

# A

# DVOCATUS

PERNAMBUCO

ANO 6 | AGOSTO 2014 | NÚMERO 14

## ENTREVISTA

Presidente da Comissão Nacional de Prerrogativas do Advogado, Leonardo Accioly, fala sobre a importância do respeito às prerrogativas dos advogados

## ARTIGOS

Responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto e do serviço: breves anotações práticas

Luiz Mário Moutinho

A mediação como instituto prévio ao Poder Judiciário: a busca pela efetividade do acesso à Justiça

Roberta Corrêa de Araújo Monteiro

O Simples e a Advocacia

Eduardo Pugliesi



# CURSOS DE EXTENSÃO NA ÁREA JURÍDICA

Em parceria firmada para o desenvolvimento e aplicação de cursos na área jurídica, a Faculdade Nova Roma e o Instituto Jurídico Luiz Mário Moutinho oferecem cursos do mais alto nível para atender às necessidades da educação continuada. Garanta sua vaga.

## Cursos de curta duração

Cursos práticos com programas atualizados ministrados por professores notórios em suas carreiras e com larga experiência nos temas abordados.

### ■ O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**Professor:** Expedito Lima  
**Público-alvo:** advogados, profissionais da área jurídica e estudantes  
**Carga horária:** 30 horas/aula

### ■ RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS E PRESTADORES DE SERVIÇOS DE SAÚDE

**Professor:** Luiz Mário Moutinho  
**Público-alvo:** advogados, profissionais da área de saúde, operadores de plano de saúde, administradores e estudantes  
**Carga horária:** 30 horas/aula

### ■ DIREITO DO CONSUMIDOR SOB PERSPECTIVA EMPRESARIAL

**Professor:** Luiz Mário Moutinho  
**Público-alvo:** advogados, profissionais da área jurídica, empresários, administradores e estudantes  
**Carga horária:** 30 horas/aula

### ■ DIREITO IMOBILIÁRIO E NOTARIAL

**Professor:** Rodrigo Toscano e Roberto Paulino  
**Público-alvo:** advogados, profissionais da área jurídica, empresários, construtores, engenheiros e estudantes  
**Carga horária:** 24 horas/aula

### ■ JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

**Professor:** Iure Pedroza Menezes  
**Público-alvo:** advogados, profissionais da área jurídica e estudantes  
**Carga horária:** 30 horas/aula

### ■ LICITAÇÕES

**Professor:** Oscar Vilaça  
**Público-alvo:** advogados, profissionais da área jurídica, membros de comissões de licitação e estudantes  
**Carga horária:** 30 horas/aula

**VAGAS LIMITADAS**

**Início em outubro** | Cursos válidos como atividade extracurricular

Apoio:

Coordenação  
Técnico-científica:



Realização:

■ **Informações** 2128.8000

faculdenovaroma.com.br 



INSTITUTO JURÍDICO  
LUIZ MÁRIO  
MOUTINHO



# EXPEDIENTE

## Diretoria da OAB-PE

### Presidente

Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves

### Vice-Presidente

Adriana Rocha de Holanda Coutinho

### Secretário-Geral

Silvio Pessoa de Carvalho Júnior

### Secretário-Geral Adjunto

Fernando Jardim Ribeiro Lins

### Tesoureiro

Bruno de Albuquerque Baptista

## Diretoria da ESA-PE

### Diretor Geral

Gustavo Ramiro Costa Neto

### Diretor Secretário

Venceslau Tavares Costa Filho

### Diretor Tesoureiro

Carlos Eduardo Ramos Barros

### Diretor Cultural

Renato Hayashi Correia de Oliveira

### Diretor de Comunicação

Isaac de Luna Ribeiro

## Conselho Editorial

### Presidente

Gustavo Ramiro Costa Neto

### Membros

Ronnie Preuss Duarte

Carlos Eduardo Ramos Barros

Venceslau Tavares Costa Filho

Renato Hayashi Correia de Oliveira

Isaac de Luna Ribeiro

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

André Regis de Carvalho

Leonardo José Carneiro da Cunha

## Projeto gráfico e realização

Executiva Press

www.executivapress.com.br

Fones: (81) 3221.5926 / 3421.7673

ISSN: 2177-3416

## Tiragem

25 mil exemplares

A revista Advocatus Pernambuco é uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes, da OAB-PE.

O conteúdo e a revisão ortográfica dos artigos e modelos publicados na Revista Advocatus são de responsabilidades dos respectivos autores.

A revista Advocatus Pernambuco não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de seus conteúdos só é permitida desde que citada a fonte.

Artigos para a Revista Advocatus podem ser enviados para o email [esa@esape.com.br](mailto:esa@esape.com.br)

## APRESENTAÇÃO

Gustavo Ramiro, Diretor Geral da ESA-OAB/PE 05

## ENTREVISTA

Leonardo Accioli, Presidente da Comissão Nacional de Prerrogativas do Advogado. Conselheiro Federal da OAB. 06

## ARTIGOS

Responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto e do serviço: breves anotações práticas. 09  
Luiz Mário Moutinho

Constitucionalismo e democracia: a interface entre o direito e a política 29  
Roberta Corrêa de Araújo Monteiro

A natureza jurídica da desistência voluntária e a determinação de seus efeitos 44  
Maria Carolina de Melo Amorim

Bandeiras de conveniência como forma de concorrência desleal no comércio marítimo internacional 50  
Matheus Fraga Lopes, Bruno Barcellos Pereira, Ingrid Zanella Andrade Campos

Internacionalização do Direito Penal e os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional 60  
Arlindo Severino Teixeira de Oliveira

(In) Justiciabilidade do direito fundamental social à alimentação? 70  
Ney Rodrigo Lima Ribeiro

Judicializando a política: liminar que merece louvor por trazer fundamentos com base em exegese pós-positivista, no caso da menor Anny 90  
Andrey Stephano Silva de Arruda

Inseminação artificial homóloga post mortem: direitos sucessórios versus princípio da segurança jurídica 96  
Monaliza Rafaelle Queiroz da Silva

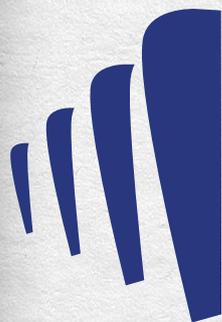
Alienação Parental: tratamento ou punição ao genitor alienante? 105  
Andréa Carla Lima da Silva

A mediação como instituto prévio ao Poder Judiciário: a busca pela efetividade do acesso à justiça 111  
Paula Roberta Corrêa dos Santos Arruda

## LEGISLAÇÃO

Nova Lei de Recursos Trabalhistas (Lei nº 13.015/2014) 131

O Simples e a Advocacia 135  
Eduardo Pugliesi  
Presidente da Comissão Nacional de Acompanhamento Legislativo da OAB



# XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo

## Problemas Emergentes da Administração Pública Brasileira

12 a 14 de novembro de 2014  
Bourbon Cataratas Convention & Spa Resort  
Foz do Iguaçu - PR  
Informações: 31 3296-8331  
Inscrições: [www.ibda.com.br](http://www.ibda.com.br)

Envie seus trabalhos:  
Teses, Comunicados e Artigos.  
Confira o regulamento.

### Coordenação Executiva

Emerson Gabardo (PR)

Lígia Melo Casimiro (CE)

### Comissão Julgadora da Sessão de Teses e Comunicados Científicos

Presidente: Daniel Ferreira (PR)

Membros:

Adriana da Costa Ricardo Schier (PR)

Ana Cláudia Finger (PR)

Daniel Wunder Hachem (PR)

Francisco Taveira Neto (GO)

### Comissão Julgadora do Concurso de Artigos Jurídicos Prêmio Pedro Paulo de Almeida Dutra

Presidente: Thiago Marrara (SP)

Membros

Eneida Desiree Salgado (PR)

Eurico Bitencourt Neto (MG)

Marcelo Harger (SC)

Vivian Cristina Lima López Valle (PR)

### Convidada Especial

Yara Martinez de Carvalho Stroppa (SP)

## PALESTRANTES

Valmir Pontes Filho (CE)

*(Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo)*

Romeu Felipe Bacellar Filho (PR)

*(Coordenador Geral do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo)*

Celso Antônio Bandeira de Mello (SP)

*(Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo)*

Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha (MG)

Ministro Carlos Ayres Britto (SE)

Ministro Luís Roberto Barroso (RJ)

Adilson Abreu Dallari (SP)

Carlos Ari Sundfeld (SP)

Carolina Zancaner Zockun (SP)

Celso Antônio Bandeira de Mello (SP)

Clèmerson Merlin Clève (PR)

Clovis Beznos (SP)

Cristiana Fortini (MG)

Daniel Ferreira (PR)

Dinorá Adelaide Mussetti Grotti (SP)

Edgar Guimarães (PR)

Fabrcio Motta (GO)

Fernando Dias Menezes de Almeida (SP)

Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE)

Flávio Henrique Unes Pereira (MG)

Floralvaldo Dutra Araújo (MG)

Francisco Taveira Neto (GO)

Jader Ferreira Guimarães (ES)

João Batista Gomes Moreira (DF)

Joel de Menezes Niebuhr (SC)

José dos Santos Carvalho Filho (RJ)

José Roberto Pimenta (SP)

Juarez Freitas (RS)

Júlio César dos Santos Esteves (MG)

Luciano Ferraz (MG)

Luiz Alberto Blanchet (PR)

Marçal Justen Filho (PR)

Márcio Cammarosano (SP)

Maria Cristina Cesar Oliveira (PA)

Maria Fernanda Pires (MG)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (PR)

Maria Tereza Uille Gomes (PR)

Maurício Zockun (SP)

Paulo Modesto (BA)

Paulo Motta (PR)

Rafael Valim (SP)

Raquel Dias da Silveira (PR)

Raquel Melo Urbano de Carvalho (MG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (PR)

Ricardo Marcondes Martins (SP)

Rodrigo Valgas dos Santos (SC)

Rogério Gesta Leal (RS)

Romeu Felipe Bacellar Filho (PR)

Sergio de Andréa Ferreira (RJ)

Silvio Luís Ferreira da Rocha (SP)

Tarso Cabral Violin (PR)

Valmir Pontes Filho (CE)

Weida Zancaner (SP)

*Palestrantes sujeitos a alterações.*

Realização



Organização



Patrocínio Master



Patrocínio



Apoio



Foto - Convention & Visitors Bureau Iguaçu



**Gustavo Ramiro**

Diretor Geral da ESA/OAB-PE

## CARO(A) COLEGA,

Cumprindo com nosso tradicional compromisso de difundir o conhecimento jurídico entre os advogados pernambucanos, trazemos ao seu conhecimento a décima quarta edição da **Revista Advocatus**. Mais uma vez, temas de importante significação são enfrentados pelos autores dos artigos, cuja leitura representa oportunidade ímpar de atualização aos profissionais da área jurídica.

