensual. A Resolução diz expressamente que todos esses mecanismos devem ser oferecidos. O Judiciário tem que assumir papel mais ativo. A concepção que sempre existiu é a de que o Judiciário é neutro, um poder passivo. É claro que não pode julgar uma ação sem que alguém tome a iniciativa, mas organizar serviços para adequar melhor sua atuação em benefício da sociedade, adotando todos os mecanismos adequados de solução dos conflitos, reduzindo a quantidade de processos judiciais, é a exigência dessa concepção atualizada de acesso à ordem jurídica justa.

Observa-se que a inclusão dos Métodos Alternativos de Gestão de Conflitos está intimamente ligada a Terceira Onda Renovatória, que dispõe que o Magistrado deve conduzir o processo de maneira ativa, visando resolver as contendas de modo eficaz e com a finalidade de uma boa prestação jurisdicional.

Vislumbra-se que os motivos da implantação da Mediação em sede de Poder Judiciário, foram elencados de maneira sucinta e objetiva por Daniela Monteiro Gabbay (2013, p.63-64):

- i. Porque o Judiciário é repositório de conflitos, ou seja, um lugar onde se encontram e para onde confluem os conflitos, devendo-se abrir uma porta e válvula de escape aos meios autocompositivos dentro dele.
- ii. Para viabilizar uma nova forma de acesso à justiça, através dos meios autocompositivos, entendida não apenas como acesso formal ao Judiciário.
- iii. Para reduzir a morosidade do Judiciário, atuando com os meios alternativos como remédios para a crise do Judiciário.
- iv. Para processar novos conflitos (litigiosidade contida ou reprimida), uma vez que a mediação seria uma nova porta e daria visibilidade a parcela dos conflitos antes ofuscadas pela demanda judicial.
- v. Para incentivar a utilização da mediação, a fim de que ela conte com a confiança das partes em relação ao Judiciário, em sua legitimidade, além do estabelecimento de regras sobre o seu funcionamento e destinação de recursos orçamentários aos programas/setores da mediação e da conciliação.

- vi. Para que um papel pedagógico possa ser exercido diante dos juízes, das partes e dos advogados quanto à escolha de técnica compositiva mais adequada a cada conflito, reconhecendo-se os limites do Judiciário para processar e resolver todos os litígios e a necessidade de mudança da mentalidade do litigante.
- vii. Para que um papel fiscalizatório possa ser exercido pelo Judiciário, quer quando procedimento, quer quanto aos acordos obtidos e que possam ser objeto de homologação judicial.

Sabe-se que para uma boa prestação jurisdicional, é necessário a aplicabilidade dos princípios da celeridade e da economia processual, coisa que o Judiciário não conseguia efetivamente, face a grande demanda existente de processos. Com o advento da Resolução 125/10 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses em sede de Poder Judiciário, seguida pela a Lei de Mediação nº 13.140/2015, tida como Marco Legal da Mediação, (que regulamentou, inclusive, à prática da Mediação Extrajudicial e parceria dos Tribunais com Câmaras Privadas), e o Novo Código de Processo Civil Lei nº 13.105/15, que norteou o modelo de prática desses métodos nas demandas judiciais, pode-se observar um novo cenário e uma constante modificação positiva através do uso efetivo da Mediação e da Conciliação Judicial em questões que, demorariam anos para serem resolvidas no Judiciário, bem como, o seu desafogar, com o auxílio da utilização da via extrajudicial (Câmaras Privadas), para situações que podem ser resolvidas de modo efetivo, evitando assim, o aglomerado de casos e demandas existentes.

Como dito alhures, essa Vertente trouxe uma nova modalidade de resolução de conflitos e um novo olhar, ao passo que quando bem empregada as técnicas de mediação ao caso concreto, a probabilidade de acordos e satisfações ultrapassa qualquer litígio, uma vez que a empatia, a confiabilidade e a estimulação das partes a acharem soluções criativas e eficazes, traz um maior contentamento e abertura ao diálogo.

Nessa esteira Jean-François Six discorre:

O mediador deve então estar em constantemente em vigilância, constantemente em atitude de discernimento ativo para evitar tomar o lugar de liberdade dos 'mediandos', para evitar se posicionar como 'homem de bem' e suprimir assim a capacidade dos 'mediandos' de descobrir neles mesmos a 'justeza', o discernimento para encontrar sua saída (SIX, 2011, p,249).

Conceber a ideia de que o jurisdicionado, ao procurar o Judiciário, tenha efetivado o seu Acesso à Justiça de forma simplória (não demandando das formalidades existentes), com a finalidade de redução da morosidade em sua prestação, tendo como base a confiança e a satisfação dos envolvidos, só fortalece a necessidade da Mediação e dos demais Meios Alternativos de Resolu-

ção de Conflitos para uma sociedade mais justa e igualitária.

Pari passu, a Mediação nasce também com o objetivo de reestabelecimento de relações quebrantadas e desgastadas pelo conflito e até mesmo pelo tempo, que necessitam de uma continuidade, revelando a importância e a necessidade da prática da cultura da paz, deixando desta feita a cultura do litígio, que tão costumeira era na sociedade. Pensar no próximo com empatia e zelo, mostra de maneira clara e objetiva que, o que não queremos para nós mesmos, não faremos com o outro, motivo pelo qual, pode-se observar uma mudança grande de paradigma dos cidadãos ao despertarem para o benefício da Mediação.

O que se observa atualmente, em termos de adequação da Mediação como método promissor é o engessamento e resistência dos Advogados em conhecer e aplicar os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos no dia-a-dia, por possuírem a cultura do litígio correndo em suas veias e com receio de não mais conseguir clientes, ao passo que “não se terá mais litígio”. Contudo, as mudanças vêm de acordo com a necessidade da sociedade e com a finalidade de garantir o efetivo Acesso à Justiça.

Nesta linha de pensamento John W. Colley (2001, p. 29-30) discorreu:

Como exigências processuais mínimas, a mediação proporciona oportunidade ilimitada para que as partes exerçam flexibilidade ao comunicar suas preocupações e prioridades básicas com relação disputa. A mediação pode mostrar às partes soluções alternativas potenciais, dar-lhes condições de melhorar e reforçar suas relações em interações futuras e estimulá-las a explorar e atingir soluções criativas que permitam ganhos mútuos e um alto grau de acato às decisões.

Nesta mesma esteira, o Professor Ricardo Goretti (2017, p. 285-296), elenca o conjunto de elementos ou condições que devem ser analisadas, após as modificações sofridas com o advento da Mediação no Ordenamento Jurídico Brasileiro:

#### 1. Provisão de Recursos: Financeiros e Humanos:

Neste tópico ele discorre sobre a legislação que faz menção a criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, criados pelos Tribunais, sua composição e finalidade que é de promover e estimular a auto-composição pela mediação e conciliação.

#### 2. Atuação de Servidores Capacitados para a Realização das Atividades de Triagem de Conflitos e Escolha do Método Adequado:

Este item pondera a necessidade de capacitação dos servidores para um melhor atendimento ao público que venha a procurar o CEJUSCS, bem como a escolha do método mais eficaz, de acordo com o caso concreto.

#### 3. Capacitação e Atualização de Mediadores:

De acordo com Goretti (2017, p. 288-289):

A capacitação do profissional, associada à sua constante atualização



(exigida no art. 7º, V da Resolução nº 125/2010 do CNJ) e à experiência prática são determinantes na formação de um mediador. Conforme registrado no Capítulo II deste trabalho, a mediação é uma atividade complexa que requer habilidades que não são desenvolvidas exclusivamente por virtude ou inclinação pessoal. O ofício do mediador deve ser concebido como uma atividade técnica, e não intuitiva. Por essa razão, ainda que a Resolução nº 125/2010 do CNJ, O CPC/2015 e o Marco Legal da Mediação não tenham estabelecidos parâmetros objetivos para a capacitação de mediadores extrajudiciais (mas tão somente para mediadores judiciais), é fundamental que eles sejam igualmente submetidos aos mesmos processos, que poderão ser realizados por instituições privadas especializadas.

#### 4. Integração entre Diferentes Órgãos e Instituições

Neste tópico ele faz menção a necessidade dos órgãos Públicos somarem forças para estimular a prática da mediação judicial e extrajudicial.

#### 5. Avaliação Qualitativa de Resultados

Observa-se neste tópico a necessidade do acompanhamento do trabalho dos CEJUSCS, com a finalidade de se obter um resultado acerca do uso da mediação no Judiciário.

#### 6. Adesão da Sociedade e dos Profissionais de Direito

Aqui ele faz menção a necessidade do engajamento dos profissionais de direito, em utilizar como via adequada de gestão de conflitos a mediação, com forma pacificadora de resolução de litígios.

Portanto, pode-se concluir com este trabalho que, muito ainda se tem a estudar acerca da temática que norteiam as Vertentes do Acesso à Justiça no Ordenamento Jurídico Brasileiro à Luz da Mediação. Contudo grandes avanços foram alcançados a partir do momento em que a Mediação começou a ser parte integrante do Judiciário. Um novo modelo cultural e promissor vem sendo fonte de uma sociedade mais pacífica, que busca de maneira célere, eficaz e inovadora, o acesso à Justiça e a satisfação dos seus jurisdicionados, com o fito de reestabelecer vínculos, fortalecer laços, que na maioria das vezes se perpetuam por toda uma vida, onde pessoas buscam soluções eficazes e criativas para resolverem conflitos.

Ter uma ideia preconcebida e não se permitir ao novo, não nos torna seres humanos melhores, e sim estagnados no tempo e no direito, e essa ponderação se estende a todos os integrantes da sociedade, inclusive aos profissionais do direito, que não enxergam na mediação uma solução alternativa de gestão adequada de conflitos. Mudanças são necessárias ao passo que se meiam a pacificação social, a resolução de conflitos e o acesso à uma Ordem Jurídica Justa, garantia esta, fundamental e inerente a todo cidadão.

## Referências

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, Editora 1988. 168, p. 1. Justiça. I. GARTH, Bryant, colab. II.

Northfleet, Ellen Gracie, trad. III. Títulos.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988, Art. 5º, inc. XXXV.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.333 p.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. 392 p.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e Acesso à Justiça**. Salvador: Editora JusPodvim, 2º. ed, 2017

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Teoria geral do processo* 15ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte. Del Rey, 2001. 300 p.

<https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado>  
hora do acesso: 16:15 do dia 26/09/2020.

# A MEDIAÇÃO COMO ELEMENTO DO ACESSO A JUSTIÇA NO SISTEMA JURÍDICO GLOBAL: UMA REFLEXÃO DOS CONFLITOS DA PANDEMIA DA COVID-19 A LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

**Fernando Alves de Sousa**

Doutorando em Ciências Jurídico-Processuais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; advogado; professor de direito processual civil, teoria geral do processo, conciliação e mediação; presidente da Associação dos Conciliadores, Arbitralistas e Mediadores

## **Resumo:**

A mediação de conflitos é importante instrumento da humanidade, principalmente com a globalização jurídica e o direito global, máxime diante da pandemia da COVID-19. O objeto da pesquisa é a mediação como elemento de acesso à justiça no ordenamento jurídico global, reflexo da pandemia à luz dos direitos humanos. Como fenômeno global que transcende o direito, a mediação vem sendo a principal técnica desenvolvida para a resolução de conflitos, crescimento responsável pela eficácia também em crises gerais. A assimilação e o estudo dos conflitos causados pelo vírus SARS-COV-2 é incontroverso, gerando lições de como proceder frente ao colapso judicial. Mas é nos direitos humanos que o jurista se lança na expansão das suas funções perante a sociedade, à frente das normas. Interseções entre o sistema jurídico global, conflito e direitos humanos, reúne-se os elementos universais da sociedade e do direito, possibilitando analisar a mediação de como um estatuto das relações sociais.

**Palavras-chave:** Mediação; Direitos Humanos; Globalização

## **Introdução**

A mediação de conflitos se demonstra importante instrumento da humanidade, máxime quando experimentamos a globalização jurídica e o nascimento de um Direito global. Nesta pesquisa tratamos da mediação como elemento do acesso à justiça no sistema jurídico global, uma reflexão dos conflitos da pandemia da COVID-19 a luz dos direitos humanos. Pelas técnicas descritiva e explicativa, utiliza a pesquisa bibliográfica como metodologia.

A relevância temática encontra-se no fato da mediação ser um fenômeno global que transcende o Direito, sendo indiscutível o grande desenvolvimento desta técnica de resolução de conflitos nos últimos tempos, crescimento não apenas resonsável por iniciativas privadas, mas que conta com grande impulsionamento do poder público, apontado como interessante método de resolução de crises gerais.

A mediação mantém sua estrutura científica moderna, contudo, devido a sua complexidade e multiplicidade, em especial seus efeitos internos e externos, assimilar e estudar os conflitos causados pelo vírus SARS-COV-2 torna-se incontroverso, gerando aprendizados de como proceder diante do colapso judicial que se aproxima.

A relação entre direito e o conflito tem como principal aspecto a busca incessante pelo controle, sob as escusas do equilíbrio e da própria justiça. Por isto, vem sendo o entrecorte com os direitos humanos que o jurista busca arremessar-se ainda mais no alargamento de suas funções para com a sociedade, cada vez mais à frente das normas e regras. Sendo energeticamente convulsa, mais do que apenas dinâmica, a sociedade pede mais ao direito do que apenas leis inteligentes e acariciadoras dos princípios, pois o homem carece incessantemente de mais precisão às (in)diferenças.

Em um direito atuário, marcado pelo dualismo social científico entre os domínios sociológico e o saber do direito normativo, se aponta como indispensável estudos que costuram os campos culturais e sociológicos à ciência jurídica moderna, para entender o além das problemáticas dos conflitos numa re(con)dução dos direitos humanos.

Compreendendo as intersecções entre ordenamento jurídico global, lei, conflito e direitos humanos, aproximando os elementos universais da sociedade e do direito, será analisado a mediação de conflitos não apenas no campo positivista, mas como um estatuto das relações sociais.

Objetiva-se alcançar entendimento do *ethos* do direito sobre a cultura litigiosa da globalização, se a mediação de conflitos é naturalmente integrantes do direito global, por meio da análise dos direitos humanos de acesso à justiça, liberdade de expressão e opinião, bem como das amostras de resistência e confrontação da estética jurídica positivista. Para tanto, dos resultados obtidos, pondera que a mediação de conflitos interferirá muito no futuro social, sendo fundamental a compreensão deste mecanismo que legitima e explica alguns novos tratamentos do direito.

## **Desenvolvimento**

O conceito moderno de globalização se deu no mundo dos mercados, após estudos de Theodore Levitt já em 1983. Fazendo uma leitura do final do século XX, o mundo comercial multinacional se aproxima do fim, e a corporação multinacional também. E como menciona a autora, com o alcance do que seria a globalização como facilmente a vemos a hoje: “O vasto vendaval

da globalização também não se limita a essas matérias-primas ou produtos de alta tecnologia, onde a linguagem universal dos clientes e usuários facilita a padronização. Os ventos transformadores, impulsionados pela proletarização da comunicação e da viagem, entram em todas as frestas da vida.”<sup>1</sup>

A globalização é algo inerente a todos nós, ela está na sociedade como a sociedade está nela, e será assim até o fim dos tempos, podendo chegarmos a um inchaço da globalização ou uma hiperglobalização, devido à crescente progressão geométrica da comunicação e conexão interna e transfronteiriça. Por certo que é a ciência jurídica responsável por equilibrar essas relações.

Resta notório que o Estado não é a única fonte do direito público, administrativo e internacional, máxime pelos conflitos de territorialidade estatal, podendo assim começar a se pensar na *globalização jurídica*, esta alicerçada nas formas compostas e plurais de organização estatal e supraestatal, constituindo elementos intergovernamentais heterogêneos.

Para CASSESE<sup>2</sup> a globalização jurídica é um fenômeno generalizado, pelo fato de que não há nenhum âmbito da atividade humana que não seja afetado por regras ultraestatais e globais, além das multinacionais indústrias de armas, energia, drogas, finanças, minérios, telecomunicação, bebidas e alimentos.