Contamos nesta edição com uma entrevista do Conselho Federal da OAB, Leonardo Accioly, que também preside a Comissão Nacional de Prerrogativas. Na sua abordagem, ele fala sobre o trabalho que vem sendo desenvolvido nacionalmente pelo Conselho Federal, tratando de temas extremamente caros à nossa profissão. Também é destacada a questão do relacionamento entre magistrados, advogados e membros do Ministério Público, além de uma análise sobre a valorização do profissional da advocacia. Por fim, Leonardo Accioly ressalta a importância do trabalho da ESA na formação e aperfeiçoamento dos advogados, notadamente no que diz respeito à ética e disciplina e às prerrogativas profissionais.

Trazemos também o texto de uma importante legislação recentemente promulgada, e que entrará brevemente em vigor. Trata-se da Lei nº 13.015/2014, que dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. O tema é novo e merece atenção dos profissionais que militam na advocacia trabalhista.

Finalizando o conteúdo, o presidente da Comissão Nacional de Acompanhamento Legislativo do Conselho Federal da OAB, Eduardo Pugliesi, relata uma importante conquista da nossa classe: a inclusão dos advogados no rol das categorias beneficiadas pelo Simples Nacional. A leitura da exposição é importante para que os advogados saibam como se valer desta relevante ferramenta de desoneração fiscal da atividade.

Todo o conteúdo, como de costume, foi submetido à rigorosa análise do Conselho Editorial. Nossa certeza, portanto, é de que a leitura da nova edição da **Revista Advocatus** será de grande valia àqueles que sobre ela se debruçarem, constituindo em importante instrumento de aperfeiçoamento profissional.

Desejamos a todos uma boa leitura.

**Gustavo Ramiro**

Diretor Geral da ESA/OAB-PE

# Advogado tem que fazer valer suas prerrogativas



## LEONARDO ACCIOLY

Presidente da Comissão Nacional de Prerrogativas do Advogado. Conselheiro Federal da OAB.

A OAB deve defender caninamente a liberdade profissional dos advogados, que se confunde com o sagrado direito de defesa do cidadão. É o que sustenta o presidente da Comissão Nacional de Prerrogativas do Advogado e Conselheiro Federal da OAB por Pernambuco, Leonardo Accioly. Ele aponta que está pessoalmente acompanhando mais de 30 casos de advogados assassinados ou ameaçados em razão do exercício profissional em todo Brasil. Diz que o advogado que não faz valer suas prerrogativas desrespeita imperativo ético de sua profissão de defender o seu constituinte de maneira independente e destemida. E releva que o pior cenário é, sem dúvida, o do estado do Pará, onde a violência contra a advocacia é endêmica e vitima vários colegas advogados todos os anos. Nesta entrevista à revista *Advocatus*, ele fala sobre como a OAB tem defendido as prerrogativas dos advogados e de questões polêmicas, como o desaforamento do Juri do assassinato do advogado Manoel Matos, na Paraíba, e episódio recente no Supremo Tribunal Federal (STF) envolvendo o advogado do ex-presidente do PT José Genoíno, Luiz Fernando Pacheco, e o então presidente do STF, Joaquim Barbosa.

**REVISTA ADVOCATUS - Quais as principais ações do Conselho Federal da OAB-PE para os advogados no campo da prerrogativas profissionais na atual gestão?**

**LEONARDO ACCIOLY** - Ainda no seu discurso de posse, o presidente Marcus Vinícius elegeu como lema da gestão a frase “advogado valorizado, cidadão respeitado” e instituiu o sistema nacional de defesa de prerrogativas. Foi criada então a Procuradoria Nacional de Prerrogativas que tem como objetivo dar efetividade às medidas propostas pela Comissão Nacional pelas Comissões Estaduais em matérias de relevância nacional. Também foi criada a ouvidoria de honorários que serve como um canal para que o advogado que teve seus honorários aviltados possa contar com a assistência nos processos por parte do Conselho Federal. Usando destes instrumentos somados às campanhas empreendidas estamos conseguindo expressivos avanços. Como exemplo podemos citar o apoio parlamentar conseguido pela OAB para o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 83/2008, que criminaliza os atos de violação às prerrogativas dos advogados. Também a intervenção da OAB junto ao CJF que acolheu nosso pleito para determinar que o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal respeitem os poderes constantes na procuração *ad judicium*, especialmente o direito de dar quitação e receber alvarás. Estas e muitas outras ações estão sendo divulgadas em nossos boletins e no sítio do Conselho Federal que também cumprem a função de informar e dar transparência às atividades da gestão.

**R.A. - Como a Comissão Nacional de Prerrogativas tem dado suporte aos profissionais que**

**estejam sofrendo ou tenham sofrido ameaça ou efetiva violação aos direitos, prerrogativas e ao exercício profissional?**

**L.A.** - Nosso trabalho tem sido desenvolvido em duas frentes. Em primeiro plano a ação educativa e preventiva representada pelas diversas campanhas empreendidas pelo Conselho Federal, como nossa campanha pelos honorários dignos, e a Caravana das Prerrogativas, que tem visitado as seccionais com o fito de criar junto às autoridades públicas a cultura do respeito às prerrogativas profissionais. Em um segundo plano trabalhamos para reprimir as violações em todo o país. A comissão se reúne regularmente para discutir casos concretos de repercussão nacional, e que necessitam de uma intervenção através do ajuizamento de medidas judiciais, ou prestação de assistência em processos já ajuizados. Como exemplo tivemos recentemente o caso dos advogados do Rio Grande do Norte processados criminalmente pelo simples fato de elaborarem pareceres em processos licitatórios. Conseguimos trancar as ações penais através do ajuizamento de habeas corpus patrocinados pela Comissão Nacional.

**R.A. - Como o Sr. avalia a relação dos advogados com os integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público em Pernambuco?**

**L.A.** - Tem melhorado bastante com a oxigenação dos quadros do Poder Judiciário e do Ministério Público, mas ainda está longe de ser excelente. Infelizmente várias autoridades públicas ainda insistem em tratar os advogados como subalternos, desconsiderando solenemente o disposto no art. 6º da lei 8.906 (Estatuto da OAB), que prescreve

a ausência de subordinação entre membros do Judiciário, Ministério Público e advocacia. Em razão deste infeliz quadro o trabalho das comissões de prerrogativas se reveste de especial importância, pois, além de reprimir as violações, promove a ideia de que o advogado é o primeiro defensor de seus direitos. O advogado que não faz valer suas prerrogativas está a desrespeitar um imperativo ético de sua profissão de defender o seu constituinte de maneira independente e destemida. Nunca é demais destacar o exemplar trabalho da Comissão Estadual de prerrogativas da OAB/PE, agindo sempre em prol dos colegas que tiveram sua liberdade profissional ameaçada.

**R.A. - A advocacia é hoje uma atividade valorizada?**

**L.A.** - Sim e não. Hoje, com o grande número de bacharéis ingressados nos quadros da advocacia, observamos o empobrecimento da profissão que tende a seguir as leis do mercado. Um maior número de advogados estimula a competição e a consequente mercantilização da atividade com o nocivo aviltamento de honorários. Por outro lado verificamos que, apesar deste fenômeno mercadológico, a carreira do advogado ainda se reveste de especial importância dada a sua indispensabilidade prevista em Lei Federal e na própria Constituição. É importante que tal singularidade seja preservada eis que nós advogados exercemos função pública essencial à administração da justiça e à pacificação social. Preocupada com isso, a OAB tem reafirmado sempre a defesa intransigente do exame de ordem e da dignidade dos honorários advocatícios. Manter a qualidade da prestação dos serviços pelos profissionais e garantir remuneração condigna

são condições para a preservação dos valores de nossa profissão.

**R.A. - Na gestão do presidente da OAB-PE Pedro Henrique Reynaldo Alves, a solução dos casos levados ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-PE triplicou. Isso demonstra que, se há advogados que são vitimados por tipos diversos de violência no exercício profissional, também há advogados que se excedem no cumprimento de suas tarefas profissionais? Como encontrar um ponto de equilíbrio na atuação profissional?**

**L.A. - Tenho dito sempre que a OAB deve defender caninamente a liberdade profissional dos advogados, que se confunde com o sagrado direito de defesa do cidadão. Obviamente a liberdade não é absoluta. Deve obedecer aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, assim como aos limites éticos da profissão. Para tanto, a OAB deve, ao mesmo tempo, defender e pugnar pelas prerrogativas profissionais, mas também efetivamente exercer o controle sobre a atividade dos advogados através de seus Tribunais de Ética e demais instancias disciplinares. Este equilíbrio é que garante a isenção e respeitabilidade da OAB no momento em que atua contra os abusos cometidos pelas autoridades públicas.**

**R.A. - O Conselho Federal da OAB tem acompanhado o caso Manoel Mattos, advogado assassinado em 24 de janeiro de 2009, com dois tiros, em Pitimbu, na Paraíba. O advogado era defensor dos direitos humanos, ex-vereador e vice-presidente do Partido dos Trabalhadores em Pernambuco, e atuava no combate aos grupos de extermínio com atuação em Pernambuco e na Paraíba. Como o Sr. avalia o desaforamento do**

**júri, que ocorreria na Paraíba e agora vai acontecer no Recife?**

**L.A. - Tive a oportunidade de acompanhar a primeira sessão do júri e testemunhei o ambiente de intimidação a que a comunidade local estava sendo submetida. Isto ficou evidente na recusa de vários jurados em participar da sessão. Desta forma reputo como necessário o desaforamento para que se garanta a regularidade e isenção do júri. Infelizmente situações como a de Manoel Mattos têm ocorrido no país com muita frequência. Estamos pessoalmente acompanhando mais de 30 casos de advogados assassinados ou ameaçados em razão do exercício profissional em todo Brasil. O pior cenário é, sem dúvida, no Estado do Pará, onde a violência contra a advocacia é endêmica e vitima vários colegas todos os anos.**