Desta forma, os principais fatores que causam a globalização, como economia, finanças e tecnologias, são analisados em profundidade, para chegar à conclusão de que o Direito deve servir para orientar o processo de globalização, de modo que as regras legais aplicáveis aos diferentes elementos de fato devem ser capazes de se adaptar às circunstâncias para que, longe de serem uma consequência, constituem uma causa orientadora dos fatores globalizadores.

Neste contexto, fazendo uma análise da comunidade internacional, do espaço internacional globalizado, REIS MARQUES<sup>3</sup> menciona que esta comunidade é “constituída por uma justaposição de sujeitos cada uma deles vendo pela esfera dos seus múltiplos interesses soberanos de carácter político econômico e militar, etc.”

Por ser global, essa ordem jurídica não responde a um modelo único, mas sim se adapta às funções a serem desenvolvidas, variando assim sua organização, o equilíbrio interno de poderes e as relações público-privadas. Ou-

1 LEVITT, Theodore. The Globalization of Markets. From the May, 1983. ISSUE. In: <https://hbr.org/1983/05/the-globalization-of-markets>. Tradução nossa. Acessado em 18/11/2020. Professor emérito na Harvard Business School em Boston, destaque também para as obras *Thinking About Management* (1990) e *The Marketing Imagination* (1983).

2 “But, global regulation involves many other sectors as well, such as the production of sugar, pepper, tea and olive oil. It can be nos that there is no realm of human activity wholly untouched by ultra-state or global rules.”, in: CASSESE, Sabino. *Administrative law without the state? The challenge os global regulation*. New York University Journal of International Law and Politics, v. 37, nº 4, 2006, p. 671.

3 MARQUES, Mário Reis. *A proteção internacional dos Direitos Humanos. Dos sistemas regionais ao intento global da ONU*. Boletim de Ciências Económicas, LVII / II (2014), p. 2005-2058, especialmente p. 2011.

tra importante característica a destacar é a grande variedade de estatutos e a interpenetração contínua que ocorre entre os sistemas domésticos e a ordem global, reforçada por vínculos organizacionais e processuais.

Ainda que o fenômeno da globalização não se mostre uma novidade, certamente, as últimas crises mundiais mostram substancialmente os diversos níveis desse processo de expansão. Notadamente, a economia se globaliza com maior velocidade em comparação com a política (e com os assuntos do Estado), criando, neste panorama, assimetrias entre economia global (transnacional) e a política nacional (não se descartando a política comunitária). Evidenciou-se, sem exageros, a existência de uma *governança global sem governo*, assim como a internacionalização, a europeização também é um processo que modifica o componente subjetivo do direito mundial, quer seja pela interpenetração recíproca entre o direito comunitário e a tradição jurídica comum dos diversos direitos administrativos estatais<sup>4</sup>.

A hodierna crise sanitária mundial causada pela pandemia da doença COVID-19, está sendo marcada por casos de interessantíssima atuação da política e da sociedade internas que provaram que estamos longe de haver controle sobre nossas fronteiras e do fluxo de qualquer trânsito de pessoas, que vem custando bilhões a sociedade e todo sistema financeiro mundial.

A partir dessas conjunturas, entretanto, a existência de um direito global nutre vários problemas, iniciando pela base da globalização, pela multiplicidade já na sua essência. A globalização jurídica é uma das principais questões transversais do Direito, talvez o mais importante desafio do novo milênio. Sempre pautada pelos princípios da proporcionalidade e da *reciprocidade*<sup>5</sup>, sendo esta uma marca da comunidade internacional, enfrenta-se o individualismo majorado pela própria globalização.

No intuito de explicar sobre o direito global, incontestável é que o direito e seus princípios têm ganhado espaço na ordem mundial. Constata-se a adoção de princípios básicos de utilização e construção deste direito global, a saber: o devido processo legal, a racionalidade, a proporcionalidade, o dever de motivação das decisões (inclusive, administrativas) e a justiça<sup>6</sup>.

Mas quando se fala em princípios gerais de Direito vale lembrar que o art. 6.2 do Tratado da União Europeia os nomeia como direitos fundamentais, assim como a maioria das constituições das nações civilizadas. Assim, o ordenamento jurídico global deve pautar-se pelos seguintes princípios: Igualdade entre os Estados, autodeterminação dos povos, proibição da ameaça e uso da força, solução pacífica das controvérsias, não interferência nos assuntos inter-

4 CASSESE, Sabino. *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, Giuffrè, n° 1, 2002, p. 27-28. No mesmo sentido, CASSESE, Sabino. *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, Giuffrè, n° 4, 2009, p. 895.

5 CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*, Roma, 2012, p. 10.

6 CASSESE, Sabino. *Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Ed. EINAUDI, 2009. *Passim*.

nos, respeito aos direitos humanos, cooperação internacional e boa-fé<sup>7</sup>.

Assim, tal ordenamento jurídico global necessita fazer frente a problemas diversos, tais como, conflitos de uniformidade e diferenças nacionais, a atribuição de competências, a promoção dos direitos humanos, o combate às redes criminosas, enfim, uma nova e eficaz forma de limitação de um poder de extrema fluidez, como é a ordem global atual. Eis o projeto a ser construído e executado: *os direitos de participação, a obrigação de transparência e controle judicial como garantias do direito global*<sup>8</sup>.

Contudo, discute-se uma falta de legitimidade básica, que é compensada por meio da lei. As autoridades públicas internacionais supra e ultra-estatais exercem uma autoridade legítima, não tanto porque os Estados deram o seu consentimento, mas porque atuam de acordo com a lei, respeitando o *due process of law*<sup>9</sup>.

Há um forte problema decorrente do conflito entre uniformidade global e diferenças nacionais (locais), da concorrência entre normas globais, normas nacionais e normas locais, da identificação do juiz competente para conhecer/decidir sobre a pretensão resistida, seja ela nacional ou global. Todavia, não há dúvida da existência de uma ordem jurídica global, nem que a mesma deu um passo gigante nos últimos anos, mas em sua dinâmica, a problemática de legislações globais nos faz lembrar que os mais universalizáveis são os Direitos Humanos, pois do homem como pessoa e como indivíduo.

Se existe um *espaço jurídico global*<sup>10</sup>, caracterizado pela eliminação das barreiras (especialmente econômico e financeiro), pode-se dizer que estamos diante do fim subentendido dos territórios, destacando a relativa mobilidade física das pessoas e bens. Consequentemente, também estamos diante da mo-

7 Sabino Cassese, pelo Direito Global levantou os princípios do devido processo legal, da racionalidade, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões (inclusive, administrativas) e da justiça. O irmão do autor, Antonio (CASSESE, Antonio. *Il diritto Internazionale nel mondo contemporaneo*. Bologna, Il Mulino, 1984, p. 149), completa a lista dos princípios, embora um possa estar sobreposto em outro, em destaque para o princípio da Justiça, as singularidades de cada um destes princípios é marcante e não poderiam estar de fora do ordenamento jurídico global pesquisado nem do Direito Global refletido pelo autor.

8 CASSESE, Sabino. *Il diritto globale...* ob. cit. p. 31 e seguintes. O professor Sabino Cassese aborda também a problemática da legitimação das instituições globais, fazendo-nos pensar na construção, se possível, de uma democracia cosmopolita, capaz de influenciar a produção, a interpretação e a aplicação do ordenamento global.

9 CASSESE, Sabino. *La Globalización Jurídica*. Trad. Luis Ortega *et al.*. Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2006, p. 24. Logo adiante, na mesma obra (p. 27), afirma que “todos os órgãos jurisdicionais e quase-jurisdicionais, antes de resolverem controvérsias, produzem normas (*judge made law*), que são respeitadas ou em relações internacionais ou nos Estados, porque toda comunidade internacional é aderente – como já observado – aos princípios do *due process of law*.”

10 CASSESE, Sabino. *La Globalización Jurídica*. Ob. Cit. p. 13-31. Espaço jurídico global também foi objeto da palestra dada pelo Professor Sabino Cassese durante a celebração de seu Ato de Investidura como Doutor Honoris Causa na Universidade de Castilla-La Mancha, 21 de janeiro de 2002.

bilidade entre regimes jurídicos, possibilitando a capacidade de eleição entre o Direito singular que mais favorece ou é menos oneroso para o sujeito: direito de escolha dado pelo Estado.

Assim, importante reconhecer a mediação de conflitos como fenômeno global que transcende o Direito, sendo indiscutível o grande desenvolvimento desta técnica de resolução de conflitos nos últimos tempos, crescimento impulsionado pelo poder público, sendo “indiscutivelmente parte integrante de um sistema moderno de Justiça”<sup>11</sup>.

Conectar a mediação de conflitos na ordem jurídica global não é simples, de início, deve ser recapitulado que o ordenamento jurídico global, embora baseia-se na Lei, por mais que se tente singularizar ao caso nunca irá atingir a todos com proporcionalidade, acabando por aumentar o vazio hierárquico na ordem jurídica global, dilatado de normas transnacionais, supranacionais, nacionais e regionais, agravando a não uniformidade do ordenamento.

Mesmo que o direito global busque dividir mais as questões públicas das privadas, o *due process* é o mais justo que a norma pode fazer em disputas multipolares, inclusive com órgão jurisdicional internacional intervindo e reexaminado decisões judiciais nacionais. Assim, já estamos no momento de ter um olhar mais atento a compreensão de um ordenamento voltado prioritariamente à *pacificação social*<sup>12</sup>, principalmente através da resolução de controvérsias pela mediação de conflitos (extra)judicial e em suas diversas outras vertentes, porque transcendem a pertinência aos sujeitos de direito internacional, já presente no ordenamento global e na grande maioria dos direitos nacionais.

A Directiva 2008/52/CE do Parlamento e Conselho Europeu trata de certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, sendo o melhor exemplo mundial de consagração do instituto da mediação de conflitos dentro da ciência jurídica internacional. Para tanto, os Estados membros foram postos a incluir o acesso a modos de resolução de litígios judiciais e extrajudiciais, modificando seus códigos de processo civil/comercial, onde a presente directiva acabou por ser responsável pela inspiração da grande maioria das Leis de Mediação pelos estados nacionais, que em sua maioria apenas transcreveram seus ditames.

Em sincronia com as demais conceituações legais, para o *Parlamento e o Conselho Europeu*, pelo art. 3º, alínea “a” da Directiva nº 2008/52/CE, a media-

11 GOUVEIA, Mariana França. *Mediação e Processo Civil*. In: Cadernos de Direito Privado, nº especial 1, 2010, pp. 24-44, p. 24.

12 Para Mariana Gouveia, a primeira base da mediação é o empoderamento (*empowerment*), pelo qual são as partes envolvidas no conflito as mais habilitadas para encontrar uma solução, já o “segundo pilar da mediação relaciona-se com o seu fim. Ao contrário dos meios clássicos de resolução de conflitos, que são construídos para a resolução da disputa apresentada pelas partes, a mediação dá preferência à pacificação social, isto é, tem como objectivo sanar o problema, restabelecendo a paz social entre os litigantes. Este fim sobrepõe-se inteiramente à questão do direito. Não importa saber quem tem razão, mas antes procurar resolver os problemas subjacentes ao aparecimento do litígio”. Cf. GOUVEIA, Mariana França. *Mediação e Processo Civil*. Ob. Cit. p. 28.



ção é “um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito”.

Dissertando sobre direito global, para OSLE<sup>13</sup> os meios alternativos de resolução de litígios (*alternative dispute resolution*), como negociação (*negotiation*), mediação (*mediation*) ou conciliação (*conciliation*), “mostram o verdadeiro significado da justiça: alcançar a paz através da resolução eficaz de conflitos”. Para o autor, a flexibilidade e velocidade na tomada de decisões, a confidencialidade que se guarda, a possibilidade oferecida às partes para selecionar aqueles que têm que resolver o conflito, bem como, muitas vezes, economizando dinheiro em relação aos processos comuns, levaram a esses novos métodos de resolução alternativa de conflitos (*disputes*) são desenvolvidas a uma taxa insuspeita por alguns anos e são chamadas a ocupar uma posição de honra na era da globalização.

Contextualizando a obra de Rafael Oslé, para o professor estamos diante de uma única ordem global, coerentes com as dimensões familiares e comunitárias, o que coloca a pessoa humana no centro de sua estrutura. Assim, “no dia que o direito internacional deixa de reconhecer o Estado como o tema principal e começar a dar primazia à pessoa, naquele dia, repito, o direito internacional se tornará direito global. Há uma grande metamorfose jurídica a alcançar.”<sup>14</sup>

Para o autor, a ciência do Direito exige uma mudança radical, uma verdadeira transformação silenciosa que, sem abandonar a tradição, venha redefinir o caminho do Direito para o terceiro milênio. Entrementes, “a ciência jurídica deve retornar a essência, recuperar a sua autoconsciência, e libertar-se de uma história recente marcada por conflitos e divisões, guerras e ressentimentos, que pesam sobre seus ombros.”<sup>15</sup>

Pondera ainda que, como a globalização transformou a face da Terra, e os paradigmas da modernidade foram alterados por uma série de fatores que superaram a velocidade da reflexão dos intelectuais, onde os juristas e o Direito não podem ficar imunes a essas novas premissas. “Não se deve ignorar as enormes dificuldades para reconfigurar uma ordem ultrapassada, mas não podemos resignarmos a ver como uma massa imponente a marcha do cansado Estado regula as relações interpessoais, condicionando a vida das nações e dos indivíduos”<sup>16</sup>.

A relevância normativa transformou a mediação em remédio à sobrecarga do Poder Judiciário, mas ela não é apenas um elemento do direito e do

---

13 OSLE, Rafael Domingo. ¿Que es el Derecho Global? 6ª Ed., Universidad de Navarra, 2009, tradução nossa, p. 101-102.

14 *Idem*, p. 90.

15 *Ibidem*.

16 *Idem*, p. 90-91.

ordenamento jurídico global, sua eficiência no alcance da própria justiça e a forma pura de resolução do conflito faz dela o principal instrumento estatal de solução de conflitos, inclusive em tempos de COVID-19.

A mediação é importante condutora dos direitos humanos na globalização. Após a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), passamos a adjetivar a sociedade atual (sociedade de risco global)<sup>17</sup>, vez que *a globalização conduz os direitos humanos*. O fluxo mundial dos direitos humanos acarreta a possibilidade de transferir as garantias do homem de um ponto a outro do planeta com enorme rapidez, atravessando as fronteiras e facilitando sua dispersão, o que escapa ao controle estatal.

Neste sentido, incapaz de proteger os direitos naturais do indivíduo, de forma unilateral e isolada, o Estado passa a se valer dos poderes das próprias pessoas envolvidas no conflito para tratamento da controvérsia, oportunizando um tipo mais moderno de acesso à justiça: a mediação de conflitos.

Como parte da política da União Europeia para estabelecer um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, um dos objetivos da Directiva 2008/52/CE é de assegurar um melhor acesso à justiça, contribuindo inclusive para funcionamento do mercado interno (considerando 5º).

Nesse desiderato, importante lembrar que a humanidade já passou por diferentes *ondas de acesso à justiça*<sup>18</sup>: o acesso gratuito através da assistência judiciária, a representação jurídica pública dos interesses difusos e coletivos e o **enfoque de acesso à justiça**. Destaca-se esta última onda, porque o simples acesso ao sistema judicial deixou de ser suficiente, o acesso digno somente ocorre quando existe um tempo razoável para a entrega efetiva da prestação jurisdicional e, principalmente, quando as partes envolvidas podem participar livremente e construírem abertamente sua própria justiça, quer seja através da *negociação direta ou indireta*<sup>19</sup>.

Para MANCUSO<sup>20</sup>, esta terceira e última onda de acesso à justiça se deu quando o Estado deixou de ofertar a sociedade uma justiça efetiva, aumentando naturalmente e por estímulo legal (processual) a busca por formas adequadas de resolução de conflitos, como a mediação. Dessa forma, podemos dizer que mediação propicia um *acesso à ordem jurídica justa*<sup>21</sup>.

17 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesus Albaréz Rey. Barcelona: Biblioteca Selecta, 2002. No mesmo sentido: LOUREIRO, João. *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos em homenagem ao professor doutor Rogério Soares. Coimbra. 2001. *Passim*.

18 *Idem*, p. 6.

19 A negociação direta é a forma mais primitiva e informal de se solucionar uma disputa de interesses. A negociação indireta é realizada com colaboração de um terceiro imparcial: o mediador. Portanto, pode-se considerar que a mediação é “uma negociação assistida por um terceiro” (Cf. GOUVEIA, Mariana França. *Resolução alternativa de litígios*. Relatório apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. 2008. p. 33).

20 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 153 e 154.

21 BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012,

Muito importante saímos do campo superficial do acesso à justiça para realmente compreender que este acesso também se refere aos direitos, ou seja, para se ter qualquer condição de busca por justiça, através de uma tutela jurisdicional efetiva, o indivíduo deve ter *direito de acesso ao direito*. O que na visão de CANOTILHO<sup>22</sup> trata-se “um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo, por isso inerente à ideia de Estado de Direito”, reforçando que ninguém pode ser privado de levar sua situação à apreciação de um tribunal, este acesso “consagra um direito fundamental independentemente da sua recondução a direito, liberdade e garantia, ou direito análogo aos direitos liberdades e garantias.” Portanto, embora haja uma fina camada divisória nesta notória mistura, sem acesso aos direitos o acesso à justiça fica totalmente inexequível.

No manual de referência *Compreender os Direitos Humanos*<sup>23</sup>, observa-se como a questão do conflito já é apresentada no prefácio de Shulamith Koenig, o qual pondera que: “Aprender que os direitos humanos apelam ao respeito mútuo e que todos os conflitos têm de ser resolvidos, guiados pelos direitos humanos no sentido da sua realização plena”<sup>24</sup>. Destaca que devemos ser guiados pelos direitos humanos, como uma forma de vida, uma vez que o conhecimento dos direitos humanos é inerente a cada um de nós e, da mesma forma, proporcionalmente sabemos quando a injustiça está presente e que a justiça é a expressão última dos direitos humanos.

Para viver isto, deve-se ter como pressuposto que o centro dos direitos humanos está na pretensão de proteger a *dignidade humana*<sup>25</sup> de todas as pessoas, apesar de suas variadas diferenças (gênero, raça, situação econômica, nacionalidade, etc). Assim, a pessoa humana é o centro da sua preocupação, baseando-se num sistema de valores universal e comum dedicado a proteger a vida, assim, os direitos humanos fornecem um molde para a construção de um sistema protegido por normas e padrões internacionalmente aceitos.

Veja-se que o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos,

---

p. 55.

22 CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. 1. Coimbra Editora, 2007-2010, p. 408 e 409.

23 MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (Coordenadores da versão em língua portuguesa); BENEDEK, Wolfgang (Editor da versão original em língua inglesa: *European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy – ETC – Graz, 2012*): ***Compreender os direitos humanos – manual de educação para os direitos humanos***. Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), 3ª edição, 2012.

24 Prefácio de Shulamith Koenig: Aprender e integrar os direitos humanos como uma forma de vida - um percurso que todos temos de percorrer. In: MOREIRA, Vital; *et all. Compreender os direitos humanos (...)*. Ob. cit. p. 40.

25 Dentro do conteúdo da dignidade humana está a oportunidade dada pela mediação, através da “garantia de uma identidade pessoal dos indivíduos, bem como o direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito a sua esfera particular.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva Constitucional*. 11 Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p. 101.

refere os principais pilares do sistema de direitos humanos, isto é, liberdade, igualdade e solidariedade. Na mediação encontram-se liberdades de pensamento, de consciência e principalmente de negociar livremente sobre seu próprio conflito, direitos estes encontrados na liberdade de *opinião e de expressão*. Do mesmo modo, os direitos humanos garantem a igualdade, tal como a proteção igual contra todas as formas de discriminação no gozo de todos os direitos humanos, incluindo a igualdade total entre as pessoas em conflito (mulheres, homens, empresas, Estados).

A liberdade de expressão é um direito que se baseia na liberdade de opinião. As suas manifestações vão desde a expressão individual de opiniões à liberdade institucional dos meios de informação. “A liberdade de opinião é um direito civil absoluto, enquanto a liberdade de expressão é um direito civil e político que pode ser sujeito a certas restrições”<sup>26</sup>, como manifestações de ódio, apologia a ilícitudes e expressões preconceituosas e de relevante desrespeito, em especial desrespeito a dignidade humana.

Como o direito universal de livre expressão tem o sentido de liberdade de difundir, bem como de expressar opiniões e ideias de todos os tipos, esta liberdade abrange desde procurar, receber, quanto produzir informação e ideias, em qualquer forma – oralmente, escrita, sob a forma de arte, ou através de outro meio de comunicação, incluindo as novas tecnologias. “Consequentemente, a liberdade de expressão seria também parte integrante de um proposto ‘direito a comunicar’”<sup>27</sup>.

Para o psicanalista e mediador VEZZULLA<sup>28</sup>, “os que sabem de si mesmos são os mediandos por serem pessoas com história e pré-histórias únicas que os antecedem”, desta forma “só eles sabem dos seus conflitos e da melhor maneira de resolvê-los”. Nesta seara, uma das mais importantes habilidades do mediador é auxiliar os mediandos a identificarem seus reais interesses, criando “condições para promoção do diálogo entre as partes, o restabelecimento da comunicação e a transformação do conflito”<sup>29</sup>.

Dessa forma, observa-se na prática da mediação os *principais elementos da liberdade de expressão e de opinião*<sup>30</sup>, os quais são exercidos diretamente pelas pessoas envolvidas no conflito: liberdade a ter opiniões sem interferência (li-

26 MOREIRA, Vital; Et all. *Compreender os direitos humanos*. Ob. Cit. p. 417.

27 *Idem*, p. 418.

28 VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana*. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). *Mediação de Conflitos*. Ed. Atlas, São Paulo, 2013, p. 63-93, especialmente p. 76.

29 SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). *Mediação Interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares*. In: *Mediação de Conflitos*. Ed. Atlas, São Paulo, 2013, p. 160-180, especialmente p. 166. Na mesma obra, TARTUCE também reconhece a técnica como primordial para o êxito da mediação, reforçando que o fim é o “restabelecimento da comunicação, a prevenção de conflitos e a promoção da pacificação social” (Cf. TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de Mediação*. In: *Mediação de Conflitos*. Ob. cit., p. 42-57, especialmente p. 55).

30 MOREIRA, Vital; Et all. *Compreender os direitos humanos*. Ob. cit. p. 418.

berdade de opinião), liberdade de procurar, receber e transmitir informação e ideias (liberdades de expressão e de informação), oralmente, por escrito ou através de qualquer meio de informação (liberdade dos meios de informação); sem limitação de fronteiras (liberdade de comunicação internacional).

Enquanto os direitos humanos empoderam os indivíduos de forma ampla, a mediação empodera às partes envolvidas no conflito de forma restrita, mas, malgrado serem adstritas a individualidade, em ambos os casos as consequências do empoderamento chega a comunidade e a sociedade em que estão inseridos os já empoderados, sentindo a transformação rumo à completa implementação de acesso aos direitos, principalmente porque “os conflitos têm de ser solucionados através de meios pacíficos, fundamentados no primado do Direito e no âmbito do sistema de direitos humanos”<sup>31</sup>, sendo a mediação uma das melhores formas.

## Considerações finais

Por fim, não só se observa a mediação como instrumento de acesso adequado à justiça, mas como ferramenta de construção e proteção da dignidade humana, dentro e fora do âmbito judicial, visto que suas técnicas não são exclusivas para colaborar na resolução do conflito, mas na aproximação das pessoas envolvidas na disputa, levando a uma verdadeira possibilidade de pacificação, que nunca é só restrita aquelas pessoas, o efeito é logo absorvido por toda humanidade.

Como a paz tem elevadíssima importância, a relevância do conflito, em especial vê-lo de forma natural, se tornou mais clara com a pandemia da COVID-19. Em grande parte dos casos, o conflito não pode ser resolvido por contemplativo uso da metodologia de subsunção. Cabe ao jurista examinar os fatos para em seguida apontar o direito aplicável, não podendo se eximir de resolver o conflito à revelia de seu o componente fundamental: o ser humano.

A mediação de conflitos completa este axioma transversal do jurista para com a sociedade criado pelo próprio Estado, pois, malgrado o conflito social iniciar o movimento de ruptura da comunicação rumo as friezas do egoísmo, é a mesa de mediação o local perfeitamente cômodo para o ambiente mais impecavelmente incômodo. Destarte, a mediação se demonstra perfeito instrumento do direito e do ordenamento jurídico global como facilitadora, não só do acesso à justiça, mas do acesso aos direitos, dentre eles, numa simbiose se observam os direitos humanos de liberdade de expressão e de opinião, exercidas pelas próprias partes com auxílio do mediador. Liberdades estas que passam pelo conflito, encontram os interesses e resolvem as controvérsias.

## Referências

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 44.

- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesus Albaréz Rey. Barcelona: Biblio. Selecta, 2002.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1. Coimbra Editora, 2007-2010.
- CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**, Roma, 2012.
- CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, n° 1, 2002.
- CASSESE, Sabino. **La Globalización Jurídica**. Trad. Luis Ortega *et all.* Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2006.
- CASSESE, Sabino. **Administrative law without the state? The challenge of global regulation**. New York University Journal of International Law and Politics, v. 37, n° 4, 2006.
- CASSESE, Sabino. **Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato**. Torino: Ed. EINAUDI, 2009.
- CASSESE, Sabino. Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo. **Revista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, n° 4, 2009.
- GOUVEIA, Mariana França. **Resolução alternativa de litígios**. Relatório apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. 2008.
- GOUVEIA, Mariana França. Mediação e Processo Civil. In: **Cad. de Direito Privado esp. n° 1**, 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- MOREIRA, Vital; et all.: **Comprender os direitos humanos – manual de educação para os direitos humanos**. Ius Gentium Conimbrigae, 3ª edição, 2012.
- LEVITT, Theodore. **The Globalization of Markets. From the May, 1983**. ISSUE. In: <https://hbr.org/1983/05/the-globalization-of-markets>. Acessado em 18/11/2020.
- LOUREIRO, João. Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos em homenagem ao professor doutor Rogério Soares**. Coimbra. 2001.
- MARQUES, Mário Reis. **A proteção internacional dos Direitos Humanos. Dos sistemas regionais ao intento global da ONU**. Boletim de Ciências Económicas, LVII / II. 2014.
- OSLÉ, Rafael Domingo. **¿Que es el Derecho Global?** 6ª Ed., Universidad de Navarra, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva Constitucional**. 11 Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). Mediação Interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares. In: **Mediação de Conflitos**. Ed. Atlas, São Paulo, 2013.

TARTUCE, Fernanda. Técnicas de Mediação. In: **Mediação de Conflitos**. Ed. Atlas, São Paulo, 2013.

VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). **Mediação de Conflitos**. Ed. Atlas, São Paulo, 2013.

# A MEDIAÇÃO NO ÂMBITO JUDICIAL COMO FORMA DE SOLUÇÃO E PACIFICAÇÃO DE CONFLITO NA ALIENAÇÃO PARENTAL

**Maria do Rosario Arruda de Oliveira**

Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa - UAL; Pós-graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Potiguar; Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista - ESMAT; Graduada em Direito pela Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ; Juíza de Direito do Estado de Pernambuco

## **Resumo:**

O presente trabalho tem como escopo central realizar uma análise comparativa entre a mediação familiar nos ordenamentos brasileiro e português, a fim de responder ao seguinte questionamento: Qual a contribuição da mediação familiar no âmbito judicial nos conflitos decorrentes de alienação parental como mecanismo de solução de conflitos? Para tanto, utiliza-se da metodologia dedutiva e do método comparativo, adotando-se a investigação através das pesquisas bibliográficas e documentais, visando investigar e analisar o instituto da mediação e a sua contribuição aos conflitos referentes à alienação parental. Constatou-se, como resultado, que a mediação no processo contencioso é um instrumento eficaz para pacificação de conflitos envolvendo alienação que pode decorrer de um acordo construído com as partes ou mesmo sem transação, com o canal de comunicação aberto entre os envolvidos, auxiliando a autoridade judiciária a proferir uma decisão mais justa.

**Palavras-chave:** Alienação parental; Brasil e Portugal; Mediação familiar; Processo judicial; Solução dos conflitos.

## **Introdução**

Os conflitos familiares dão ensejo a sentimentos fortes e duradouros, razão pela qual a comunicação entre as partes, no curso de um processo judicial, o que também acarreta um forte propósito de vitória de um sobre o outro na demanda. O rompimento do vínculo afetivo e jurídico, bem como a instabilidade causada, têm por consequência o surgimento de controvérsias que podem afetar demasiadamente as relações entre os genitores e os seus filhos, especialmente quando há identificação de alienação parental.



O propósito central deste trabalho é abordar a contribuição da mediação familiar no âmbito de um processo contencioso como forma de reconduzir as partes ao diálogo e construir uma decisão cooperada, diminuindo os riscos de incumprimentos e gerando pacificação social naquela entidade familiar, (embora seja também apresentado nessa intervenção as situações em que a mediação se torna inaplicável). Para isso, a pesquisa estudará comparativamente os ordenamentos brasileiro e português, respeitando as distinções sociais, políticas e econômicas entre os dois países.

A fim de obter uma melhor compreensão será realizada uma breve abordagem acerca da mediação judicial nos sistemas luso-brasileiro. Em seguida, será dado um enfoque nas questões relacionadas à alienação parental, apresentando a definição, as causas que a caracterizam, a legislação aplicável e suas consequências jurídicas.

Por último, a partir da análise da mediação judicial nos sistemas luso-brasileiro, versará sobre a viabilidade e a contribuição da mediação familiar no âmbito judicial nos conflitos que envolvem alienação parental, como ferramenta capaz de viabilizar uma solução cooperativa dessas controvérsias, como também, na ausência de acordos, de reconduzir as partes à comunicação, auxiliando a instrução processual e uma decisão mais justa da autoridade judiciária.

## **Mediação Familiar no contexto do direito brasileiro e português**

### **Da mediação no âmbito judicial no Direito português**

Em Portugal, ordinariamente, a mediação é utilizada nos processos de divórcio e nas questões de responsabilidades parentais, embora, tenha abrangência em todos os conflitos familiares<sup>1</sup>. Por outro lado, não se admite a mediação obrigatória<sup>2</sup>, ou seja, a submissão das partes a uma sessão obrigatória para dirimir conflitos antes, durante ou após o processo judicial.

No âmbito judicial, o art. 273 do Código Processo Civil português contempla a possibilidade de mediação no curso do processo, a requerimento das partes ou oficiosamente, nesta última hipótese, desde que haja interesse dos envolvidos, oportunidade que a remessa a mediação implica a sua suspensão processual por um período no máximo de três meses, sem prejuízo de tomada de decisões urgentes pela autoridade judiciária<sup>3</sup>.

Advém, ainda, do art. 24.º da Lei que tutelou o regime geral do pro-

---

1 CRUZ, Rossana Martingo. A mediação familiar e as realidades (para) familiares, em especial a união de facto: dissonância prático-legal? In: **Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões—Actas do Congresso Internacional**. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2016. p. 717-734.

2 CRUZ, Rossana Martingo - **A mediação familiar como meio complementar de justiça**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. p. 48.

3 POÇAS, Isabel - A participação das crianças na mediação familiar. **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. Ano 73 (2013), p. 813-862. [Consult. 20 set. 2019]. Disponível em <http://repositorio.uportu.pt:8080/handle/11328/793>.

cesso cautelar cível<sup>4</sup>, especialmente em processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, a mediação em qualquer estado do processo, nos moldes do Código Processo Civil português, desde que haja uma vontade mínima dos envolvidos em submeter ao método. Efetivado o acordo, encaminha-se ao Tribunal para homologação do mesmo.