**R. A. - Em episódio recente, o advogado do ex-presidente do PT José Genoíno, Luiz Fernando Pacheco, interrompeu o início de sessão plenária do Supremo Tribunal Federal (STF) para pedir que fosse apreciado pela Corte o pedido de prisão domiciliar para seu cliente, condenado no processo do mensalão. O então presidente do STF, Joaquim Barbosa, pediu para que o advogado parasse sua exposição e, não sendo atendido, cortou o microfone da tribuna e ordenou aos seguranças da Corte que retirassem Pacheco do prédio. Como a Comissão Nacional de Prerrogativas do Advogado avaliou o episódio e a postura do ex-ministro Joaquim Barbosa vem adotando em relação aos advogados?**

**L. A. - Reputamos o fato como gravíssimo. Muito embora a mídia tenha tentado desqualificar a atuação do advogado, é bom**

que se observe que ele agiu estritamente dentro dos limites exigíveis de um defensor que, diante de uma ilegalidade flagrante, encontrou na tribuna o único meio eficaz para requerer o julgamento de um processo com preferência regimental. Muito embora tenha feito o reclamo de maneira enérgica, não podemos confundir tal atitude com excesso. Para a comissão Nacional a atuação do Dr. Fernando Pacheco se torna um exemplo de destemor e altivez diante do arbítrio do presidente do STF. Em razão deste lamentável fato será discutido, e provavelmente aprovado em sessão de agosto do CFOAB, desagravo em favor deste colega que foi brutal e ilegalmente violentado em sua atividade profissional.

**R.A.-AESA-PE está programando cursos sobre prerrogativas profissionais e ética e disciplina do advogado. O Sr. acha que isso pode ajudar a melhorar o respeito às prerrogativas e a conduta dos advogados?**

**L.A. - Evidente que sim. O desconhecimento dos direitos e também das limitações ao exercício profissional pelos próprios advogados está no cerne da grande maioria dos casos onde a OAB é chamada a atuar. A iniciativa da ESA em qualificar os advogados nestes dois temas é importante para que se diminua a litigiosidade que envolve colegas e as autoridades públicas. Esta ação pode ser replicada também para outras categorias. Recentemente uma ideia surgida no I Encontro Nacional de Defesa das Prerrogativas, promovido pelo Conselho Federal da OAB em 2013, gerou resultados no Paraná. Agora, naquele estado, todos os juízes que se formarem na Escola de Magistratura terão aula sobre prerrogativas dos advogados.**

# RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO: BREVES ANOTAÇÕES PRÁTICAS

## Luiz Mário de Góes Moutinho

Juiz de Direito Titular da 1ª Vara Cível do Recife, Diretor Científico do Instituto Jurídico Luiz Mário Moutinho, Professor de Direito do Consumidor e Direito Civil, Membro do Comitê Executivo Nacional do Fórum Permanente de Saúde do CNJ, Vice-presidente da Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco

### Introdução

A Constituinte de 1988 determinou que o Estado promovesse, na forma da lei, a defesa do consumidor, assim como instituiu, como princípio da Ordem Econômica, a defesa daquele sujeito de direito (CF, artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V).

Dentro dessa perspectiva protetiva, o legislador ordinário instituiu, no dia 11 de setembro de 1990, através da Lei Ordinária n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, composto por normas cogentes e de interesse social (CDC, artigo 1º) e que introduziu importantes modificações no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no âmbito da responsabilidade civil.

Algumas inovações introduzidas pelo *novel* ainda não foram plenamente compreendidas pela comunidade jurídica e o presente trabalho (apesar das limitações) tem por objetivo lançar luzes sobre essas novidades, mais especificamente no que diz respeito ao acidente provocado por produtos e serviços colocados no mercado de consumo, o denominado “acidente de consumo”.

A interpretação das regras pertinentes ao tema será feita a partir dos fundamentos, objetivos e direitos fundamentais previstos na Constituição, assim como, lançaremos mão dos objetivos e dos princípios norteadores da Política Nacional das Relações de Consumo para extrair do texto normativo as normas jurídicas nele contidas.

Na primeira parte faremos uma abordagem de cunho geral. Depois, exporemos as noções básicas do direito do consumidor e, mais adiante, examinaremos alguns aspectos pertinentes ao tema específico, utilizando, na medida do possível, exemplos práticos e a interpretação emprestada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre os dispositivos utilizados, sem prejuízo da citação doutrinária aplicável.

### 1 Base Constitucional da Defesa do Consumidor

A Constituição Federal manda, através de cláusula pétrea<sup>1</sup>, que o Estado proteja o consumidor (artigo 5º, inciso XXXII), o que importa reconhecermos o seu direito subjetivo, direito público a ser protegido, e a correspondente obrigação estatal de protegê-lo.

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (Constituição Federal)*

O dever de proteger o consumidor não se restringe ao Estado. A Constituição contempla, no capítulo da ordem econômica, princípio jurídico endereçado aos agentes que atuam naquele ambiente, no sentido de que eles devem também defender o consumidor (artigo 170, inciso V).

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor. (Constituição Federal)*

Os dois dispositivos constitucionais mencionados têm a mesma finalidade, diferenciando-se apenas no sentido da eficácia. O primeiro dispositivo constitucional tem eficácia vertical e é endereçado ao Estado, que se encontra num plano superior aos consumidores e fornecedores. Já o segundo dispositivo, artigo 170, inciso V, orienta-se no sentido horizontal, emanando efeitos aos agentes econômicos e aos consumidores, os quais se encontram no mesmo

1 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

plano.

A imposição constitucional de defesa do consumidor traz, na sua essência, a ideia de *vulnerabilidade* daquele sujeito de direito. A *vulnerabilidade* é o mais importante princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, positivado no inciso I, do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

*Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (Código de Defesa do Consumidor).*

O princípio da vulnerabilidade norteia (ou deveria nortear) toda a atuação Estatal, produzindo, executando e interpretando o ordenamento jurídico no sentido determinado pelo texto constitucional.

A partir da concretização da defesa do consumidor o Estado realiza o Princípio da Isonomia no sentido material, na medida em que trata juridicamente os idênticos de maneira idêntica (com igualdade) e tratar protetivamente os sujeitos desiguais, na medida das suas desigualdades, como é o caso do consumidor.

*Em verdade, sob pena de se ter como nenhum o sistema de direitos subjetivos constitucionais, o legislador se há de considerar sujeito ao princípio da igualdade, quando elabora, tanto as leis materiais, não podendo tratar desigualmente situações idênticas, nem com igualdade situações desiguais (sujeição imediata à Constituição) (FAGUNDES, 1957).*

## 2 Relação de Consumo

Inicial e preliminarmente, convém compreendermos os elementos da relação de consumo, matéria fundamental para o operador do direito adequadamente identificar o seu campo de incidência e aplicar a legislação correta na solução do conflito, não correndo o risco de adotar leis incompatíveis com a ordem constitucional da proteção estatal do consumidor, o que poderia levar a violação do princípio da igualdade.

A experiência forense tem demonstrado que a “miopia”, sobre os elementos constitutivos da relação de consumo, tem levado os operadores (advogados e defensores) a pedirem a aplicação de regras previstas no Código Civil na solução dos litígios de consumo. Noutro prisma, e ainda mais grave, é comum encontrarmos soluções utilizando o Código

Civil na solução de conflitos de consumo, utilizando regras absolutamente incompatíveis com a ideia de vulnerabilidade do consumidor.

### 2.1 Elementos da relação de consumo

Os elementos da relação de consumo estão positivados nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. O primeiro artigo traz o conceito de consumidor, elemento subjetivo mais importante porque a lei protetionista foi instituída para sua defesa. Já o segundo dispositivo legal (CDC. artigo 3º) conceitua o segundo elemento subjetivo, o fornecedor. Os parágrafos 1º e 2º do mencionado artigo 3º trazem, respectivamente, o conceito de “produto” e “serviço”, que são os elementos objetivos da relação de consumo.

*Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*

*Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.*

*Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

*§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.*

*§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

### 2.2 Consumidor

Consumidor é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, diz o artigo 2º do código protetionista.

Como se observa, a natureza da pessoa, o ato que ela pratica e o bem de consumo são irrelevantes juridicamente para definição do sujeito de direito consumidor, o que vai qualificar uma pessoa como consumidora é a destinação emprestada por ela aos produtos e aos serviços.

O sentido e alcance da expressão *destinatário final* é **econômico**, segundo a orientação majoritária do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, consumidor, *a priori*, seria a pessoa que adquire ou utiliza os bens de consumo (produto ou serviço) para fins pessoais.

A pessoa que adquire ou utiliza o bem de consumo, na sua atividade profissional, não é consumidor, pois, nesse caso, o sujeito é um “insumidor” e não um “consumidor”, não gozando da presunção relativa de vulnerabilidade, que autoriza a intervenção protetiva do Estado.

*Consoante jurisprudência desta Corte, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva).<sup>2</sup>*

Toda regra tem exceção e, nessa perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor pode, excepcionalmente, ser aplicado nos conflitos entre uma pessoa que adquira ou utilize um produto ou um serviço para fins profissionais.

Nesse caso, o adquirente do bem de consumo utilizado na sua atividade profissional não goza da presunção de vulnerabilidade e, para receber a proteção do CDC, é necessário que o interessado peça a incidência do diploma protetor e expressamente indique e provando o fato que materializa a sua vulnerabilidade em relação ao outro sujeito com que se relacionou, do contrário o conflito não estará submetido às regras da Lei n. 8.078/90.

*DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA PROTEÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. TEORIA FINALISTA APROFUNDADA. REQUISITO DA VULNERABILIDADE NÃO CARACTERIZADO. EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO ASSUMIDA EM MOEDA ESTRANGEIRA. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO ATACADO.*

*1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. 2.- No caso dos autos, tendo o Acórdão recorrido afirmado que não se vislumbraria a vulnerabilidade que inspira e permeia o Código de Defesa do Consumidor, **não há como reconhecer a existência de uma relação jurídica de consumo sem reexaminar fatos e provas, o que veda a Súmula 07/STJ.**(...)<sup>3</sup>*

A título de exemplo, vamos imaginar um taxista que compra um automóvel para o desenvolvimento de sua atividade profissional. Nesse caso, a destinação emprestada ao bem de consumo não é final sob a

ótica econômica e, portanto, em tese, o profissional não poderia ser considerado consumidor. Porém, é evidente que há vulnerabilidade entre o taxista e o fabricante e a concessionária que o vendeu, não existindo óbice para que o conflito seja resolvido a partir da incidência do CDC. Muito ao contrário, a proteção emprestada materializa o Princípio da Igualdade e alcança o ideal de justiça.

### 2.3 *Fornecedor*

Para o conceito de fornecedor (segundo elemento subjetivo da relação de consumo) é irrelevante a natureza jurídica da pessoa, até mesmo ente despersonalizado pode ser considerado fornecedor, conforme posto no artigo 3º do CDC.

*Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

O que importa para a identificação do fornecedor é que ele atue profissionalmente no mercado de consumo, chegando-se a tal conclusão pela leitura sistemática<sup>4</sup> da cabeça do artigo 3º e do seu parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

A cabeça do artigo 3º exemplificativamente enumera várias atividades (*produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização*) que trazem, na sua essência, a ideia de profissionalismo, ratificada pelo § 2º daquele artigo que alude a *remuneração e ao mercado de consumo*.

*§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*

A atuação não profissional afasta do sujeito a qualidade de fornecedor e o desqualifica como tal e faltando qualquer dos elementos da relação não há como qualificar a relação de consumo, o que afasta a incidência do CDC.

Tomemos como exemplo uma construtora que periodicamente renova a frota de veículos utilizados pelos seus diretores e coloca à venda ao público em geral através de anúncios em jornal de grande circulação.

2 (REsp 1086969/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 21/05/2014)

3 (AgRg no REsp 1149195/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

4 É importante lembrarmos que a interpretação de um artigo que contém parágrafos deve ser feita sistematicamente porque a cabeça do dispositivo e os seus parágrafos guardam pertinência temática.

Nesse caso, o objetivo profissional constante dos atos constitutivos da construtora não consta a venda de veículos e a sua atuação no mercado de consumo não coincide com a venda de automóveis, logo, mesmo que o adquirente do veículo o utilize para fins pessoais, a relação não é de consumo, porque ausente o sujeito fornecedor.<sup>5</sup>

### 2.3.1 Fornecedor pessoa jurídica de direito público

Uma última observação sobre o conceito de fornecedor refere-se às pessoas jurídicas de direito público. Para que o Código de Defesa do Consumidor incida na relação travada por tais pessoas é fundamental identificar se sua atuação é feita no mercado de consumo com profissionalismo.

No passado, o Estado explorava diretamente<sup>6</sup> o serviço de telefonia e de distribuição de energia elétrica. Nesses exemplos, a pessoa jurídica de direito público atuava no mercado de consumo com profissionalismo, pois, aqueles serviços não são típicos da atuação estatal, a relação é de consumo e submetida ao CDC.

Quando a pessoa jurídica de direito público presta o serviço de educação, segurança ou mesmo de saúde o faz no desenvolvimento de atividade típica do Estado, não atuando no mercado de consumo. Nesses exemplos, a relação não é de consumo e, como tal, não é regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Como se observa, para identificar se a relação estabelecida pela pessoa jurídica de direito público é ou não de consumo, é importante verificar a natureza da atividade desenvolvida por ela, se é própria ou imprópria do Estado e um critério importante é a natureza da remuneração.

Na hipótese dos serviços típicos ou próprios do Estado, eles são prestados a todos os membros da sociedade, de maneira indivisível e independentemente de remuneração direta, seus custos são suportados pelos tributos pagos pelos contribuintes.

Já os serviços atípicos ou impróprios são prestados pelas pessoas jurídicas de direito público interno, apenas àqueles que os contratam, eles são divisíveis e a remuneração é feita diretamente pelo contratante, em regra, através do pagamento de preços ou de tarifas.

5 Alguns entendem, como Flávia Püschel (A responsabilidade por fato do produto no CDC. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Pg 63), que dever haver ainda a habitualidade no desenvolvimento da atividade profissional, porém, os que entendem não ser necessário o requisito da habitualidade, assim sustentam porque esse conceito (habitualidade) é intrínseco a ideia de profissionalismo.

6 Hoje o faz, em regra, através de pessoas jurídicas de direito privado, através de contratos de concessões, permissões ou autorizações.

## 2.4 Serviço e Produto

Os elementos objetivos da relação de consumo são o produto e o serviço, conceituados, respectivamente, nos §§ 1º e 2º do artigo 3º do CDC. O conceito de produto é residual, ou seja, tudo o que não for serviço é produto, razão pela qual vamos enfatizar o exame do conceito de serviço.

### 2.4.1 Serviço

Serviço é toda e qualquer atividade desenvolvida profissionalmente pelo fornecedor no mercado de consumo e utilizada pelo consumidor para fins pessoais, mediante remuneração, que não precisa ser paga diretamente pelo usuário ao prestador.

A remuneração, elemento normativo conceitual do serviço, pode ser indireta como, por exemplo, nos serviços prestados gratuitamente na internet e cuja remuneração do fornecedor decorre da venda de espaço publicitário.

Os serviços prestados pelas instituições financeiras também podem ser objeto de uma relação de consumo, tema hoje pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

*STJ. Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.*

O CDC incide nas relações entre as instituições financeiras e os seus consumidores sempre que os serviços e os produtos fornecidos sejam utilizados para fins pessoais, caso a destinação seja para o desenvolvimento da atividade profissional do usuário contratante a relação não é de consumo e, como tal, não é regida pelo CDC, como, por exemplo, os empréstimos tomados para fomentar o capital de giro da empresa tomadora.

*PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCESSO DE EXECUÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. MÚTUA BANCÁRIO PARA OBTENÇÃO DE CAPITAL DE GIRO. INAPLICABILIDADE DO CDC. DECISÃO MANTIDA. (...) 3. A empresa que celebra contrato de mútuo bancário com a com a finalidade de obtenção de capital de giro não se enquadra no conceito de consumidor final previsto no art. 2º do CDC. Precedente<sup>7</sup>.*

Necessária uma última observação sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo. Este diploma legal não se presta a regular

7 (AgRg no AREsp 71.538/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 04/06/2013)

os pedidos de revisão de contratos bancários no que diz respeito aos juros contratados, porque se trata de uma lei ordinária e a Constituição exige, para regulação do sistema, lei complementar, sendo certo que os juros cobrados são o elemento remunerador de todo o sistema.

*CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3o, § 2o, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão todas elas alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3o, § 2o, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. (...) 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. (...)”<sup>8</sup>.*

### 3 Objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo

No ordenamento jurídico, encontramos textos normativos jurídicos que tem diversas finalidades e, a partir desses objetivos, observamos que cada um deles tem uma determinada estrutura.

Assim, temos textos normativos que organizam

pessoas ou órgãos, que estabelecem objetivos a serem alcançados, textos que positivam princípios e ainda textos autorizam ou vedam a prática de atos no âmbito social, as denominadas regras jurídicas.

A Constituição, por exemplo, estabelece, no art. 101, que o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Esse texto simplesmente organiza a mais alta corte de justiça do país, não estabelecendo qualquer objetivo, tampouco tipifica um princípio ou mesmo regula a prática de atos. É apenas um texto jurídico de organização.

A cabeça do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor é um texto que aponta os objetivos da Política Nacional de Consumo e é de fundamental importância para o operador do direito porque, a partir dele, os Poderes da República exerceram adequadamente o seu papel no cumprimento do dever constitucional de proteger o consumidor.

*Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*

*Nessa perspectiva, o Ministro Eros Grau afirma que “o intérprete deve repudiar qualquer solução interpretativa que não seja adequada à realização daqueles fins inscritos na norma-objetivo do art. 4º”<sup>9</sup>.*

Fica claro que o artigo em comento é o ponto de partida para a adequada compreensão do sentido e alcance das regras de consumo a serem utilizadas na solução dos conflitos de consumo indenizatórios, extraindo delas (regras) a norma jurídica contida.

De logo, identificamos que a Política Nacional das Relações de Consumo visa a proteger duas órbitas de interesses dos consumidores, quais sejam, a pessoa do consumidor e o seu patrimônio, tanto é assim que a norma alude à proteção da vida e da saúde do consumidor, a melhoria da sua qualidade de vida e a proteção dos seus interesses econômicos.

Nesse passo, haverá frustração dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo sempre que houver ameaça ou lesão a qualquer bem inerente à personalidade do consumidor ou mesmo ao seu

<sup>9</sup> Interpretando O Código De Defesa Do Consumidor; Algumas Notas. Palestra proferida no 1º Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado em Canela-RS, de 10 a 14 de março de 1992. Transcrição de Carlos Alfredo Lopes Graieb. Revisão de Antônio Herman V. Benjamin. Não revisto pelo autor.

patrimônio, formado por bens que tem representação econômica.

## 4 Princípios da Política Nacional das Relações de Consumo

Tivemos a oportunidade de dizer alhures que o ordenamento jurídico é composto por textos jurídicos que tem diferentes finalidades e correspondentes estruturas. No caso do Direito do Consumidor, os princípios<sup>10</sup> estão positivados nos incisos do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor e a leitura de cada uma desses incisos é fundamental para a correta interpretação.

No caso da responsabilidade civil do fornecedor, tema do nosso trabalho, destacamos o princípio da vulnerabilidade (CDC. artigo 4º. Inciso I); o princípio da qualidade dos bens de consumo (CDC. artigo 4º. Inciso II. Alínea 'd') e o princípios da harmonização e da boa-fé (CDC. artigo 4º. Inciso III).

### 4.1 Princípio da Vulnerabilidade

O princípio da vulnerabilidade é a *pedra de toque* do direito do consumidor, pois o constituinte mandou que o Estado protegesse esse sujeito de direito e assim o fez porque reconheceu que ele é vulnerável no mercado de consumo.