A legislação portuguesa quando dispõe sobre a mediação exige a anuência dos envolvidos, em decorrência do princípio da voluntariedade, mesmo quando o magistrado identifica no processo que aquele conflito familiar se enquadra no método como uma melhor alternativa de solução para as partes. Assim, mesmo que haja um consentimento inicial a participação da mediação, não estão obrigados a permanecer nela, sem que isso ocasiona uma violação a deveres de cooperação, bem como que a desistência não terá reflexo negativo no processo judicial em curso<sup>5</sup>.

Nesse ponto, concorda-se com o entendimento de Rossana Martingo e Antonio Farinha<sup>6</sup>, no sentido de que a exigência de participação de uma pré-mediação obrigatória para determinadas matérias, especialmente em conflitos familiares, com a finalidade de esclarecer as partes sobre as vantagens de recorrer a mecanismos de resolução alternativa, bem como da solução conciliada e das consequências do processo, sem implicar, em caso de insucesso em prejuízo ao processo judicial. Com efeito, compreende-se que a participação das partes a uma sessão de mediação seja pré-processual ou por determinação judicial no curso do processo, em conflitos familiares, não viola a voluntariedade, uma vez que as partes não serão obrigadas a firmar nenhum compromisso e não acarretará repercussão negativa no âmbito judicial. O que se busca é ampliar o conhecimento dos envolvidos sobre os benefícios de uma mediação e de uma solução com a participação cooperada das partes.

Entende-se a mediação familiar como uma forma eficaz e com benefícios na solução pacificada desses conflitos. Por outro lado, há autores que entendem que em certas situações, a exemplo de violência, maus-tratos e manifesto desinteresse do casal, não se prescreve o meio<sup>7</sup>, mesmo nos casos de alienação parental. Entretanto, a linha deste trabalho, segue pela a defesa da mediação em todos os conflitos familiares, conforme adiantado, é um método de resgate de comunicação entre as partes, o que auxilia no consenso nas relações duradouras.

4 LEI n.º 141/2015<sup>2</sup>. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 141/2015 (11-09-2015), p. 7187 - 7198. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/141/2015/09/08/p/dre/pt/html>.

5 CRUZ, Rossana Martingo - **A mediação familiar como meio complementar de justiça**. **Op. Cit.** p. 49.

6 CRUZ, Rossana Martingo - **A mediação familiar como meio complementar de justiça**. **Op. Cit.** p.51.

7 Nesse sentido: BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo - **A criança e a família: uma questão de direito (s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 274.

## Da mediação no âmbito judicial no Direito brasileiro

A mediação no processo contencioso foi prestigiada de forma significativa como forma de resolução alternativa de conflito, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e das disposições da Lei de mediação.

Captando essas ideias, o art. 694 do Código de Processo Civil de 2015, deu tratamento diferenciado às ações de família. Pelo regramento, serão empreendidos todos os esforços para que os processos de família sejam solucionados pela via consensual<sup>8</sup>. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. Não há um prazo de suspensão definido na lei, o que se entende pelo prazo razoável para a solução consensual do conflito. Há um reconhecimento da mediação judicial e interdisciplinar, através do diálogo com outros profissionais para auxiliar a dirimir o conflito de forma eficaz e pacificada<sup>9</sup>.

Outra especificidade encontra-se no art. 695 do mesmo diploma legal, ao determinar a citação do réu para comparecimento a uma sessão de mediação e conciliação na qual serão empreendidos todos os esforços para a solução consensual da controvérsia. Ao contrário da regra geral do art. 334 do CPC, nas ações de família há uma obrigatoriedade no comparecimento à audiência, em razão do dever de cooperação disposto no artigo antecedente que se aplica a todos os envolvidos no litígio<sup>10</sup>.

O objetivo do legislador em prever o comparecimento obrigatório a uma audiência é reduzir a litigiosidade, alterar o comportamento dos demandantes, dos seus advogados, bem como dos magistrados e demais servidores do Poder Judiciário apresentando a mediação como uma resolução eficaz nos conflitos familiares que envolvem tensões emocionais<sup>11</sup>. Embora o característico da mediação seja a voluntariedade, a exigência legal da presença das partes neste ato de apresentação da mediação tem o condão de incentivar e apresentar os benefícios de uma solução cooperada entre as partes.

Entretanto, há entendimento que esse dever de comparecimento comporta exceções a partir de uma interpretação do dispositivo com as diretrizes dos meios consensuais de solução de conflitos<sup>12</sup>. Na linha deste trabalho, outros autores<sup>13</sup> compreendem de forma contrária, no sentido de que o en-

8 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2016. p.370-374.

9 CHAVES DE FARIA, Christiano. Art. 694. In: ARRUDA ALVIM, Angelica; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 795.

10 PIMENTEL, Alexandre Freire - O procedimento das ações de família (de jurisdição contenciosa e voluntária) no CPC/2015. **Revista da AJURIS**. [Em linha]. N.º 141 (2017), p. 63-86. [Consult. 20 set. 2019]. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/nova-edicao-da-revista-da-ajuris>.

11 FARIAS, Cristiano Chaves de - **Manual de Direito Civil. Op. Cit.** p.992-993.

12 TARTUCE, Fernanda - **Op. Cit.**p.370-374.

13 Nesse sentido- **A mediação familiar como meio complementar de justiça. Op. Cit.**

caminhamento a uma sessão de mediação visa promover o instituto e seus benefícios, não obrigando as partes a assinar um acordo, uma vez que respeita a liberdade dos envolvidos em permanecer ou não na sessão.

Para reforçar a valoração às formas de solução de conflitos familiares, a legislação adjetiva previu no art. 696 do CPC/2015 a possibilidade de fracionamento da audiência de mediação e conciliação, em tantas vezes quanto necessárias à solução conciliada do litígio, sem prejuízo de decisões judiciais urgentes<sup>14</sup>. Neste ponto, destaque-se que o legislador brasileiro observou as diretrizes da mediação, uma vez que é um procedimento flexível, estruturado em fases<sup>15</sup>. Ao final de cada sessão, o mediador avalia o momento, as controvérsias e os avanços das tratativas, designando uma nova data na busca de um projeto de acordo construído com as partes<sup>16</sup>.

A legislação brasileira avançou ao permitir procedimentos diferenciados nos conflitos de família, sobretudo, nos casos de alienação parental, ao consagrar a mediação em diversos dispositivos legais com a finalidade de promover essa forma de solução mais eficaz e pacificada nessas controvérsias tensionais.

## **Alienação parental: Definição e Características**

A dissolução de uma relação conjugal, seja pelo divórcio ou separação, implica juridicamente no desfazimento de uma relação jurídica, propriamente da sociedade conjugal<sup>17</sup>. Entretanto, as tensões emocionais, sentimentos positivos e negativos desenvolvidos durante o relacionamento, podem continuar a existir após o encerramento do vínculo jurídico entre as partes.

Toma-se como ponto de partida para conceituar a alienação parental, o trabalho de Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade da Columbia<sup>18</sup>. O referido autor, nos idos de 1985, conduzia uma avaliação de crianças e famílias em processo de divórcio que demonstravam um repúdio exacerbado em relação a um dos pais, o qual denominou de síndrome de alienação parental, que consistia na manipulação ou perturbação da prole, iniciada por um dos genitores, mediante uma campanha de difamação para que os filhos rejeitem veemente o genitor não guardião, ensejando o afastamento<sup>19</sup>.

---

p.49-52 e GOUVEIA, Mariana França - **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 65.

14 FARIAS, Cristiano Chaves de - **Manual de Direito Civil**. Volume único. 4.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 993.

15 BAHAMONDE, Ruben - Os princípios estruturantes da Mediação em Portugal. [sl]: [sn], [sd]. p.22.

16 TARTUCE, Fernanda - **Op. Cit.** p. 373.

17 FARIAS, Cristiano Chaves de - **Manual de Direito Civil. Op. Cit.** p.1790-1798.

18 ROCHA, Mônica Jardim. Alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional. In: **Psicologia na prática jurídica: a criança em foco**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.60.

19 GARDNER, Richard A - **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. Tradução de Rita Rafaeli. [Em linha]. [sl]: [sn], 2002. [Consult. 20 set. 2019]. Disponível em <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>.

Embora o foco do trabalho seja a alienação parental, esclarece-se, por oportuno, que no âmbito da teoria de Gardner há uma diferenciação entre alienação parental e síndrome de alienação parental. O primeiro resulta no afastamento da prole do cônjuge alienado e o segundo se refere ao conjunto de sintomas emocionais desenvolvidos após o fenômeno da alienação.<sup>20</sup>

Com base nos fundamentos mencionados anteriormente, a alienação parental caracteriza-se da seguinte forma: a) a existência de um cônjuge alienador (geralmente o detentor da guarda); b) a promoção de uma campanha difamatória em face do outro cônjuge (sobre fatos que não ocorreram da forma contada) c) a instrução da prole contra o cônjuge alienado; d) a rejeição da prole ao genitor alienado<sup>21</sup>.

Advirta-se, por oportuno, que apesar da tese inicial de Garden ter sido também desenvolvida por outros pesquisadores<sup>22</sup>, a síndrome da alienação parental não foi recepcionada como uma patologia e sua inserção no Diagnóstico da Academia Americana de Psiquiatria - DSM-V foi rejeitada, em razão dos trabalhos não estarem empiricamente documentados.<sup>23</sup>

A legislação brasileira foi precursora na inserção da alienação parental em seu ordenamento, ao editar a Lei 12.318, em 26 de agosto de 2010, denominada de “Lei da Alienação Parental”. A referida disposição legislativa foi um marco sobre o tema, sobretudo, na forma do art. 2º, por conceituar juridicamente e apresentar um rol exemplificativo de formas de alienação. Ademais, com o reconhecimento do comportamento alienador ou indícios de sua ocorrência, instaura-se um procedimento com trâmite prioritário e com acompanhamento interdisciplinar no ambiente familiar.

Por outro lado, em Portugal, a disposição sobre a alienação parental em seu sistema encontra-se muito incipiente. Não há uma evolução legislativa que especifique a sua definição e suas implicações jurídicas, embora reconheça-se a existência em conflitos familiares e a sua aplicação em processos judiciais<sup>24</sup>

Não obstante a ausência desse reconhecimento e da incipiência dos trabalhos acadêmicos, esta matéria continuou a ser estudada, bem como abordada em conflitos familiares na esfera judicial, evoluindo em alguns países com a incorporação nos seus sistemas legais, através da criação de uma legislação específica sobre a temática, como ocorreu no Brasil.

---

20 FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da - Síndrome de alienação parental. **Revista Brasileira de Direito de Família**. ISSN 2358-1670. Porto Alegre: Síntese. Ano 8, n.º 40 (fev.- mar. 2007), p. 5-16.

21 SOUSA, Analicia Martins de - **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p.99. .

22 FEITOR, Sandra Inês - Alienação Parental - Novos Desafios: Velhos Problemas. **Revista Julgar**. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1646-6853. N.º 24, (set.-nov. 2014), p. 199.

23 CINTRA, Pedro et al. Síndrome de Alienação Parental: realidade médico-psicológica ou jurídica. **Revista Julgar**. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1646-6853. N.º 24, N.º. 7, (Jan. – Abril. 2009), p. 197-205.

24 FEITOR, Sandra Inês - Alienação Parental - **Op. Cit.** p. 199.

## A mediação como instrumento de pacificação de conflitos envolvendo a alienação parental

Um processo judicial decorrente de uma dissolução de uma entidade familiar transforma-se no seu trâmite em sucessivas demandas subjacentes, em razão do vínculo emocional entre os envolvidos que dificulta a comunicação e o caráter adversário que vigora no âmbito jurisdicional. Com isso, o ingresso de uma demanda judicial é encarada pelo outro como uma verdadeira competição. Havendo filhos, estes são utilizados como armas na busca de um vencedor<sup>25</sup>, o que reforça a necessidade de um meio que incentive a comunicação, posto que em questões sensíveis e emocionais, o método tradicional de processo não se mostra eficaz na solução dos conflitos familiares.

De referir, ainda, que a sobrecarga do judiciário impede um exame célere e adequado aos processos relacionados a questões familiares, impondo decisões judiciais às partes, não pondo fim ao litígio e facilitando incumprimento e nascimento de novas demandas da mesma entidade familiar. Diante disso, a mediação judicial apresenta-se como uma forma adequada para dirimir conflitos em processos contenciosos a partir da restauração da comunicação, resultando no protagonismo das partes na solução, resolvendo o litígio, bem como demandas acessórias, prevenindo o descumprimento de decisões judiciais<sup>26</sup> ou auxiliando a autoridade judiciária na instrução processual e tomada de decisões.

Nesse quadrante, com a consagração do direito de família mínimo, ou seja, a minimização da ingerência do Estado nas relações familiares<sup>27</sup>, a mediação não se apresenta só com o escopo de desjudicialização, mas também deve ser aplicada no curso de um processo contencioso, onde as posições das partes são antagonicas, auxiliando a autoridade judiciária a construir pontes de comunicação entre os envolvidos. A mediação no âmbito judicial se baseia na interposição de um terceiro neutro e imparcial, com a função de facilitar a comunicação entre os envolvidos sobre os pontos controvertidos<sup>28</sup>, que pode ensejar no fim da disputa com homologação do acordo pelo judiciário ou simplesmente atenuar a litigiosidade para a continuação do processo.

Conforme já se adiantou, o rompimento de uma entidade familiar pode ensejar consequências nas relações de pais e filhos, com o agravamento de uma alienação parental. Nesse contexto, dificilmente as partes conseguem dialogar, uma vez que radicalizam as suas relações, utilizando-se da prole como instrumento de ataque ao cônjuge alienado, resultando no afastamento entre

---

25 ROSA, Conrado Paulino da - A Justiça que tarda, falha: a Mediação como nova alternativa no tratamento dos conflitos familiares. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Uniritter. ISSN 2358-1670. N.º. 61 (ago. -set. 2010). p.63.

26 FARINHA, H. L. Antônio; LAVADINHO, Conceição - **Mediação familiar e responsabilidades parentais**, Coimbra: Almedina, 1997.p.19-20.

27 FARIAS, Cristiano Chaves de - **Manual de Direito Civil**. p.1696.

28 MOORE, Christopher - **O processo de Mediação: estratégias para a redução de conflitos**. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 28.

eles<sup>29</sup>. Em razão disso, retorna-se à questão já tratada neste trabalho sobre a obrigatoriedade de uma sessão de mediação, seja pré ou no curso do processo.

Em Portugal, exige-se uma vontade mínima das partes em participar desse processo de mediação, inclusive no âmbito judicial<sup>30</sup>. No Brasil, em ações de família, há a obrigatoriedade de participação de uma sessão de mediação com a finalidade de difundir e apresentar os benefícios do instituto, comportando exceções para não comparecimento e permitindo o fracionamento da sessão de mediação e da conciliação para viabilizar uma solução consensual<sup>31</sup>. E nos casos que envolvem alienação parental, o magistrado deve utilizar de profissional interdisciplinar para depoimento sem dano da criança ou adolescente, além da mediação como recurso de se buscar a solução do conflito<sup>32</sup>.

Verifica-se, que há distinções entre os países estudados. Independente do ordenamento jurídico, a voluntariedade é característica e princípio formador da mediação. Contudo, o que se defende no Brasil e neste trabalho, é a adoção de uma sessão de mediação obrigatória quando do ingresso do processo, bem como no seu curso, quando o magistrado entender que pela sensibilidade da questão, a remessa ao setor de mediação facilitaria o diálogo seja para uma solução consensual ou até mesmo para instrução processual, sem que isso contrarie a vontade das partes.