Essa vulnerabilidade expressa-se de várias maneiras, o consumidor ou a sociedade de consumidores não é articulada politicamente, o que dificulta a produção de normas que os defendam (vulnerabilidade política)<sup>11</sup>.

No âmbito da responsabilidade civil merece relevo a vulnerabilidade técnica, pois, não raras vezes, os danos experimentados pelos consumidores decorrem da complexidade dos bens de consumo, fruto do desenvolvimento tecnológico, o que implica no reconhecimento da elevação do risco ou da periculosidade inerentes aos produtos e serviços, causa de danos a bens materiais e/ou inerentes à personalidade dos consumidores.

Nesse sentido, já no ano de 1962, o Presidente dos Estados Unidos da América dizia ao Congresso

10 Embora o art. 4.º enumere oito princípios básicos para a política nacional das relações de consumo, na verdade, há apenas três princípios, porque os demais são meras normas preceptivas. Eros Grau. Vide nota anterior.

11 Consumidor, por definição, inclui todos nós. Eles são o maior grupo econômico na economia, afetando e afetado por quase todas as decisões econômicas públicas e privadas. Dois terços de todos os gastos na economia são feitos pelos consumidores. Mas eles são o único grupo importante na economia que não efetivamente organizado, que as opiniões geralmente não são ouvidas. Mensagem Especial do Presidente dos Estados Unidos da América, John F. Kennedy, ao Congresso Nacional sobre proteção do interesse do consumidor, no dia 15 de março de 1962.

Nacional, *a marcha da tecnologia – afetando, por exemplo, a comida que comemos, os remédios que tomamos, e os muitos aparelhos que usamos em nossas casas – aumentou as dificuldades do consumidor junto aos benefícios que trouxe (...). Muitos dos novos produtos usados no dia-a-dia são muito complexos. A dona-de-casa pode ser tida como uma electricista, mecânica, química, toxicologista, nutricionista e matemática amadora, mas raramente são fornecidas a ela as informações que precisa para realizar essas tarefas com proficiência*<sup>12</sup>.

A mitigação desses riscos é alcançada através da informação necessária e adequada a ser prestada pelos fornecedores sobre a utilização e os riscos intrínsecos aos bens de consumo, dever jurídico que, se inobservado, importa em obrigação de indenizar os danos causados aos consumidores.

### 4.2 Princípio da Qualidade dos Bens de Consumo

O consumidor tem expectativas legítimas em relação aos produtos e serviços que adquirem para uso pessoal, que se manifestam quanto ao fim a que se destinam, quanto a sua durabilidade e, especialmente, quanto a sua segurança.

Não é por outra razão que o artigo 4º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor impõe *ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor e lhe que garanta produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho*.

A inobservância desse princípio de qualidade dos bens de consumo importa frustração de expectativa legítima dos consumidores e, a ocorrência de fato danoso decorrente dessa falta de qualidade, responsabilidade civil do fornecedor.

### 4.3 Princípio da Harmonização

O operador do direito do consumidor precisa ter em mente a necessidade de harmonizar os interesses legítimos do consumidor e do fornecedor ofensor, sempre no sentido de proteger aquele, mas sem perder de vista a necessidade de permitir o desenvolvimento econômico e tecnológico do país (CDC. Artigo 4º. Inciso III).

*Art. 4º. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento*

12 Vide nota anterior.

*econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.*

Nesse sentido, a título de exemplo, ao resolver um conflito decorrente de um acidente de consumo, no qual a pessoa do consumidor é atingida por um produto ou um serviço considerado defeituoso (CDC. artigos 12 e 14), o operador deve levar em consideração o momento em que o bem de consumo foi colocado no mercado de consumo (CDC. artigos 12 e 14. §§ 1º. incisos III), não importando reconhecimento do defeito a colocação posterior de um produto ou um serviço mais seguro (CDC. artigos 12 e 14. §§ 2º).

*Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos(...).*

*§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*

*III - a época em que foi colocado em circulação.*

*§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.*

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos(...).*

*§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*

*III - a época em que foi fornecido.*

*§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.*

Fica claro que, se operador do direito utilizar um bem de consumo mais seguro, desenvolvido e colocado no mercado de consumo posteriormente, como paradigma para considerar defeituoso o bem de consumo mais antiquado, os fornecedores não iriam investir em tecnologia de segurança, com explícita inobservância do princípio da harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores porque impediria o desenvolvimento do país.

#### 4.4 **Princípio da Boa-Fé Objetiva**

O princípio da boa-fé, também previsto no inciso

III em comento, deve ser considerado no seu sentido objetivo, o que significa dizer que é preciso respeitar as legítimas expectativas dos consumidores em relação aos bens de consumo.

Essas legítimas expectativas decorrem do princípio da qualidade dos bens de consumo (CDC. artigo 4º. Inciso II. Alínea ‘d’) já examinado. Quem consome um produto ou um serviço espera que ele atenda ao fim a que se destina, tenha qualidade, dure um tempo razoável e seja seguro.

Sempre que um bem de consumo não apresentar qualquer dessas qualidades, haverá frustração de expectativa do consumidor e conseqüente lesão a bens jurídicos do vulnerável, dando ensejo ao direito de exigir do fornecedor a indenização correspondente.

## 5 **Fontes dos Direitos Subjetivos dos Consumidores**

O Código de Defesa do Consumidor é a principal fonte dos direitos subjetivos dos consumidores, porém, não é a única, como explicitamente evidenciado do artigo 7º da aludida lei.

*Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.*

A compreensão de que o Código de Defesa do Consumidor comunica-se com outros diplomas legais é fundamental porque o código protecionista não dispõe de todas as regras necessárias à solução dos litígios havidos entre consumidores e fornecedores, inclusive no âmbito da responsabilidade civil.

É importante que o operador perceba que não são todas as regras existentes nos outros diplomas legais que podem ser “importadas” e aplicadas nas relações de consumo porque algumas delas são incompatíveis com a ideia protecionista do consumidor.

O Código Civil, instituído pela Lei n. 10.406/02, contém as principais regras do instituto da responsabilidade civil e aquelas de natureza geral são passíveis de incidência nos conflitos de consumo como, por exemplo, o artigo 944 que prevê a integralidade da reparação do dano.

*Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.* Também tem aplicação no conflito de consumo o artigo 403 do diploma material civil, que prevê o

pressuposto de toda e qualquer ação indenizatória, o nexo de causalidade.

*Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.*

Noutra perspectiva, não incide, nos conflitos de consumo, em regra, o artigo 186 do Código Civil que prevê a responsabilidade fundada na culpa, enquanto a responsabilidade civil dos fornecedores pelo acidente de consumo é, em regra, objetiva (CDC. artigos 12 e 14), ressalvada apenas as ações indenizatórias decorrentes de acidente provocado por serviço prestado pessoalmente por profissional liberal, cuja obrigação de indenizar é subjetiva (CDC. artigo 14. § 3º).

*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

*Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores (...)*

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços (...)*

§ 4º A **responsabilidade pessoal dos profissionais liberais** será apurada mediante a **verificação de culpa**. Outros diplomas legais também se aplicam na solução dos litígios de consumo como, por exemplo, o Estatuto do Idoso, instituído pela Lei nº 10.741/02; o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069/90 e o Estatuto Torcedor, instituído pela Lei nº 10.671/03, dentre outras, desde que aquelas pessoas (idoso, criança, adolescente e torcedor) se encontrem como sujeitos de direito de uma relação de consumo.

O importante é que o operador do direito tenha uma visão sistêmica das normas de consumo na hora de resolver os conflitos, não se limitando a leitura e interpretação do Código de Defesa do Consumidor e perceba que as normas a serem integradas sejam compatíveis com a proteção do consumidor.

## 6 Direitos Básicos dos Consumidores

Os direitos básicos dos consumidores estão previstos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, regra jurídica que sintetiza todos os direitos subjetivos

dos consumidores que são detalhadamente regulados na parte especial do diploma protetoristas.

Para o objeto do presente trabalho é importante compreendermos o direito básico à informação (CDC. artigo 6º. Inciso III); direito básico à proteção da vida, da saúde, da segurança (CDC. artigo 6º. Inciso I) e o direito básico a efetiva prevenção e reparação de danos (CDC. artigo 6º. Inciso VI).

*Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*

*I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;*

*III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;*

*VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.*

### 6.1 Direito Básico a Proteção da Vida, da

#### Saúde e da Segurança do Consumidor

A vida e a saúde das pessoas são bens inerentes à personalidade e, no caso da pessoa natural, expressam dignidade. Assim, no caso dos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor estabelece (CDC. artigo 6º. Inciso I) que o vulnerável tem o direito básico a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

Esse direito básico guarda relação direta com os objetivos da Política Nacional das relações de Consumo (CDC. artigo 4º. *Caput*) e carrega na sua essência o princípio da qualidade dos bens de consumo, mais especificamente quanto à segurança (CDC. artigo 4º. Inciso II. Alínea d).

*Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, (...) atendidos os seguintes princípios:*

*II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:*

*d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.*

### 6.2 Direito Básico a Informação

O código protetorista do consumidor preceitua

que ele tem direito a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, portanto, o fornecedor tem o dever de prestar tais informações (CDC. artigo 6º. Inciso III).

Esse direito traz na sua essência os princípios da transparência e boa-fé (CDC. artigo 4º. *Caput* e inciso III, parte final) e é relevante para o estudo da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, objeto do presente trabalho.

A obrigação de o fornecedor prestar informação aos consumidores sobre os riscos dos produtos e serviços decorre do fato de que todo bem de consumo tem uma periculosidade que lhe é inerente, uma potencialidade de causar lesão aos seus usuários, que se apresenta como normal e, não obstante, o fornecedor é obrigado a informar, em qualquer hipótese (CDC. artigo 8º).

**Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.**

Vejamos, por exemplo, no caso do consumidor alérgico, é fundamental que a composição esteja no rótulo para que o adquirente não sofra danos na sua saúde, sob pena de atingir a saúde e até causar a morte do vulnerável, frustrando sua legítima expectativa (boa-fé objetiva) de segurança.