Nos casos de alienação parental observa-se um conflito familiar mais agravado, por envolver a relação paterno-filial. Há uma manipulação de um genitor utilizando-se da prole contra o outro, resultando no rompimento dessa relação, que vai se acirrando no decorrer do processo judicial<sup>33</sup>. Desse modo, defende-se a adoção da mediação familiar<sup>34</sup> juntamente com uma equipe de interdisciplinaridade. Essa atuação conjunta visa incentivar o procedimento autocompositivo, retornando as partes ao diálogo e conscientizando-os a ter uma vida harmoniosa em prol da criança, reduzindo-se os efeitos da campanha difamatória sobre o cônjuge alienado e construindo uma decisão cooperada com os litigantes com pacificação nesta lide e nas futuras<sup>35</sup>. E

29 FREITAS, Douglas Phillips - **Alienação parental: comentários à lei 12.318/2010**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.26.

30 CRUZ, Rossana Martingo - **A mediação familiar como meio complementar de justiça – Op.Cit.** p. 48-49.

31 TARTUCE, Fernanda - **Op. Cit.** p.370-374.

32 NEVES, Daniel Amorim Assumpção - **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 11.ed.Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 994.

33 CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de - **A (síndrome de) alienação parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.126-127.

34 GROENINGÁ, Giselle Câmara - Mediação Interdisciplinar – Um Novo Paradigma. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese. Ano 8, n.º 40 (fev.-mar. 2007), p. 161.

35 LEAL, Ana Teresa - Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais – A residência alternada. **A Revista do Centro de Estudos Judiciários**. [Em linha]. Tomo I (2014), p. 365- 415. [Consult. 20 set. 2019]. Disponível

mesmo na hipótese das partes não concluírem com um acordo ou recusarem a participar ativamente na sessão de mediação, pode-se considerar exitosa em face do papel do mediador de conduzir as partes a uma reflexão para recomeçar uma comunicação<sup>36</sup> o que auxilia a autoridade judiciária na instrução e julgamento quando do retorno do processo.

Por todo o esposto, a mediação se posiciona como a melhor forma de atuar nos litígios familiares, especialmente com características de alienação parental, seja como meio extrajudicial ou no âmbito de um processo contencioso, foco deste trabalho. A mediação familiar, através da figura do mediador, terceiro imparcial, conduz a uma comunicação no seio familiar, negociando os pontos controvertidos da demanda, bem como levando os genitores a refletir sobre os efeitos danosos da alienação parental, na busca pacífica de uma solução da lide, reduzindo os riscos de incumprimentos de acordos ou de decisões judiciais.

## Considerações finais

A ruptura afetiva e jurídica de uma entidade familiar, com a falta de comunicação e os conflitos decorrentes deste processo geram consequências negativas, sobretudo quando um dos cônjuges promove uma campanha difamatória, manipulando a prole em comum contra o outro, resultando no afastamento e privação de convivência com o filho.

A partir da constatação acerca da complexidade nos conflitos familiares decorrentes de alienação parental e das análises de ambos os ordenamentos jurídicos, o presente trabalho apresentou possibilidades de soluções pacíficas em demandas familiares com o estímulo à mediação. O enfoque do trabalho são as contribuições no âmbito judicial nos casos de alienação parental.

Após o estudo de ambos os sistemas jurídicos e as considerações sobre as consequências da alienação parental, constata-se que a adoção de uma sessão de mediação obrigatória no curso do processo, com a finalidade de apresentar o instituto as partes e os seus benefícios, não implica em violação à liberdade, mas uma forma buscar a pacificação desses conflitos, a partir da compreensão da gravidade da alienação parental, e a construção de uma decisão com a participação ativa dos envolvidos.

No curso de uma lide judicial afetada pela alienação parental, as partes encontram-se radicalizadas pela ausência de diálogo, o que dificulta, inclusive a atuação da autoridade judiciária. Nesse ponto, necessário se faz a remessa do processo para o setor de mediação, uma vez que se afasta do quadro adversarial do processo judicial, na presença de um mediador, terceiro imparcial, que tem a finalidade de trabalhar os pontos controvertidos, restabelecendo a comunicação dos mediados para que compreendam a responsabilidade de-

em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela\\_Civel\\_Superior\\_Interesse\\_Crianca\\_TomoI.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_TomoI.pdf).

36 SPENGLER, Fabiana Marion; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan - **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.318.



les com seus filhos. Dessa atuação do mediador pode resultar em um acordo pondo fim ao litígio, como também, mesmo não resultando em transação, enxerga-se benefícios na mediação, uma vez que as partes são levadas a uma reflexão de suas responsabilidades com sua prole.

Nesse contexto, independente do ordenamento jurídico, no curso de um processo contencioso, a mediação familiar se apresenta como a ferramenta mais eficaz para reconstruir a comunicação entre as partes que pode resultar em uma decisão acordada e cooperada por eles, posteriormente homologada pelo Juiz ou mesmo na ausência de acordo, facilitar a atuação da autoridade judiciária na instrução processual.

Por último, a mediação familiar é forma mais adequada para atuar nos conflitos familiares decorrentes de alienação parental, especialmente no âmbito judicial. Defende-se ainda que a mediação deva ser utilizada em conjunto com uma atuação de profissionais interdisciplinares para alcançar uma efetiva pacificação social.

## Referências

CÓDIGO de Processo Civil: **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. 9.ª ed. Brasília: Senado, 2017. ISBN: 978-85-7018-710-9.

CÓDIGO de Processo Civil: Lei n.º 41/2013. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 121 (26-06-2013), p. 3518 - 3665. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/41/2013/06/26/p/dre/pt/html>.

LEI n.º 12.318/2010. **Diário Oficial da União, Seção I**. [Em linha]. (27-08-2010), p. 3. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2010/lei-12318-26-agosto-2010-608120-norma-pl.html>.

LEI n.º 141/2015. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 141/2015 (11-09-2015), p. 7187 - 7198. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/141/2015/09/08/p/dre/pt/html>.

RESOLUÇÃO (CNJ) 125/2010. **Conselho Nacional de Justiça**. [Em linha]. (29-11-2010). Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo - **A criança e a família: uma questão de direito (s)**: visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. 622.p.

CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de. **A (síndrome de) alienação parental e o exercício das responsabilidades parentais**: algumas considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 144 p. ISBN: 978-9723219104.

CHAVES DE FARIA, Cristiano. Art. 694. In: ARRUDA ALVIM, Angelica; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CINTRA, Pedro et al. Síndrome de Alienação Parental: realidade médico-psicológica ou jurídica. **Revista Julgar**. Coimbra: Coimbra Editora. 2800 p. ISSN 1646-6853. N.º 24, N.º 7, (Jan. – Abril. 2009), p. 197-205.

CRUZ, Rossana Martingo. **A mediação familiar como meio complementar de justiça**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. 129 p. ISBN 978-972-40-7552-5.

\_\_\_\_\_. A mediação familiar e as realidades (para) familiares, em especial a união de facto: dissonância prático-legal?. In: **Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões—Actas do Congresso Internacional**. [sl]: Edições Almedina, SA, 2016. ISBN 978-972-40-6458-1.

DELGADO, Ruben Bahamonde. **Os Princípios Estruturantes da Mediação em Portugal**. Galileu: Revista de Direito e Economia. [Em linha]. v. XIX (2018), p. 131-154. [Consult. 7 nov. 2019]. Disponível em [http://journals.ual.pt/galileu/wp-content/uploads/2019/03/Galileu\\_2\\_2018.pdf](http://journals.ual.pt/galileu/wp-content/uploads/2019/03/Galileu_2_2018.pdf).

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 4.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. 2208 p. ISBN: 978-85-442-2557-8.

FARINHA, H. L. António; LAVADINHO, Conceição. **Mediação familiar e responsabilidades parentais**, Coimbra: Almedina, 1997. 152 p. ISBN: 9789724009995.

FEITOR, Sandra Inês. Alienação Parental - Novos Desafios: Velhos Problemas. **Revista Julgar**. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1646-6853. N.º 24, (set.-nov. 2014).

FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. Síndrome de alienação parental. **Revista Brasileira de Direito de Família**. p. 5-16. ISSN 2358-1670. Porto Alegre: Síntese. Ano 8, n.º 40 (fev.- mar. 2007).

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à lei 12.318/2010**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 192 p. ISBN: 9788530963361.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. Tradução de Rita Rafaeli. [Em linha]. [sl]: [sn], 2002. [Consult. 20 set. 2019]. Disponível em <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. 360 p.

GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação Interdisciplinar – Um Novo Paradigma. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese. Ano 8, n.º 40 (fev.-mar. 2007).

LEAL, Ana Teresa. Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais – A residência alternada. **A Revista do Centro de Estudos Judiciários**. [Em linha]. tomo I (2014), p. 365- 415. [Consult. 20 set. 2019]. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela\\_Civil\\_Superior\\_Interesse\\_Crianca\\_Tomol.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civil_Superior_Interesse_Crianca_Tomol.pdf).

MOORE, Christopher. **O processo de Mediação: estratégias para a redução de conflitos**. Porto Alegre: Artmed, 1998. 368 p. ISBN: 8573074744.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 11 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. 1824 p. ISBN: 978-85-442-2541-7.

PIMENTEL, Alexandre Freire. O procedimento das ações de família (de jurisdição contenciosa e voluntária) no CPC/2015. **Revista da AJURIS**. [Em linha]. N.º 141 (2017), p. 63-86. [Consult. 20 set. 2019]. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/nova-edicao-da-revista-da-ajuris>.

POÇAS, Isabel. A participação das crianças na mediação familiar. **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. Ano 73 (2013), p. 813-862. [Consult. 20 set. 2019]. Disponível em <http://repositorio.uportu.pt:8080/handle/11328/793>.

ROCHA, Mônica Jardim. Alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional. In: **Psicologia na prática jurídica: a criança em foco**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 384 p. ISBN: 978-8502175891.

ROSA, Conrado Paulino da. A Justiça que tarda, falha: a Mediação como nova alternativa no tratamento dos conflitos familiares. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Uniritter. 63 p. ISSN 2358-1670. n.º. 61 (ago. -set. 2010).

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. 224 p. ISBN: 978-8524916250.

SPENGLER, Fabiana Marion; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 262 p. ISBN: 978-8595900769.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2016. 496 p. ISBN: 978-8530971410.

# A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DOS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO

**Aldo Aranha de Castro**

Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Universidade de Marília. Professor Assistente da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas. Mediador e Conciliador Judicial cadastrado no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## **Resumo:**

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise dos meios adequados de solução de conflito, com ênfase às figuras da conciliação e mediação, destacando sua utilização para a proteção dos direitos fundamentais e garantias de acesso à justiça. Para tanto, faz-se necessário trazer os apontamentos advindos desde a Resolução n.º 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que teve por objetivo estabelecer diretrizes para a conciliação, como forma consensual de solução de conflito, e passando por diversos instrumentos normativos, como o atual Código de Processo Civil e, logo em sequência, a Lei de Mediação. Desta feita, através do método hipotético-dedutivo, com pesquisa teórica baseada em doutrinas e artigos científicos específicos sobre o tema, pretende-se demonstrar a necessidade desses institutos para a preservação do acesso à justiça e a garantia da dignidade da pessoa enquanto ser humano.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Conciliação; Meios adequados de solução de conflito; Mediação.

## **Introdução**

A vida em sociedade exige muita paciência e bom senso, ela requer um ambiente em que exista o respeito ao próximo e a consciência de que o direito de um termina quando começa o do próximo. Todavia, nem sempre há esse respeito e, aquele que deveria ser o direito de determinada pessoa, acaba sendo invadido em virtude de alguém se achar com razão, ou entender que pode transcender ao seu espaço.

Nessa situação, surge o conflito de interesses (em sua forma intersubjetiva), que merece ser solucionado, e dadas as devidas atenções, para garantia e respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal de 1988.

Para buscar a solução de um conflito que surge entre duas ou mais pessoas, é necessário pensar em mecanismos que possam funcionar efetivamente para solucioná-los. Nesse momento, entra o objetivo do presente trabalho, que pretende analisar a utilização dos meios adequados de solução de conflito (com ênfase à conciliação e mediação) para a preservação dos direitos fundamentais e garantir a efetividade do acesso à justiça.

Apresentada essa premissa, é importante conhecer alguns instrumentos normativos que tratam sobre o tema, a começar pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça n.º 125, de 2010, que estabeleceu diversas diretrizes para a conciliação, regulando-a especificamente e de forma bastante estruturada (é considerada um marco para os meios de solução de conflito autocompositivos).

A ideia advinda dessa resolução ganhou força e novos amparos, adentrando de forma robusta no atual Código de Processo Civil brasileiro (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015), que merece ser analisado, para se explicitar a participação do instituto no ordenamento brasileiro.

Não poderia deixar de ser apresentada, também, a importante Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, conhecida como Lei de Mediação, que trata de modo pormenorizado acerca do instituto da mediação, demonstrando, de uma simples leitura, a importância dela para a garantia do acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional.

Outro instrumento deveras importante que é considerado meio de solução de conflito de forma consensual é a arbitragem (Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada em diversos de seus pontos pela Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015). É um instrumento de solução de conflito escolhido por vontade das partes, mas de forma heterocompositiva (pois elegem um árbitro, que é investido de jurisdição, e poderá analisar o caso a ele levado e proferir a sentença arbitral, que é considerada título executivo judicial). Em razão de ser um meio de solução de conflito heterocompositivos, o foco para esse tema se daria em próximas oportunidades, atendo-se o presente trabalho à análise dos meios autocompositivos de solução de conflito, notadamente a mediação e a conciliação.

O trabalho se justifica pela importância de se estabelecer o diálogo e a comunicação entre as partes para uma solução adequada e razoável do litígio surgido, sem que haja (à medida do possível) sequelas e ressentimentos entre os sujeitos envolvidos. Com isso, através do método hipotético-dedutivo, com pesquisa teoria baseada em revisão bibliográfica, tanto por meio de doutrinas quanto de artigos específicos sobre o tema que se pretende abordar, pretende-se demonstrar a necessidade de apoio e estímulo à conciliação e à mediação, pois são institutos que visam garantir a proteção aos direitos fundamen-

tais, notadamente o acesso à justiça, uma vez que propiciam resposta mais célere ao jurisdicionado e, também, possibilitam resultado que seja satisfatório para ambas as partes, garantindo-se, assim, a dignidade da pessoa enquanto ser humano.

## **A Mediação e a Conciliação como Meios Adequado de Solução de Conflito**

Quando se fala em solução de conflitos, a melhor forma de dirimi-los é pacificamente, ouvindo as partes envolvidas e (r)estabelecendo o diálogo entre elas. Todavia, para que isso ocorra, é necessária maturidade e compreensão da sociedade sobre esse tipo de solução ser o mais adequado para resolver as divergências surgidas (pois é possível ouvir as partes envolvidas, esclarecer os pontos controvertidos, dar oportunidade às pessoas para se manifestarem, entre outros).

Nesse sentido, é importante salientar, num primeiro momento, a necessidade de respeito à dignidade humana, que muitas vezes tem seu conceito tratado de forma banalizada, empregando-se para tudo (o que, assim o sendo, retira o caráter da devida importância que ela deve ter no ordenamento jurídico). A dignidade humana é tida como um sobreprincípio, “[...] pois visa regular a forma como eles devem se desenvolver e o que devem respeitar” (CASTRO; FÉLIX, 2019, p. 64). Inclusive, Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2011, p. 62) diz que “a dignidade da pessoa humana é outra vítima dessa guerra *panprincipiológica*”, uma vez que se utiliza de um fundamento do Estado Democrático de Direito de formas muitas vezes desarrazoadas.

Mesmo com essas críticas, que assistem certa razão de ser, é inegável a importância da dignidade da pessoa humana, que deve ser respeitada, mas de forma consciente, até para garantir a importância que ela tem para o ordenamento jurídico, inclusive traduzindo-se sua amplitude no conceito expresso por Luis Roberto Barroso (2013, p. 63):

[...] a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições.

Com essa compreensão, é perfeitamente compreensível que a dignidade da pessoa humana possui uma vasta forma de interpretação, o que não se pode, é utilizar seu conceito e significado de forma a torná-lo um instrumento comum, o que está longe de sê-lo, em razão de sua importância não só no contexto nacional como global.

Algumas das formas de se respeitar a dignidade humana perpassam por mecanismos consensuais para a solução do litígio, pois permitem vozes às partes, para que expressem seus sentimentos e preocupações, para uma so-

lução mais adequada para o ambiente conflituoso pelos quais estão passando.

## **Mediação e conciliação: formas pacíficas de solução de conflito**

Viver em sociedade está longe de ser simples, até porque a relação humana é complexa, pois sempre que há duas pessoas, a possibilidade de existir um conflito se faz presente. E quando essa convivência envolve mais de duas pessoas, em algum momento haverá uma situação divergente, que precisará ser solucionada.

Nesse momento, uma vez surgido o conflito de interesses, é necessária uma solução, a fim de (r)estabelecer aquela situação de certa forma rompida, e diversos são os mecanismos que buscam solucionar o conflito (intersubjetivo<sup>1</sup>) de interesses.

Antes de comentar acerca da mediação e da conciliação, e algumas de suas nuances, é necessário mencionar que há outros mecanismos de solução de conflito além desses dois. E sobre tais, pode-se dizer que há as formas autocompositivas e as formas heterocompositivas de solução de conflito.

Quando se trata de autocomposição, além da mediação e da conciliação, há figuras como a transação e a negociação, que são duas medidas realizadas diretamente entre as partes, o que mostra um grau de maturidade muito grande entre as partes, e o consenso de que é um modo mais fácil e rápido, além de ser menos desgastante, para solucionar o conflito.

Além dessas formas de solução, há a heterocomposição, representadas pelas figuras da arbitragem e do processo. A arbitragem, em primeiro lugar, é uma forma heterocompositiva de solução de conflito que envolve um terceiro imparcial para solucionar um conflito, escolhido pelas partes, em razão de uma convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), e que proferirá uma decisão, chamada sentença arbitral, que é título executivo judicial. O processo, por sua vez, é o mecanismo mais conhecido de solução de conflito, em que haverá a participação ativa do Estado, através do juiz, que proferirá uma decisão (sentença), que terá força executiva e que deverá prevalecer e ser cumprida.

No estudo do direito contemporâneo, pode-se dizer (creio que possamos, inclusive, afirmar) que o processo talvez seja o último mecanismo a ser buscado, uma vez esgotados todos os demais meios. Ao passo que, anteriormente, os demais meios (arbitragem, conciliação e mediação, por exemplo) eram tidos como alternativos, hoje pode-se dizer que o alternativo é o processo, quando não houver meios mais adequados à satisfação de uma pretensão.

A arbitragem ainda não é utilizada na proporção que deveria, talvez em razão dos custos, da onerosidade de seu instituto, mas com uma simplificação, com alguns mecanismos que possam torná-la mais acessível, com certeza será

---

1 Conforme defende Francesco Carnelutti (*apud* CARREIRA ALVIM, 2015, p. 5), “a hipótese de um conflito entre *interesses de duas pessoas*” se chama de “*conflito intersubjetivo de interesses*”.

um instrumento de essencial importância, dentre as opções mais adequadas para resolver o conflito.

Uma vez feitas essas menções, cumpre focar nos dois institutos objetos do presente trabalho, quais sejam, a conciliação e a mediação, que são meios autocompositivos de solução de conflito.

Falar em autocomposição significa a busca pela solução por meio das próprias partes, e quando se fala de mediação e de conciliação, a busca dessa solução se dá com o intermédio de uma terceira pessoa, imparcial, que estará presente para auxiliar na solução do conflito. Nesse sentido, vale a pena destacar as pessoas do conciliador e do mediador:

O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que *não* havia vínculo anterior entre os envolvidos.

O mediador exerce um papel tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (DIDIER JR., 2017, v.1, p. 308) (itálico do autor).

Com essas observações, é possível verificar que o mediador não sugere soluções ao litígio, mas apenas faz a intermediação para que a comunicação se estabeleça. A mediação é recomendada, preferencialmente, quando exista alguma relação anterior entre as partes, conforme previsto, inclusive, no art. 166, §3º, do Código de Processo Civil de 2015.

Ainda sobre o conciliador e o mediador, e a distinção prevista nos §§2º e 3º do CPC/2015, é relevante destacar:

[...] pode-se verificar a sutil diferença entre um e outro, enquanto que, na mediação, o mediador não tem a possibilidade de apresentar sugestões, devendo buscar o restabelecimento do diálogo, da comunicação, entre os contendedores, na conciliação, o conciliador pode apresentar sugestões para que as partes, compreendendo claramente o que foi apresentado, possam chegar a um resultado satisfatório do conflito que havia surgido. Vale destacar que, nem mediador (sic), nem conciliador, pode impor aquilo que entende como o correto, proferindo decisão e substituindo a vontade das partes, que é soberana. (CASTRO; FÉLIX, 2019, pp. 111-112).

Compreendendo os sujeitos responsáveis por auxiliarem na busca pela autocomposição, é importante conhecer um pouco sobre os institutos.

Em um primeiro momento, pode-se definir a conciliação como “[...] o meio autocompositivo de tratamento de conflitos judiciais ou extrajudiciais, na qual haverá a interferência de uma terceira pessoa que irá auxiliar a encontrar opções para o tratamento do litígio de forma consensual” (COSTA, 2018,



p. 43). Nesse sentido, essa afirmação vai ao encontro do que já foi falado, uma vez que não se pode dissociar o instituto da figura que irá realizar o procedimento conciliatório. Ademais, insta destacar que a mediação também pode ser judicial ou extrajudicial.

Há Câmaras privadas que realizam a conciliação e a mediação que, assim, são realizadas de forma externa ao poder judiciário. Também cumpre destacar que a mediação e a conciliação podem ser judiciais, e estas podem ser sistematizadas da seguinte forma: i) a realização de uma audiência de conciliação ou mediação, nos termos do artigo 334 do CPC/2015, ou seja, através de um processo que gerará essa sessão; ii) através de um expediente pré-processual, antes mesmo do ajuizamento da ação.

Deste modo, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) ganham muita importância para esse novo cenário, pois os conciliadores e mediadores lá vinculados (e aos Tribunais de Justiça de seus respectivos estados) podem atuar tanto nas causas supramencionadas, advindas de um processo judicial previamente formado, como em causas iniciadas desde logo pelo próprio CEJUSC, casos em que ocorrerão as sessões pré-processuais (antes do ajuizamento da ação, para a tentativa de uma solução pacífica do conflito).

Sobre a temática da mediação e da conciliação, em que pese a afirmação de que ambas “[...] podem acontecer extrajudicialmente, o que é um facilitador para as próprias partes, pois tira o caráter judicializado (muitas das vezes a esfera judicial intimida as partes e, se feita extrajudicialmente, traz um conforto maior para as partes)” (CASTRO; FÉLIX, 2019, p. 112), talvez uma retificação a ela deva ser feita. Pois, como dito anteriormente, mesmo que judicialmente, não significa necessariamente a presença junto à pessoa do juiz, pois as sessões podem se dar de forma pré-processual e processual. Isso significa dizer que, a principal razão e preocupação seria para uma sessão de mediação ou conciliação que deixe a parte confortável, sem aquela preocupação por vezes vista, de uma relação triangular, onde o juiz seria a pessoa a dizer o direito, e a proferir uma decisão a ser cumprida.

Esclarecida essa afirmação, vale trazer a fala de Thaise Nara Graziottin Costa (2018, p. 49) acerca da mediação:

A mediação de conflitos é um meio criterioso judicial ou extrajudicial que busca tratar o conflito de maneira diferenciada, resgata-se toda sua essência, facilita-se o diálogo e o empoderamento das partes, autocompõe-se de forma construtiva e satisfatória, encontra-se a solução mais adequada, com ganhos mútuos para os envolvidos. Busca-se, nesse tratamento do conflito pelo diálogo, a satisfação integral das partes e o cumprimento do termo de mediação realizado de forma espontânea, solidária e cooperativa.

Com esses esclarecimentos, torna-se mais fácil a compreensão desses institutos. Todavia, mais do que compreender o que vem a ser a mediação e

a conciliação, é preciso buscar a sua efetividade, para a proteção dos direitos fundamentais e a garantia do acesso à justiça.

## **As normas aplicáveis aos meios adequados de solução de conflito e sua efetividade**

Muito se discute acerca da efetividade dos meios de solução de conflito, em especial quando se questiona quais normas podem se aplicar ao caso concreto, para garantir a efetividade da prestação dada às partes que se envolveram em um conflito.

E sempre que se fala em normas aplicáveis aos hoje denominados “meios adequados de solução de conflito”, remonta-se, primeiramente, à Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307, de 1996, que sofreu alterações em diversos de seus dispositivos por meio da Lei n.º 13.129/2015), que já previa desde aquele ano, um procedimento externo ao Poder Judiciário, em que as partes escolhem quem será o árbitro (com o grande destaque que o árbitro possui função jurisdicional e pode proferir sentença). Mas essa é uma forma heterocompositiva de solução de conflitos, pois o árbitro substitui a vontade da parte, caso não haja consenso, e profere a sua decisão (sentença arbitral, que é título executivo judicial)

No ano de 2010, houve uma importante alteração, agora sim, em relação aos meios autocompositivos, objeto do presente trabalho, e tem como marco a Resolução n.º 125, do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu diversas diretrizes para a organização da conciliação, um sistema em que as partes se autocompõem, com a participação de um terceiro imparcial, que participa para estabelecer a comunicação e apresentar sugestões, diante do caso surgido.

Essa Resolução foi um importante instrumento normativo, que inspirou, anos mais tarde, o Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), que inseriu em seu bojo instrumentos para garantir uma política consensual de solução de litígio. Para tanto, ganham destaques, em primeiro lugar, o artigo 3º, em especial seus §§2º e 3º, que tratam a conciliação e a mediação como normas fundamentais do processo civil e, além disso, tem-se uma seção específica que trata sobre o tema (artigos 165 a 175). Não obstante, há o artigo 334 do CPC/2015, que dispõe sobre a audiência de conciliação ou mediação, que deverá acontecer, salvo expressas disposições legais. Com essa afirmação, é possível observar a preocupação do atual diploma processual civil no tocante ao tema.

Ainda no ano de 2015, tem-se a Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A Lei de Mediação traz importante contribuição para o ordenamento jurídico, pois visa garantir o acesso à justiça, e demonstra a importância da autocomposição para que os conflitos sejam resolvidos e haja a efetividade da

prestação jurisdicional.

Que são mecanismos à disposição para contribuir para avanços e melhorias do Poder Judiciário, disso não há dúvidas, mas ainda faltam alguns ajustes para que eles sejam cada vez mais efetivos.

Uma primeira questão que merece ser levantada é a necessidade de maior maturidade entre as partes, para que estejam abertas à solução do conflito através do diálogo. Elas devem compreender a importância da mediação e da conciliação para a solução pacífica da controvérsia surgida, mas não apenas elas, todos que atuam para a solução da controvérsia (advogados, juízes, e auxiliares da justiça em geral) precisam ter em mente que a solução pacífica é uma possibilidade de resolver determinado conflito sem maiores desgastes, sem que haja sequelas por vezes irreversíveis, que uma demanda judicial que se alonga por anos poderia trazer.

Ademais, em segundo momento, e para finalizar essas observações, uma conscientização da sociedade se faz importante, esclarecer aos cidadãos a relevância da mediação e da conciliação, a importância de um diálogo, quais os mecanismos que possibilitam essa solução com uma duração razoável, para que todos estejam cientes que a autocomposição é uma saída extremamente positiva.

Sugere-se, inclusive, que essa conscientização se dê através de uma educação jurídica, tanto com esclarecimentos e orientações em escolas, para formar uma maturidade desde os jovens que estão nas escolas, mas também, orientações à sociedade em geral, que terão outra percepção ao ouvirem sobre os meios que podem utilizar para solucionar a controvérsia, garantir a efetividade do acesso à justiça e preservar seus direitos fundamentais.

## **Considerações Finais**

A sociedade está em constante transformação, e é importante que toda e qualquer mudança traga retorno positivo e uma evolução para todo o meio social e, assim, possibilite o acesso à justiça de modo efetivo a todos, indistintamente.

Com essa necessidade sempre em evidência, é necessário buscar mecanismos que melhor se adequem à realidade, e esse foi o intuito do presente trabalho ao apresentar os institutos da mediação e da conciliação, como meios autocompositivos para a solução pacífica dos conflitos.

Há diversos instrumentos que podem prestar uma resposta ao cidadão quando surge um conflito, como mencionado, tem-se o processo e a arbitragem, como meios heterocompositivos, mas especialmente, o atual Código de Processo Civil brasileiro traz as figuras da conciliação e da mediação como mecanismos adequados para uma solução de conflitos consensual, em que um terceiro, imparcial, auxiliará as partes a chegar a um resultado comum (e apresentar alguma sugestão, no caso da conciliação).

O estudo desse tema se torna importante até mesmo para desmistificar

o pré-conceito acerca dos sistemas, pois eles têm sido vistas de forma positiva pelo Poder Judiciário, mas ainda com certo receio por parte de alguns profissionais da advocacia, que ainda têm dúvidas sobre o funcionamento efetivo do instituto, e sobre a segurança para sua profissão (o que, aparentemente, parece ser um ponto equivocado, se assim o for). O Poder Judiciário vê com bons olhos a mediação e a conciliação, tanto em suas intervenções na esfera processual quanto (e em especial) na esfera pré-processual, em que não há processo ainda, e as partes buscam a autocomposição.

Os meios autocompositivos utilizados para a solução do conflito possibilitam uma forma mais adequada se resolver o litígio surgido entre duas ou mais pessoas, concretizando a efetividade da prestação jurisdicional. Além disso, garantem a o acesso à justiça e a proteção aos direitos fundamentais, preservando a dignidade humana em sua plenitude.

## Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Traduzido por Humberto Laport de Mello. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996** (Dispõe sobre a arbitragem). 1996.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil). 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 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). 2015.

BREVES COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil – volume único**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CASTRO, Aldo Aranha de; FÉLIX, Ynes da Silva. A cooperação e o papel político do Poder Judiciário como garantidores da segurança jurídica e do acesso à justiça. In.: **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Belém. p. 58-79, Jul/Dez. 2019. Disponível em <<https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/5996/pdf>>. Acesso em 17 out. 2020.

CASTRO, Aldo Aranha de; FÉLIX, Ynes da Silva. Justiça e equidade como elementos basilares para o desenvolvimento de meios adequados à concretização do acesso à justiça. In.: **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**. Belém. p. 95-115, Jul/Dez. 2019. Disponível em < <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/5999/pdf>>. Acesso em 17 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010** (Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências). 2010.

COSTA, Thaise Nara Graziottin. **Mediação de conflitos e jurisdição compartilhada: caminho para uma justiça democrática, participativa e emancipatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. Volume 1. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Volume 2. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. Volume 5. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil – teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. Volume 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Processual Civil – processo de conhecimento (2ª parte e procedimentos especiais)**. Volume 2. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Processual Civil – Execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões**. Volume 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUSTIÇA MULTIPORTAS. **Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Coord. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. Coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. in.: **O Direito**, 143 (2011), II, páginas 43-66. Disponível em

<<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemol%C3%B3gico-do-Direito-civil-contempor%C3%A2neo-na-tradi%C3%A7%C3%A3o-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>>. Acesso em 16 mai. 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil – Cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. Volume 2. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

# MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DO DIVÓRCIO ADMINISTRATIVO AMIGÁVEL: ANÁLISE COMPARATIVA DOS SISTEMAS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

**Carolinna Nunes de Lima**

Oficiala de Registo Civil em Moreno – PE. Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade Autónoma de Lisboa

## **Resumo:**

O presente trabalho tem por escopo, analisando o ordenamento jurídico luso-brasileiro, determinar os principais contributos que um sistema pode oferecer ao outro em tema de mediação familiar no contexto do divórcio administrativo amigável. Para tanto, foi realizada uma revisão de literatura, bem como examinado os principais atos normativos sobre a matéria, em Portugal e no Brasil. Como conclusões, demonstrar-se-á que a mediação é um método eficiente para resolver controvérsias no âmbito familiar, notadamente nos casos de divórcio amigável. Bem assim, que a experiência portuguesa de realização de divórcio por mútuo consentimento nas Conservatórias de Registo Civil apresenta-se como ideia direcionadora para impulsionar a desjudicialização no Brasil.