### 6.3 Direito Básico a Prevenção e Reparação dos Danos

A Constituição Federal prevê que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário ameaça ou lesão a direito (CF. artigo 5º, inciso XXXV), como dissemos alhures e, nessa perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor prevê como direito básico do vulnerável a efetiva prevenção e reparação dos danos materiais e morais (CDC. artigo 6º. Inciso VI).

Art. 5º (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Esse dispositivo trata da responsabilidade civil do

fornecedor propriamente dita, na medida em que alude à reparação de danos, ou seja, obrigação de indenizar. Os demais incisos do artigo 6º do CDC referem-se à relação jurídica primária da estrutura da responsabilidade civil porque atribui deveres aos fornecedores, que correspondem aos direitos básicos dos consumidores.

## 7 Base Constitucional Da Responsabilidade Civil

Toda sociedade politicamente organizada é dotada de um ordenamento jurídico, que tem por fim, dentre outros, permitir a convivência harmônica entre os membros de uma determinada coletividade. A construção de uma sociedade livre, justa, solidária e que promova o bem de todos é, portanto, um dos principais objetivos do nosso ordenamento jurídico (CF. artigo 3º. Incisos I e IV).

*Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

*IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Acontece que a convivência em sociedade cria oportunidades para que bens pertencentes às pessoas sejam lesionados, o que produz na vítima uma insatisfação e conseqüente quebra da paz social, frustrando a promoção do bem de todos.

É exatamente aí que se inicia o instituto da responsabilidade civil, cujo objetivo último é permitir a recomposição do dano, na medida do possível, o que implica no restabelecimento da harmonia quebrada.

Dentro dessa linha de raciocínio, é que dissemos que a Constituição estabeleceu que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Essa norma, além de atribuir ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e garantir o direito de ação, implicitamente autoriza reconhece que os danos devem ser evitados e na hipótese de ocorrência devem ser reparados.

Assim, como visto anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor atribui ao vulnerável o direito subjetivo básico à efetiva prevenção e reparação dos danos materiais e morais, coletivos ou individuais.

## 8 Noções Gerais Sobre o Instituto da Responsabilidade Civil

### 8.1 *Estrutura da Responsabilidade Civil*

Antes de adentrarmos no estudo específico da responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do bem de consumo (produtos e serviços), é importante compreendermos o conceito, a sua estrutura, os seus pressupostos e os seus fundamentos.

“Responsabilidade civil é a obrigação de reparar mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano que o nosso fato ilícito causou a outrem” (Giorgio Giorgi. Teoria delle obbligazioni, vol. V. n. 143, pg 224)

No campo da responsabilidade civil, a lesão a bens materiais ou bens vinculados a personalidade da vítima quebra a harmonia almejada pelo direito, impondo-se a reparação do patrimônio ou a sua satisfação do ofendido para o restabelecimento do “*status quo*” ante de harmonia.

O instituto da responsabilidade civil é composto por duas relações jurídicas, a primeira, denominada relação jurídica originária, tem como elementos indispensáveis um fato contrário ao direito (fato gerador), uma lesão a bem juridicamente protegido (dano) decorrente daquele acontecimento (nexo de causalidade).

A segunda relação jurídica, denominada relação jurídica derivada, porque consequente da primeira relação, tem como elementos subjetivos a vítima do dano e o ofensor e como elemento objetivo a obrigação de indenizar. É essa relação jurídica que constitui a responsabilidade civil propriamente dita.

A obrigação de indenizar tem fundamento na culpa ou no risco da atividade, na primeira hipótese a responsabilidade é subjetiva e na segunda é objetiva. Por esse motivo a culpa não é elemento essencial da responsabilidade civil, em verdade é um elemento acidental.

### 8.2 *Fato gerador*

O fato gerador é um acontecimento não desejado pelo direito, que pode ou não decorrer de conduta comissiva ou omissiva do ofensor, é o fato ilícito, como na hipótese da lesão causada a pessoa do consumidor por um bem de consumo defeituoso.

### 8.3 *Dano*

O dano é elemento indispensável, pois, não há obrigação de indenizar se não houver lesão a bem jurídico com expressão econômica ou atingir bem inerente à personalidade da vítima, o que o qualifica,

respectivamente, como dano material e dano moral.

O dano patrimonial é a diminuição (*damnum emergens*) ou frustração (*lucrum cessans*) de um bem jurídico de natureza patrimonial, enquanto que o dano moral é *qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc.*” (Savatier, p. 525)

### 8.4 *Nexo de causalidade*

Finalmente, é fundamental que a lesão decorra direta e imediatamente do fato contrário ao direito, é o nexo de causalidade, que tem previsão no Código Civil vigente (CC. Artigo 403).

No direito brasileiro, o princípio de causalidade adequada é decomposto em duas partes: a primeira, que decorre, a contrário sensu, do artigo 927 do código civil, que fixa a indispensabilidade do nexo causal, segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa; e a segunda, que decorre do artigo 403, que fixa o conteúdo e os limites do nexo causal, segundo a qual somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso<sup>13</sup>.

*Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

*Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.*

## 9 *Teoria do Vício do Produto e do Serviço*

Para exata compreensão da responsabilidade do fornecedor pelo fato dos bens de consumo, é imprescindível entender a Teoria do Vício dos Produtos e Serviços, pois, de modo geral a responsabilidade do fornecedor decorre da existência de vício no bem de consumo.

Vício é falta de qualidade e, como visto, todos os bens colocados no mercado de consumo devem apresentar padrões de qualidade, durabilidade, adequação e segurança, em resumo devem ter qualidade no sentido amplo, constituindo esse um princípio da

<sup>13</sup> (REsp 1198829/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 25/11/2010)

Política Nacional das Relações de Consumo, nos termos da alínea 'd', do inciso II, do artigo 4º do CDC, já comentado.

O Código de Defesa do Consumidor é estruturado de modo a obrigar o fornecedor a reparar os danos causados a pessoa do consumidor e ou ao seu patrimônio. Na primeira hipótese o código protecionista previu a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (CDC. artigos 12, 13 e 14) e na segunda a responsabilidade pelo vício no bem de consumo, que pode se referir adequação (CDC. artigos 18 e 20) ou a quantidade (CDC. artigo 19).

*Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos (...).§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (...)*

*Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando(...)*

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços (...).§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar (...).*

*Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária(...).*

*Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária (...)*

*Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária (...)*

Nesse passo, os vícios dos produtos e serviços dividem-se em duas espécies, vício de qualidade e vício de quantidade e a primeira espécie se subdivide em

duas subespécies, vício de qualidade por insegurança (CDC. artigos 12, 13 e 14) e vício de qualidade por inadequação (CDC. artigos 18 e 20), salientando que no caso do serviço público o código prevê um único dispositivo para as aludidas espécies de vício (CDC. artigo 22).

*Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.*

A responsabilidade civil dos fornecedores pelos vícios de qualidade por inadequação (CDC. artigos 18 e 20) e de quantidade (CDC. artigo 19) tem por objetivo proteger a órbita patrimonial do consumidor, seus bens materiais, que tem representação econômica; por sua vez, a responsabilidade civil do fornecedor pelo vício de qualidade por insegurança (CDC. artigos 12, 13 e 14) visa proteger a pessoa do consumidor, os bens inerentes a sua personalidade, sendo este o objeto do presente trabalho.

## 10 Espécies de Periculosidade dos Produtos e Serviços

Todo bem de consumo (produto ou serviço) carrega na sua essência uma potencialidade de causar lesão à pessoa do consumidor e tanto é assim que o código protecionista previu que o consumidor deve ser informado sobre os riscos decorrentes considerados nocivos ou perigosos, observamos, pois, que há uma relação entre a periculosidade e o direito a informação.

Conhecer as diversas espécies de periculosidade dos produtos e serviços previstos no CDC é importante para compreensão da responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto e do serviço, pois, como veremos, o bem de consumo é defeituoso quando não oferece a segurança que dele se espera, portanto, defeito está associado a ideia de periculosidade ou nocividade e não quanto ao mal funcionamento que atinge o fim a que se destina.

Começaremos pelo exame da periculosidade quanto ao grau e, sem seguida, examinaremos a periculosidade inerente e adquirida dos produtos e serviços, ressaltando que três são os graus de periculosidade dos bens de consumo previstos no Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, periculosidade normal, periculosidade potencial e alto grau de periculosidade.

### 10.1 *Periculosidade Normal*

A periculosidade normal está estampada no art. 8º do CDC e o conhecimento dela repercute no nível de informação que se exige do fornecedor, no caso, basta que ele dê uma informação necessária e adequada quanto à nocividade de produto ou do serviço.

*Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.*

Tomemos como exemplos uma faca de mesa, uma caixa de fósforos, bens que podem naturalmente causar danos à pessoa do consumidor porque carregam consigo uma periculosidade normal, uma nocividade que lhe é inerente, nesses e noutros casos, o fornecedor precisa informar sobre esses riscos e advertir sobre a maneira correta de utilizados (informação necessária), utilizando a linguagem que possa ser compreendida pelos possíveis consumidores daqueles bens (informação adequada).

A adequação da informação quanto à periculosidade refere-se, dentre outros aspectos, ao público-alvo do produto ou do serviço, quanto mais heterogêneo for o público consumidor (cultos, analfabetos, técnicos, leigos) mais diversificado deve ser a linguagem informativa sobre os riscos (escrita, símbolos e figuras).

Convém perceber que a informação sobre os riscos normais dos bens de consumo tem por fim último permitir a legítima expectativa de segurança dos consumidores, o que significa respeito ao princípio da boa-fé objetiva, harmonizando a proteção do consumidor e os legítimos interesses dos fornecedores, sem prejuízo de garantir o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, exatamente para alcançar os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, temas que falamos alhures.

### 10.2 *Periculosidade Potencial*

No artigo 9º do CDC, podemos observar que a periculosidade normal, prevista no artigo 8º, transformou-se em uma periculosidade potencial, a possibilidade de causar danos a pessoa do consumidor é mais elevada.

Nesse caso, para preservação da legítima expectativa de segurança do consumidor (boa-fé objetiva), o nível de perceptibilidade da informação sob o risco é ampliado e o meio para ser alcançado é através da informação ostensiva, mantida a adequação. Quanto

maior o grau de periculosidade e a conseqüente potencialidade de lesão à pessoa do consumidor, maior é o nível de perceptibilidade da informação sobre tais riscos.

*Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.*

Vejam, por exemplo, os fogos de artifício, certos medicamentos controlados, uma faca elétrica, dentre tantos outros bens de consumo, a possibilidade de causar dano à pessoa do consumidor é potencial e, portanto é necessário que a informação a esse respeito seja ostensiva.

Se o bem de consumo é potencialmente nocivo e o fornecedor não prestou a informação ostensivamente, com destaque, descumpriu o dever de informar (fato ilícito) e se essa omissão informativa entrou na cadeia de causa e efeito (nexo de causalidade) da eventual lesão (dano) sofrida pelo consumidor, o fornecedor será obrigado a indenizar, porque violados foram os direitos básicos a informação e a prevenção de danos morais, em desrespeito a colocação de produtos e serviços com padrões de qualidade e segurança e com frustração da legítima expectativa de segurança, frustrando os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo.

### 10.3 *Periculosidade em Alto Grau*

Por fim, o art. 10 trata dos bens de consumo com alto grau de periculosidade. Tais produtos e serviços não podem entrar no mercado de consumo, independentemente da informação prestada pelo fornecedor como meio de preservar as expectativas do consumidor.

*Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.*

A expressão alto grau é indeterminada e, para saber o seu sentido e alcance, deve o operador, dentre outras técnicas, fazer a relação de custo e benefício. Todo bem de consumo é criado para atender uma necessidade do consumidor e todo bem de consumo carrega consigo certo grau de nocividade, é dessa relação entre as necessidades a serem satisfeitas e os perigos de danos que vai se saber se o bem de consumo tem ou não alto grau de periculosidade.

Se os benefícios forem maiores do que os riscos de danos, não há que se falar em alto grau de

periculosidade, diferentemente, se as necessidades atendidas não justificarem o perigo o bem de consumo não pode entrar no mercado de consumo porque possui um alto grau de periculosidade.

A morfina, por exemplo, é uma droga que causa dependência e se examinada isoladamente, sem fazer a relação com as vantagens de seu uso em certos casos, poderíamos concluir que ela tem um alto grau de periculosidade e não poderia então ser comercializada, porém, quando observamos o seu uso na minimização das dores dos pacientes terminais de câncer, a sua utilização já é justificada e a alta periculosidade deixa de existir.

#### 10.4 *Periculosidade Inerente*

Vimos que todos os bens de consumo possuem uma periculosidade, em maior ou em menor grau. Agora vamos perceber a distinção entre periculosidade inerente e periculosidade adquirida é fundamental para o estudo da Responsabilidade Civil do Fornecedor quanto ao acidente de consumo, pois, os danos causados a pessoa do consumidor têm origem nos bens de consumo com periculosidade denominada adquirida e não periculosidade que lhe é inerente.

Para saber se um bem de consumo (produto ou serviço) tem uma periculosidade que lhe é inerente, é fundamental que o operador observe o sujeito consumidor vítima da lesão que pretende reparar e o compare com uma pessoa abstrata ideal, de conhecimento mediano ou vulgar, para saber se aquele consumidor vitimado teve ou não a expectativa de segurança frustrada.

Para realizar essa operação o operador deve se indagar se era previsível para o sujeito ideal abstrato imaginar a possibilidade de sofrer o dano em razão da periculosidade normal ou potencial daquele produto ou serviço. Depois, o operador precisa se voltar o seu olhar para o produto ou serviço e se questionar se a periculosidade faz parte da natureza daquele do bem de consumo.

Finalmente, o interprete deve analisar a embalagem, a rotulagem, a mensagens publicitárias e verificar se ali há a informação adequada, necessária ou ostensiva sobre que aquele produto ou serviço trazem para a pessoa do consumidor.

A resposta afirmativa de todas essas três questões leva à conclusão de que o consumidor não teve a expectativa de segurança frustrada e que o bem de consumo apresentou padrões adequados de qualidade quanto a sua segurança e, por consequência, o

fornecedor não descumpriu qualquer dever jurídico imposto pelo CDC, pois, a periculosidade nesse caso é inerente ao bem de consumo.

#### 10.5 *Periculosidade Adquirida*

Para a aferição da periculosidade adquirida, o operador deve fazer a mesma operação antes mencionada. Precisa imaginar um homem ideal mediano e identificar se a ele era previsível a possibilidade de sofrer lesão em razão da periculosidade do bem de consumo adquirido ou utilizado.

Deve o operador examinar o bem de consumo e identificar se aquela periculosidade faz parte da natureza do produto ou do serviço (periculosidade normal) e também examinar as informações prestadas a ele sobre a possibilidade de sofrer lesão, levando em consideração o nível de periculosidade para estabelecer o grau de ostensividade da informação sobre os riscos.

Se a resposta de qualquer dessas indagações for negativa, ou seja, se não era previsível para um homem abstrato de conhecimento mediano a possibilidade de sofrer a lesão que sofreu pelo uso do bem de consumo ou se não era normal que aquele produto ou serviço pudesse causar o dano causado ou se o fornecedor não prestou a informação adequada, necessária (para periculosidade normal) ou ostensiva (para periculosidade potencial) e, portanto, tem uma periculosidade adquirida e não inerente.

Nessa hipótese houve frustração de legítima expectativa do consumidor quanto a segurança do bem por ele adquirido ou utilizado, o produto ou serviço não apresentou padrões adequados de segurança, o fornecedor não observou os direitos básicos da informação do consumidor, proteção da sua vida e da sua saúde por riscos causados por bem de consumo perigosos ou nocivos e ainda desrespeitou o direito do consumidor a prevenção de danos, com frustração dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo.

Toda essa operação hermenêutica decorre da leitura dos transcritos artigos 8º e 9º do código que vão, em última análise, preencher o conteúdo indeterminado do conceito de defeito, previsto nos §§ 1º, dos artigos 12 e 14, que constitui o fato gerador do dano causado à pessoa do consumidor.

*Art. 12 (...)*

*§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais.*

Art. 14 (...)

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais.

## 11 Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço

Começamos neste ponto o estudo propriamente dito da Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto e do Serviço, também denominado acidente de consumo, que estão positivados nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, o primeiro referente ao acidente provocado por defeito do produto e o último pelo serviço.

### 11.1 Fato Gerador

Toda responsabilidade civil (obrigação de indenizar) tem origem num fato contrário ao direito, que pode ter fundamento na culpa do sujeito (falta de cuidado) ou no risco da atividade que ele desenvolve, denominando-se no primeiro caso responsabilidade civil subjetiva ou responsabilidade civil fundada na culpa e na segunda hipótese responsabilidade civil objetiva ou responsabilidade civil independente de culpa.

No caso do acidente de consumo, o fato contrário ao direito (fato ilícito) decorre do fornecedor colocar no mercado de consumo produto ou serviço que não atenda a padrões de qualidade quanto à segurança (CDC. artigo 4º. Inciso II. Alínea 'd'), com a frustração das legítimas expectativas do consumidor neste particular (CDC. artigo 4º. Inciso III – boa-fé objetiva) e consequente inobservância dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo (CDC. artigo 4º, *caput*).

A verificação do descumprimento desses deveres jurídicos materializa-se pelo fato da periculosidade do bem de consumo não lhe ser inerente, ou seja, a potencialidade de dano não era previsível para o consumidor mediano ou não era normal para aquele produto ou aquele serviço ou apesar de ser previsível e normal o fornecedor não prestou a informação adequada ou necessária (periculosidade normal) ou não prestou a informação ostensiva (periculosidade potencial) sobre os riscos (CDC. artigos 8º e 9º).

Nesse caso, o produto é defeituoso e como tal defeituoso, valendo salientar que no sentido jurídico do CDC, defeito não é sinônimo de mau funcionamento que atinge a finalidade do bem de

consumo (CDC. artigos 18 e 20), como costumamos dizer, mas um mau funcionamento que repercuta na segurança do produto e do serviço (CDC. artigos 12 e 14. §§ 1º).

Art. 12 (...)

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais.

Art. 14 (...)

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais.

O defeito do produto e do serviço é o fato gerador da lesão causada na pessoa do consumidor, posto que, os artigos 12 e 14 do código protecionista estabelecem que os fornecedores de produto e serviços respondem pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos. São esses, os defeitos, que geram a lesão na pessoa do consumidor e não no seu patrimônio.

#### 11.1.1 Aferição da Expectativa

Para chegarmos à conclusão de que um produto ou um serviço não é defeituoso e conseqüentemente definirmos, o fato gerador do dano cuja reparação se pretende através de uma indenização é preciso aferir as legítimas expectativas dos consumidores no que diz respeito a segurança dos bens de consumo.

O legislador enumerou exemplificativamente as circunstâncias a serem examinadas pelo operador do direito para se chegar à conclusão sobre as legítimas expectativas de segurança dos consumidores, esses considerados abstratamente.

Convém anotar que a enumeração das circunstâncias é exemplificativa porque há na redação dos §§ 1º dos artigos 12 e 14 do CDC (antes transcritos) a expressão *entre as quais*, o que nos conduz à conclusão de que outras circunstâncias podem ser levadas em consideração pelo operador do direito.

Os incisos I, dos §§ 1º dos artigos 12 e 14 do CDC mandam que o operador verifique a apresentação do produto e do serviço, exatamente para que ele possa identificar se o fornecedor prestou as informações necessárias ou ostensivas e adequadas quanto aos riscos que os bens de consumo trazem para a saúde e a segurança dos consumidores.

Já o inciso seguinte, inc. II remete o operador do direito para o uso e os riscos que se esperam dos produtos e serviços, ou seja, saber se a periculosidade é natural ou inerente ao bem de consumo, como

tivemos a oportunidade de anotar.

Finalmente, o operador deve levar em consideração o momento que o produto foi colocado em circulação ou o serviço foi prestado, o que significa dizer, que o exame da segurança deve levar em conta o desenvolvimento tecnológico existente ao tempo do fornecimento.

O exame da época em que o bem de consumo foi colocado em circulação no mercado decorre do princípio da harmonização dos interesses de consumidores e fornecedores (CDC, artigo 4º, inciso III), com a proteção do primeiro sujeito de direito compatibilizada com a necessidade do desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

*Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*

Em resumo, é preciso proteger o consumidor, porém, também é preciso garantir o desenvolvimento econômico e tecnológico, ou seja, a produção de leis, a sua execução e a sua interpretação não pode impedir o desenvolvimento a pretexto de proteger o vulnerável.