**Palavras-chave:** Mediação familiar; Divórcio amigável; Conservatória de Registo Civil; Desjudicialização.

## **Introdução**

Assiste-se, na sociedade contemporânea, a uma grande contradição na comunicação: por um lado, nunca foi tão fácil e barato se comunicar; por outro, em nenhum outro momento histórico foi tão difícil estabelecer diálogo. Nesses tempos em que “ninguém escuta ninguém”, há uma propensão para que os conflitos familiares sejam intensificados.<sup>1</sup> A via jurisdicional estatal ainda representa a ferramenta padrão de resolução de litígios<sup>2</sup>, inclusive daqueles

1 ROSA, Conrado Paulino da – **O princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional nos litígios familiares e a mediação.** [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/19T4MR5RLj6OSYwgp-5t9GHWkFb7gc-ueb/view>.

2 COSTA, Alexandre Araújo – Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação.** 2. ed. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 162.

surgidos no seio familiar. Contudo, diante da ineficácia na prestação estatal da tutela jurisdicional, as técnicas diferenciadas, paulatinamente, abandonam o *status* de meio ‘alternativos’ e passam a compor o grupo de formas ‘essenciais’ de composição de conflitos<sup>3</sup>.

As atuais estruturas judiciais, não obstante suas diversas virtudes, apresentam defeitos consideráveis, a exemplo da lentidão processual, os custos psíquicos e financeiros e o distanciamento dos envolvidos no processo de decisão do seu conflito. Nesse contexto, apresenta-se a mediação de conflitos familiares, como um meio alternativo de resolução de litígios, nomeadamente no âmbito do divórcio administrativo por mútuo consentimento ou, como é conhecido no Brasil, no divórcio administrativo consensual ou amigável. Sobre esse tema, pretende-se, analisando os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, determinar quais os principais contributos que um sistema pode oferecer ao outro.

A fim de responder à problemática supramencionada, será realizada pesquisa bibliográfica com a revisão das principais obras publicadas, a exemplo de livros e artigos, e da literatura dita cinzenta, especialmente teses e dissertações sobre a temática. Ademais, será realizada uma análise documental, por meio do exame dos principais atos normativos que regulamentam as matérias em Portugal e no Brasil, sem, contudo, fazê-lo de forma pormenorizada. Objetiva-se, no primeiro momento, apresentar o conceito de mediação e analisar a aplicabilidade da mediação aos conflitos familiares. Posteriormente, pretende-se investigar a sua aceitação em ambos os países estudados, aprofundando a investigação no contexto do divórcio administrativo “amigável”, termo que será utilizado em todo trabalho para referir-se ao divórcio que não seja litigioso.

Nesse ponto, examinar-se-á o procedimento do divórcio administrativo por mútuo consentimento nas Conservatórias de Registo Civil em Portugal, estabelecendo sua conexão com a mediação familiar. Ademais, averiguar-se-á o divórcio amigável no Brasil, no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou CEJUSC), avaliando a sua (in)suficiência e a viabilidade de confiar aos Cartório de Registo Civil de Pessoas Naturais a competência para decretar a dissolução matrimonial. Além disso, estudar-se-á o papel mediador do registrador civil, nomeadamente no tocante aos limites de sua atuação, com o fito de constatar se é possível ao registrador civil, num processo de sua responsabilidade, atuar também como mediador familiar. Ao final, tem-se o objetivo de destacar as principais contribuições que os sistemas luso-brasileiro podem um oferecer ao outro.

## Mediação familiar

O ambiente familiar é o lugar onde as pessoas expõem mais facilmente

---

3 TARTUCE, Fernanda – **Mediação nos Conflitos Civis**. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. p. 207.



seus sentimentos. Por esse motivo, é inevitável o surgimento de conflitos, os quais, muitas vezes, rompem laços de afeto, que prometiam ser eternos.<sup>4</sup> A administração desses conflitos pelo Poder Judiciário, por meio da aplicação lei ao caso concreto, nem sempre leva em consideração aspectos subjetivos da controvérsia. Em razão disso, mostra-se, em inúmeras situações, inadequada para a resolução de dissensos familiares.<sup>5</sup> Nessa conjuntura, surge a mediação, como um método alternativo de resolução de conflitos, menos traumático e, portanto, apropriado às demandas familiares, sobretudo por conceder aos seus envolvidos autonomia e responsabilização por suas próprias decisões, convocando-as à reflexão e alargando escolhas e alternativas<sup>6</sup>.

Em Portugal, a mediação familiar passou a ser desenvolvida em 1993, com a criação do Instituto Português de Mediação Familiar, resultado de uma ação conjunta de psicólogos, terapeutas familiares, magistrados e juristas. Desde então, muitos foram os avanços legislativos<sup>7</sup> com intuito de fortalecer essa prática. Entre os atos normativos, encontra-se o despacho n.º 18778/2007, de 22 de agosto, que regulamenta o Sistema de Mediação Familiar. Através dele, houve uma reconfiguração do sistema de mediação familiar e a ampliação das matérias passíveis de resolução por aquela via.

Tornou-se possível a mediação de outros temas, tais como: divórcio e separação, atribuição e alteração de alimentos, autorização para utilização da casa de morada de família e autorização para utilização do apelido do ex-cônjuge<sup>8</sup>. O despacho faz alusão ainda aos mediadores familiares e dispõe sobre as condições para sê-lo<sup>9</sup>. Percebe-se que os requisitos são gerais e não se exige nenhuma característica específica do mediador. A única ressalva feita diz respeito à impossibilidade de o “mediador familiar intervir, por qualquer forma, nomeadamente como testemunha, perito ou mandatário, em quaisquer procedimentos subsequentes à mediação familiar (art. 7.º, 3)”<sup>10</sup>.

No Brasil, o marco inicial de sistematização de estudos sobre Mediação Familiar data de outubro de 1995.<sup>11</sup> Somente nesta década, porém, o legisla-

4 MASCARENHAS, Fabiana Alves; FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza – **Construindo Consensos: A Importância da Mediação nos Conflitos Familiares de Guarda e Visitação**. p. 11. [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 02 set. 2019]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f91e24dfe80012e2>.

5 MASCARENHAS, Fabiana Alves; FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza – **Op. Cit.** p. 11.

6 SPENGLER, Fabiana Marion – Os Novos Meios de “Ser Família” no Brasil e a Mediação Familiar. **(RE) PENSANDO DIREITO. Ijuí**: Editora Unijuí. Ano 1, n.º 1 (jan. - jun. 2011). p. 176.

7 Decreto-lei n.º 163/95 de 13 de Julho; os despachos n.º 12368/97, 1091/2002, de 16 de Janeiro, 5524/2005, de 15 de Março, 18778/2007, de 22 de Agosto, todos do Ministério da Justiça; Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro e Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro.

8 DESPACHO n.º 18778/2007. **Diário da República, 2ª Série**. [Em linha]. N.º 161. (22-08-2007). Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/3046940> p. 24051.

9 Artigo 8.º 1. (DESPACHO n.º 18778/2007. **Diário da República, 2ª Série**. p. 24052).

10 DESPACHO n.º 18778/2007. **Diário da República, 2ª Série**. p. 24052.

11 BARBOSA, Águida Arruda – **A Política Pública da Mediação e a Experiência Brasileira**. p.1 [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 03 set. 2019]. Disponível em [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/204.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/204.pdf).

dor dedicou atenção especial ao tema, incluindo a possibilidade da utilização da mediação em ações de família no Código de Processo Civil<sup>12</sup> (Lei nº Lei 13.105/2015, de 16 de março), bem como elaborando uma lei que disciplina o procedimento de mediação (Lei nº 13.140/2015, de 26 de junho). Nenhum desses diplomas, todavia, tal como ocorre em Portugal, dedica-se minuciosamente à mediação familiar.

## Divórcio administrativo amigável em Portugal

Atualmente, no direito português, o Estado interfere subsidiária e supletivamente na solução dos dissensos familiares. Essa intervenção mínima retrata a tendência de se atribuir aos conflitantes a responsabilidade pela solução dos problemas pessoais que lhes atingem. Nesse cenário, destaca-se a inclinação do legislador pela consensualidade e pela resolução extrajudicial dos conflitos familiares. No caso do divórcio, por exemplo, é nítida sua preferência pela via do mútuo consentimento<sup>13</sup>.

O Decreto-Lei 163/95, de 13 de julho, alterando o artigo 1.773º do Código Civil, estabeleceu a possibilidade de obtenção do divórcio sem a necessidade de amparo do Tribunal.<sup>14</sup> Esse foi o primeiro passo do legislador português na direção da desjudicialização de alguns processos relativos a relações jurídicas familiares.<sup>15</sup>

Àquela época – julho de 1995 –, o Governo português considerou a importância de aprovar um Novo Código de Registo Civil, redimensionando o conteúdo da atividade dos conservadores do registo civil. Ao conservador do registo civil, então, foi conferida a competência para, paralelamente aos tribunais, decidir sobre o divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, desde que preenchidos os requisitos de direito substantivo e que o casal requerente não tenha filhos menores ou, havendo-os, já exista regulamentação do exercício do respectivo poder paternal.<sup>16</sup>

Passados seis anos, com o Decreto-Lei 272/2001, de 13 de outubro, a competência das conservatórias de registo civil foi alargada. Desta feita, foi-lhes atribuída competência exclusiva em matéria de separação e divórcio por mútuo consentimento, ressalvados os casos de conversão de divórcio litigioso. Justificou-se a mencionada ampliação de competência pelos “resultados alta-

12 Artigo. 694. (CÓDIGO de Processo Civil Brasileiro. [Em linha]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)).

13 CRUZ, Rossana Martingo – **Op. Cit.** p. 149.

14 Artigo 1.773º (CÓDIGO Civil Português. [Em linha]. Disponível em [https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-lc/123928118/201911062010/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?\\_LegislacaoConsolidada\\_WAR\\_drefrontofficeportlet\\_rp=indice](https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-lc/123928118/201911062010/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice), p. 320).

15 CURA, António Alberto Vieira – A escolha da conservatória do registo civil, nos processos respeitantes a relações familiares, e determinação do tribunal competente (alguns problemas). **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXXVI. Coimbra, [sn], 2010. p. 593.

16 LEI 163/1995. **Diario da Republica I Serie A**. p. 4431.

mente benéficos do ponto de vista dos requerentes do divórcio e da judicatura, com reflexos em toda a sociedade através da maior celeridade decisória<sup>17</sup>, obtidos após a vigência do Decreto-Lei 163/95, de 13 de julho. A intenção do legislador, com o Decreto-Lei 272/2001, de 13 de outubro, era concretizar a tutela do direito a uma decisão em “tempo útil”, desobrigando os tribunais de analisarem processos que não materializavam verdadeiros litígios. Outrossim, privilegiava o acordo como forma de resolução de controvérsias<sup>18</sup>.

Nessa trajetória de desjudicialização, em 2008, a publicação da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, deu novo impulso à mediação familiar. Por meio desta lei, o art. 1774.º do Código Civil<sup>19</sup> passou a fazer referência expressa a esta técnica de solução de discórdias familiares, a qual pode ser realizada de forma independente, em centros privados, dentro dos tribunais, por meio dos Julgados de Paz e principiada no processo judicial, caso em que o próprio magistrado encaminhará as partes à mediação, suspendendo o processo até o que a mediação alcance seu termo.<sup>20</sup> Decidindo-se pela mediação familiar, as partes, com o auxílio do mediador, empenhar-se-ão para chegarem a um consenso acerca dos termos que regerão seu relacionamento futuro.<sup>21</sup> Os acordos celebrados por meio da mediação familiar serão produto da vontade dos cônjuges, que assentem com todos os termos ali dispostos. A inexistência de desacordo é o que possibilita o divórcio extrajudicial<sup>22</sup>.

## Divórcio administrativo amigável no Brasil

No Brasil, também é facultado às partes a realização do divórcio pela via extrajudicial. Essa possibilidade advém da entrada em vigor da Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que acrescentou o artigo 1.124-A ao Código de Processo Civil vigente àquela época<sup>23</sup>. A regulamentação do divórcio administrativo responde a um clamor da comunidade jurídica para a desjudicialização das dissoluções matrimoniais, quando não existissem conflito.<sup>24</sup> A grande queixa residia no tempo de resposta e no alto custo para se obter, em muitas das vezes, um pronunciamento simples.<sup>25</sup>

17 DECRETO-LEI 272/2001. **Diário da Republica I Serie A.** [Em linha]. Nº 238 (13-10-2001). Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/621556p.6474>.

18 DECRETO-LEI 272/2001. **Diário da Republica I Serie A.** p. 6474.

19 Artigo 1774.º. (Código Civil Português – **Op. Cit.** p. 320).

20 CRUZ, Rossana Martingo - **Op. Cit.** p. 63.

21 CRUZ, Rossana Martingo – **Op. Cit.** p. 156.

22 CRUZ, Rossana Martingo – **Op. Cit.** p. 162.

23 Artigo 3º: “A Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A: “Art. 1.124-A. (LEI 11.441/2007. [Em linha]. [Consult. 01 out. 2019]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm)).

24 LÓBO, Paulo Luiz Netto – **Divórcio e Separação Consensuais Extrajudiciais.** [Em linha]. [s.l]: [sn], [sd]. [Consult. 01 out. 2019]. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=299>.

25 GAGLIANO, Pablo Stolze – **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 610.

De acordo com o art. 1.124-A do Código de Processo Civil de 1973, os cônjuges poderão contratar o divórcio por escritura pública se a mulher não estiver grávida e se o casal não tiver filhos menores ou incapazes, salvo se restar comprovado que todas as questões atinentes aos filhos menores ou incapazes foram solucionadas previamente, na esfera judicial<sup>26</sup>. O Código de Processo Civil de 2015 manteve a possibilidade de os cônjuges elegerem a via administrativa para dissolução do casamento, inserindo modificações pontuais, a exemplo da possibilidade de extinção consensual de união estável.

Em acréscimo, o Novo Código de Processo Civil, estabelece regras especiais, nos artigos 693 a 699, acerca das ações do Direito de Família, as quais têm inteira incidência sobre as ações de descasamento<sup>27</sup>. As normas incentivam a mediação e a conciliação entre os litigantes, determinando que sejam empreendidos esforços, nas ações de família, a fim de que haja uma solução consensual da controvérsia<sup>28</sup>. Com esse fim, prevê o dispositivo seguinte que, recebida a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação<sup>29</sup>, tornando-a, à primeira vista, obrigatória nas demandas de Direito de Família. Essas audiências, como regra, devem ocorrer nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou CEJUSC), que são unidades do Poder Judiciário<sup>30</sup>.

Todavia, a maior parte dos Tribunais de Justiça ainda não instalou ou não investiu suficientemente nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, o que tem dificultado a efetivação da mediação e da conciliação<sup>31</sup>. No último ano, “muitas foram as decisões judiciais que chegaram ao nosso conhecimento, declinando a mediação e a conciliação por falta de estrutura, o que representa uma infeliz realidade”<sup>32</sup>. Além disso, os CEJUSCs e NUPE-MECs ainda não atingiram números expressivos, o que evidencia que deve ser fomentada a aplicação de recursos na criação de tais centros, bem como na organização do quadro de mediadores e conciliadores<sup>33</sup>.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça publicou o “Relatório Justiça em Números”<sup>34</sup>, instrumento que compila dados imprescindíveis à de-

26 Enunciado 571 da IV Jornada de Direito Civil do STJ de março de 2013. (FEDERAL, Conselho da Justiça. **Enunciados de Direito Civil**. [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 02 out. 2019]. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/642>).

27 TARTUCE, Flávio – **Direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 331.

28 Art. 694 do Código de Processo Civil Brasileiro.

29 Art. 695 do Código de Processo Civil Brasileiro.

30 RESOLUÇÃO 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, art. 8º. [Em linha]. [Consult. 06 out. 2019]. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>.

31 TARTUCE, Flávio – **Op cit.** p. 332.

32 Idem – **Ibidem**.

33 SPENGLER, Fabiana Marion – A (Des)Institucionalização da Mediação pelo Poder Judiciário Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 3. p. 270.

34 JUSTIÇA, Conselho Nacional de – **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. [Em linha]. [Consult. 09 out. 2019]. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/>

finição de políticas públicas do Poder Judiciário. Dentre eles, encontra-se, na figura 113<sup>35</sup>, um gráfico com o número de Centros existentes em cada Tribunal em 2018. Comparando com o Relatório publicado no ano anterior (figura 114<sup>36</sup>), observa-se um aumento no número de Centros criados em todos os Estados.

Por outro lado, analisando os dados publicados acerca dos índices de conciliação - haja vista o Brasil não possuir um sistema que mapeie os resultados numéricos da mediação<sup>37</sup> - verifica-se que tais índices não acompanham, necessariamente, o crescimento do número de Centros. Em Pernambuco, por exemplo, comparando-se os gráficos das figuras 113 e 114, percebe-se que o número de Centros aumentou de 9 para 17, entre os anos de 2017 e 2018. Nesse mesmo período, o índice de conciliação no Estado cresceu de 14,2%<sup>38</sup> para 15,0%<sup>39</sup> - um aumento muito discreto, quando comparado ao número de Centros implantados.

Diante dessas informações, pode-se concluir que a insuficiência estrutural não é a única causa do tímido sucesso da mediação no âmbito dos tribunais estaduais. Por isso, Spengler aponta outras possíveis razões, como a conexão dos Centros com o Poder Judiciário; o modo de formação e os cursos de aperfeiçoamento dos mediadores; e falta de informações quanto aos resultados da mediação<sup>40</sup>. Nesse contexto, apresenta-se urgente o desenvolvimento da mediação extrajudicial, regulamentada pela Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação), como forma de efetivar a solução consensual de controvérsias.

Nessa perspectiva, regulamentando o art. 42 da Lei de Mediação, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento 67/2018, facultando aos notários e registradores o exercício da atividade de mediação e conciliação. Nos “considerandos”, o Conselho Nacional de Justiça justifica a elaboração do provimento, entre outros pontos, na eficiência da conciliação e da mediação como ferramentas de pacificação social, resolução e prevenção de litígios<sup>41</sup>. O objetivo é expandir a oferta dos institutos da conciliação e da mediação utilizando, para tanto, a capilaridade<sup>42</sup> dos cartórios em todo território nacional.

Um ponto controverso do Provimento 67/2018 diz respeito à compe-

---

uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\_em\_numeros20190919.pdf.

35 JUSTIÇA, Conselho Nacional de – **Op. Cit.** p. 143.

36 JUSTIÇA, Conselho Nacional de – **Justiça em Números 2018**. Brasília: CNJ, 2018. p. 137. [Em linha]. [Consult. 09 out. 2019]. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faec7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>.

37 SPENGLER, Fabiana Marion – **Op. Cit.** p. 266.

38 Figura 115. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faec7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. p. 139.

39 Figura 115. Disponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). p. 145.

40 SPENGLER, Fabiana Marion – **Op. Cit.** p. 271.

41 PROVIMENTO 67/2018. [Em linha]. [Consult. 07 out. 2019]. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2532>.

42 São 7.689 cartórios de registro civil em funcionamento no Brasil, segundo o portal de transparência do registro civil. [Consult. 04 nov. 2019]. Disponível em <https://transparencia.registrocivil.org.br/inicio>.

tência do notário e do registrador para a prática da mediação extrajudicial. O artigo 9º, parágrafo único afirma que “Notários e registradores poderão prestar serviços profissionais **relacionados com suas atribuições**”. O art. 13, por sua vez, assevera que “o requerimento de conciliação ou de mediação poderá ser dirigido a qualquer serviço notarial ou de registro de acordo com as **respectivas competências**”. Há autores<sup>43</sup> que compreendem que cada cartório atuará dentro da área que tenha especialidade. Outros, todavia, entendem que a mediação não está vinculada a nenhuma especialidade cartorial, não vislumbrando no Provimento nenhuma distinção expressa por atribuição.

Os notários e registradores devem se abster de atuar como mediador, quando verificarem algumas das hipóteses de suspeição e impedimentos definidas no Código de Processo Civil<sup>44</sup> ou na Lei de Mediação<sup>45</sup>. Desse modo, a título exemplificativo, o mediador não pode ser parente ou amigo íntimo de uma das partes ou ter atuado como representante ou assessor etc.<sup>46</sup>. Constatando-se alguma circunstância que enseje a suspeição ou impedimento, o notário ou o registrador, deve informar às partes e interromper a sessão<sup>47</sup>.

Cumpra observar que não importa em suspeição ou impedimento legal para a mediação o fato de o notário já ter participado de algum ato ou negócio jurídico realizado pelas partes no exercício de sua competência funcional. Como as partes são livres para eleger o mediador, nada as impede de escolherem como tal o próprio notário<sup>48</sup>. Do mesmo modo ocorre com o registrador, posto que este apenas publica fatos, atos ou direitos. Isto é, “os assentos registrares e as respectivas certidões refletem a publicidade jurídica material e formal”<sup>49</sup>.

## Considerações Finais

Observa-se que, seja em Portugal, seja no Brasil, está ocorrendo um

43 LOUREIRO, Luiz Guilherme – **Registros Públicos: teoria e prática**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 1274.

44 Artigos 148, II; 167, parágrafo 5º; 172 e 173.

45 “Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

Art. 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.”

46 LEI 13.140/2015, art. 7º: O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador. [Em linha]. [Consult. 07 out. 2019]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm).

47 Art. 5º, Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

48 LOUREIRO, Luiz Guilherme – **Op. Cit.** p. 1272.

49 Idem – **Ibidem**.

deslocamento do eixo da justiça, por meio da regulamentação e do incentivo aos meios alternativos de resolução de conflitos, como forma de pacificação social. Em Portugal, a atribuição de competência exclusiva às conservatórias de registo civil em matéria de separação e divórcio por mútuo consentimento sinalizava um objetivo estratégico do Governo de posicionar a justiça a serviço da cidadania, efetivado notadamente na tutela do direito a uma decisão em tempo útil<sup>50</sup>.

Os dados informados pela Direção-Geral da Política de Justiça, conforme tabela abaixo, demonstram que houve uma transferência significativa<sup>51</sup> de processos de divórcio e separações do tribunal judicial para as conservatórias de registo civil. A iniciativa desonera os tribunais de processos que não constituem verdadeiros litígios, permitindo uma convergência de esforços naqueles que correspondem efetivamente a uma reserva de intervenção judicial.

A experiência portuguesa, estabilizada e bem-sucedida, pode servir de parâmetro ao Brasil, que, entre 1984 e 2016 registrou mais de 7 milhões de dissoluções de casamento, ou seja, uma média de 580 divórcio por dia, valor que corresponde a um terço dos casamentos celebrados no mesmo período<sup>52</sup>. Em 2017, dos 298.676 processos de divórcios encerrados em 1ª instância, 195.223 foram consensuais<sup>53</sup>. Os dados demonstram que, em 65% dos casos, os tribunais não precisariam ser provocados para pôr fim a uma lide, em que não havia litígio.

Em que pese os tabelionatos de notas já lavrarem escrituras públicas de divórcio consensual, a tese que se defende é que, sendo o divórcio um ato umbilicalmente relacionado ao casamento, deveria ser ele, quando consensual, também processado nos cartórios de registro civis. Ademais, aos registradores civis já compete a formalização de atos que abrigam declaração de vontade das partes, tais como o reconhecimento de parentalidade biológica ou socioafetiva e a alteração do sexo e/ou do prenome do transgênero, de modo que não se aprova o argumento de que a formalização de vontades é atividade exclusiva do tabelião.

A propósito, tramita, no Senado Federal brasileiro, o projeto de lei 3457/2019<sup>54</sup> que propõe a alteração do Código de Processo Civil para incluir

50 DECRETO-LEI 272/2001. **Diário da Republica I Serie A.** [Em linha]. Nº 238 (13-10-2001), p. 6473-6477. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/621556>.

51 Em 2018, por exemplo, aproximadamente 65% dos processos de divórcio tramitaram nas Conservatórias de Registo Civil.

52 CONTEUDO, Estadão. Um a cada três casamentos termina em divórcio no Brasil. [Consult. 10 out. 2019]. Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/um-a-cada-tres-casamentos-termina-em-divorcio-no-brasil/>.

53 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas do Registro Civil [Consult. 10 out. 2019]. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>.

54 PROJETO DE LEI 3457/2019. [Em linha]. [Consult. 10 out. 2019]. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7964616&ts=1560512852480&-disposition=inline>.

o art. 733-A, o qual cria uma modalidade de divórcio administrativo, que independe de escritura pública e que pode ser postulado diretamente ao Registro Civil das Pessoas Naturais. O divórcio direto por averbação ou divórcio impositivo, como é conhecido, pode ser requerido de forma unilateral por qualquer dos cônjuges, ainda que com a oposição do outro. Se se admite como uma possibilidade a realização do divórcio unilateral no cartório de registro civil, não deveria haver obstáculos à efetuação do divórcio amigável naquela serventia. Existiria uma repercussão ainda mais satisfatória para as partes com a possibilidade de realização dos dois procedimentos no mesmo local: o divórcio amigável e, quando fosse necessário, a mediação de eventuais conflitos na família.

A legislação portuguesa não menciona expressamente que é vedado ao conservador do registo civil atuar como mediador familiar, mas assevera, no art. 7.º, 3, do Despacho 18778/2007, que este não pode intervir, por qualquer forma, em quaisquer procedimentos subsequentes à mediação familiar. Sendo assim, compreende-se que há uma proibição tácita. No Brasil, por sua vez, há previsão explícita, no art. 9.º, parágrafo único do Provimento 67/2018 do CNJ, permitindo que os notários e os registradores prestem serviços profissionais relacionados com suas atribuições às partes envolvidas em sessão de conciliação ou de mediação de sua responsabilidade.

Questiona-se, então, se seria apropriada ou não a atividade pessoal do conservador do registo civil, em Portugal – ou registrador civil, no Brasil – na mediação familiar e, em momento imediatamente posterior, no processo de divórcio. Entende-se que a observância das hipóteses de impedimento e suspeição, previstas nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil brasileiro, é prudência suficiente para garantir uma atuação imparcial do mediador familiar. Por outro lado, tem-se a compreensão de que não é conveniente atrair para o procedimento dúvida, que tenha o condão de eivá-lo de vício insanável, acerca da neutralidade do mediador. À vista disso, a solução mais cautelosa seria a delegação da mediação a um dos escreventes habilitados, que atuaria sob a supervisão do registrador civil ou do conservador do registo civil.

Diante do exposto, compreende-se que a conjugação do divórcio amigável e da mediação familiar, ambos ocorridos nas serventias de registro civil, irrompe como um instrumento de excelência e celeridade para solucionar as demandas surgidas com a dissolução do vínculo matrimonial, mormente pelo alcance do cartórios de registro civil, presentes em território brasileiro, pela avaliação positiva nas atribuições que já exercem e pela credibilidade pública<sup>55</sup> dos oficiais de registro.

## Referências

BARBOSA, Âguida Arruda. **A Política Pública da Mediação e a Experiência**

<sup>55</sup> Pesquisa aponta Cartórios como a instituição mais confiável do país. [Consult. 04 nov. 2019]. Disponível em <https://protestofacil.com/pesquisa-aponta-cartorios-como-instituicao-mais-confiavel-do-pais/>



**Brasileira.** [Em linha]. Brasil: [sn], [sd]. [Consult. 03 set. 2019]. Disponível em [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/204.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/204.pdf).

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2017. 700p. ISBN 978-85-472-1570-5.

CONTEUDO, Estadão. Um a cada três casamentos termina em divórcio no Brasil. [Consult. 10 out. 2019]. Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/um-a-cada-tres-casamentos-termina-em-divorcio-no-brasil/>.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. V. 3. - Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. 326 p. ISBN 85-89929-02-7.

CRUZ, Rossana Martingo. **Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 209 p. ISBN 978-972-32-1888-6.

CURA, António Alberto Vieira. A escolha da conservatória do registo civil, nos processos respeitantes a relações familiares, e determinação do tribunal competente (alguns problemas). **Boletim da Faculdade de Direito.** Vol. LXXXVI. Coimbra, [sn], 2010. ISSN 0303-9773.

FEDERAL, Conselho da Justiça. **Enunciados de Direito Civil.** [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 02 out. 2019]. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/642>

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 968 p. ISBN 9788553606474.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas do Registro Civil litígios familiares e a mediação. [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/19T4MR5RLj6OSYwgp5t9GHWkFb7gc-ueb/view>.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Justiça em Números 2018.** Brasília: CNJ, 2018. p. 137. [Em linha]. [Consult. 09 out. 2019]. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Justiça em Números 2019.** Brasília: CNJ, 2019. [Em linha]. [Consult. 09 out. 2019]. Disponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio e Separação Consensuais Extrajudiciais.** [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 01 out. 2019]. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=299>.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática.** Salvador: Editora Juspodivm, 2018. 1359 p. ISBN 978-85-442-2087-0.

MASCARENHAS, Fabiana Alves; FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. **Construindo Consensos: A Importância da Mediação nos Conflitos Familiares de Guarda e Visitação.** [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 02 set. 2019]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f91e24dfe80012e2>.

SPENGLER, Fabiana Marion. Os Novos Meios de “Ser Família” no Brasil e a

Mediação Familiar. **(RE) PENSANDO DIREITO**. Ijuí: Editora Unijuí. Ano 1, n.º 1 (jan. - jun. 2011). p. 159-184.

\_\_\_\_\_. A (Des)Institucionalização da Mediação pelo Poder Judiciário Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 3. ISSN 1982-7636. p. 251-274.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo: Método, 2019. 496 p. ISBN 978-85-309-8347-5.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1049 p. ISBN 978-85-309-8396-3.

CÓDIGO Civil Português. [Em linha]. [Consult. 12 out. 2019]. Disponível em [https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/201911062010/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?\\_LegislacaoConsolidada\\_WAR\\_drefrontofficeportlet\\_rp=indice](https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/201911062010/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice)

CÓDIGO de Processo Civil Brasileiro. [Em linha]. [Consult. 12 out. 2019]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

DECRETO-LEI 272/2001. **Diário da República I Série A**. [Em linha]. Nº 238 (13-10-2001), p. 6473-6477. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/621556>.

DESPACHO nº 18778/2007. **Diário da República, 2ª Série**. [Em linha]. Nº 161. (22-08-2007). p. 24051-24052. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/3046940>.

LEI 11.441/2007. [Em linha]. [Consult. 01 out. 2019]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm).

LEI 13.140/2015. [Em linha]. [Consult. 06 out. 2019]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm).

LEI nº 163/1995. **Diário da República I Série A**. [Em linha]. Nº 160 (13-07-1995), p. 4431-4433. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/461217>.

PROJETO DE LEI 3457/2019. [Em linha]. [Consult. 10 out. 2019]. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7964616&ts=1560512852480&disposition=inline>.

PROVIMENTO 67/2018. [Em linha]. [Consult. 07 out. 2019]. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2532>,

RESOLUÇÃO 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça. [Consult. 06 out. 2019]. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>.

Apoio Cultural:



[www.edbrasilica.com.br](http://www.edbrasilica.com.br)  
[contato@edbrasilica.com.br](mailto:contato@edbrasilica.com.br)



[www.edicoesbrasil.com.br](http://www.edicoesbrasil.com.br)  
[contato@edicoesbrasil.com.br](mailto:contato@edicoesbrasil.com.br)



**EDITORA FIBRA**  
[www.editorafibra.com.br](http://www.editorafibra.com.br)  
[contato@editorafibra.com.br](mailto:contato@editorafibra.com.br)



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 5**

**V CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)



Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020

ISBN 978-65-89537-05-2



9 786589 153705 2