Não é por outra razão que os artigos 12 e 14 do código estabelecem que o fato de um produto ou um serviço ter sido posteriormente colocado no mercado de consumo com padrões mais efetivos de segurança transforma os bens de consumo tecnologicamente menos avançados em produtos e serviços defeituosos.

*Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos (...).*

*§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*

*III - a época em que foi colocado em circulação.*

*§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.*

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos*

*§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a*

*segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*

*III - a época em que foi fornecido.*

*§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.*

Um novo produto colocado em circulação, mais seguro do que a sua versão anterior, não torna esse último um produto defeituoso porque, do contrário, os fornecedores não investiriam em tecnologia de segurança, o que também não atende as expectativas da coletividade de consumidores e a necessidade de desenvolvimento do país para a promoção do bem comum.

A expectativa de segurança do consumidor quanto aos bens por ele adquiridos é estabelecida definitivamente no momento em que ele adquire ou utiliza o produto ou serviço para fins pessoais. Mesmo que o acidente tenha acontecido após a aquisição do bem de consumo e quando já havia outro produto ou outro serviço mais seguro e o dano alegado não teria acontecido ou teria uma menor extensão se a nova tecnologia de segurança existisse ao tempo da aquisição do bem, esse bem, sob esse argumento, não é considerado defeituoso porque não houve frustração de legítima expectativa de segurança do consumidor vítima do acidente.

## 11.2 *Fundamento da Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto e do Serviço*

Dissemos que a obrigação de indenizar é uma relação jurídica que decorre de outra relação jurídica, denominada relação jurídica primária ou relação jurídica originária, que se constitui na relação decorrente do descumprimento de um dever imposto por lei ou pelo contrato.

A relação jurídica primária pode ter como fundamento a falta de cuidado ou na culpa do sujeito a quem se atribui a obrigação de indenizar no seu agir no seio da sociedade, assim como, o seu fundamento pode decorre do risco da atividade desenvolvida por aquele sujeito de direito. No primeiro caso, a relação jurídica fundada falta de cuidado do ofensor decorre da sua negligência ou da sua imprudência no agir ou no se omitir.

No caso do acidente de consumo o fundamento é risco da atividade desenvolvida pelos fornecedores de produtos e serviços, a sua obrigação de indenizar independe do exame do cuidado por ele adotado criação, montagem, produção, comercialização do

bem que ele colocou no mercado, independe do exame da culpa. A responsabilidade aqui é objetiva e assim o é para facilitar a reparação dos danos sofridos nos bens inerentes a sua personalidade.

*Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos (...)*

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos (...)*

### 11.2.1 Fundamento da Responsabilidade Civil do Profissional Liberal

Em regra, a responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato dos bens de consumo é objetiva, porém, no caso dos serviços prestados pessoalmente pelos profissionais liberais a responsabilidade passa a ser subjetiva. Nesse caso, a vítima do acidente deve demonstrar o defeito do serviço prestado e a culpa ou a falta de cuidado do fornecedor, o que dificulta a reparação das lesões sofridas.

A razão pela qual o profissional liberal responde subjetivamente pelos danos causados a pessoa do consumidor reside no fato de que a legítima expectativa do vulnerável não reside no resultado a ser alcançado pela atividade e sim nos meios a serem empreendidos pelo prestador do serviço, trata-se, portanto, de uma obrigação de meio e não de resultado.

Em muitos serviços prestados pelos profissionais liberais o resultado esperado está submetido à influência de circunstâncias que o prestador não tem o domínio sobre elas, seja por que são imprevisíveis, seja porque são previsíveis, porém inevitáveis, é o que acontece, por exemplo, com o serviço prestado pelo médico, pelo advogado, dentre tantos outros.

Em certas situações, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a responsabilidade objetiva de certos profissionais liberais, como é o caso médico cirurgião plástico estético. Nesse caso o paciente está com são e então o profissional tem um maior domínio sobre o resultado da cirurgia, o que não acontece com médico cirurgião plástico reparador, cuja saúde do paciente está combatida por uma enfermidade ou por um acidente e o resultado sofre a influência de fatores incontrolláveis pelo profissional.

É importante percebermos, no caso do cirurgião

plástico estético, que o belo não é o resultado legitimamente esperado pelo consumidor operado em razão da carga de subjetividade de tal conceito, pois, cada pessoa sente de uma forma. O resultado nesse caso é objetivamente aferido, diz respeito, por exemplo, ou não alinhamento ou proporcionalidade das partes operadas, a qualidade da sutura etc...

### 11.3 Solidariedade nas Relações de Consumo

As relações obrigacionais em regra não são solidárias e, tanto é assim, que o Código Civil estabelece que a solidariedade não se presume, ela decorre da lei ou do contrato, artigo 265.

*Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.*

No caso das relações de consumo, o legislador estabeleceu como regra geral a obrigação solidária entre todos os fornecedores de produtos e prestadores de serviço que integram a cadeia de fornecimento daqueles bens de consumo, como forma de ampliar as possibilidades dos consumidores verem reparados os danos causados aos bens integrantes do seu patrimônio e ou inerentes a sua personalidade (CDC, artigo 7º. Parágrafo único e artigo 25. § 1º).

*Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.*

*Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.*

*Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.*

*§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.*

Na cabeça do artigo 7º estão enumeradas as fontes dos direitos dos consumidores, que não limita aos direitos subjetivos dos consumidores aos previstos no Código de Defesa do Consumidor e o parágrafo, que deve ser lido em consonância e pertinência temática com a cabeça do dispositivo que o contém, está dito que havendo mais de um autor da ofensa, todos responderam solidariamente pela reparação dos danos.

Assim, por exemplo, a Lei de Plano de Saúde, Lei n. 9.656/98 não fala da solidariedade entre a operadora e os prestadores de serviço por ela credenciados, não obstante existe a solidariedade por força do parágrafo em comento, na medida em que aquele diploma legal contém normas de consumo.

O § 1º, do artigo 25 do CDC, assim como no parágrafo único do artigo 7º da lei protecionista, prevê que havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores. A diferença entre os dois dispositivos legais reside no seu campo de incidência de cada um deles. O primeiro (artigo 7º. Parágrafo único) se comunica com todas as normas de consumo existentes no ordenamento jurídico, que não prevendo a solidariedade o ‘importa’ e fixa a solidariedade e, tanto é assim, que o parágrafo alude a **normas de consumo**. Já o § 1º do artigo 25 tem aplicação exclusivamente no código protecionista, pois, o texto legal se refere a solidariedade de todos pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

### 11.3.1 Solidariedade dos Fornecedores pelo Fato do Fato do Serviço

Cinco são as espécies de fornecedores de produtos, levando-se em consideração o critério da atividade desenvolvida, são eles: o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e comerciante (CDC. artigo 12. *Caput* e artigo 13).

No caso de acidente de consumo, cujas lesões atingem bens inerentes à personalidade do consumidor (vida, saúde e segurança), em regra são solidariamente responsáveis pela indenização de tais danos o fabricante, o produtor, o construtor e o importador (CDC. artigo 12. *Caput*), não respondendo, a princípio, o comerciante por tal obrigação (CDC. artigo 13).

*Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores (...)*

*Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando (...)*

O legislador excluiu o comerciante porque entendeu que ele não é um garantidor de segurança dos produtos, na medida em que não participa do processo de fabricação, construção ou produção.

O comerciante só passa a ser solidariamente responsável quando verificada qualquer das hipóteses do artigo 13, ou seja, quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados ou sem a identificação clara

a esse respeito, ou ainda, quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

*Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:*

*I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;*

*II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;*

*III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.*

Nessa última situação, danos causados por produtos perecíveis mal acondicionados, não há solidariedade com aqueles sujeitos (o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador), o comerciante responde sozinho por ato próprio seu.

O importador também não participa do processo de criação, fabricação, produção, porém, o legislador o equiparou aos sujeitos que praticam tais atos na medida em que é ele quem coloca os bens importados no mercado de consumo nacional.

O Código de Defesa do Consumidor é legislação ordinária pátria e em razão do princípio da territorialidade, ligado diretamente a soberania das sociedades politicamente organizadas, não seria possível ao Parlamento brasileiro responsabilizar fabricantes que está fora do território nacional pela má qualidade do produto por ele produzido.

No caso dos prestadores de serviço o código não faz alusão ao prestador direto e indireto e, inclusive, o verbo “responder” vem no singular, o que não ocorre no caso do produto, autorizando a equivocada interpretação de que apenas o prestador direto serviço é o responsável pela reparação do dano, deixando de fora os demais prestadores que integram a cadeia do fornecimento.

Por força do § 1º, do art. 25, do CDC, já comentado, se mais de um prestador de serviço integra a cadeia de fornecimento do bem de consumo, todos respondem solidariamente.

É o que acontece, por exemplo, com a responsabilidade da operadora de planos de saúde pelos vícios de qualidade por insegurança dos serviços prestados pelos prestadores de serviço da sua rede credenciada, médicos, laboratórios e hospitais. Nesse caso, havendo vício de qualidade por insegurança como, por exemplo, um diagnóstico errado, laboratório e operadora do plano respondem solidariamente.

*RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA*

**PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO.** 1. (...) 2. *Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço.* 3. *A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa<sup>1</sup>.*

#### 11.4 Excludentes da Responsabilidade do Fornecedor pelo Fato do Produto e do Serviço

As excludentes de responsabilidade dos fornecedores de produtos pelos danos decorrentes de um acidente de consumo estão enumeradas nos três incisos do § 3º, do art. 12 do CDC, aos quais se somam o caso fortuito e a força maior ali não referidos, porém incidentes por se tratarem de causas gerais de exclusão de obrigação de indenizar prevista no Código Civil, artigo 393<sup>14</sup>, aplicado na espécie por força do artigo 7º, do CDC, já comentado.

*Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos (...)*

*§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:*

*I - que não colocou o produto no mercado;*

*II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;*

*III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos(...)*

*§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*

*I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*

*II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

O inciso I do artigo 12 exclui a responsabilidade do fornecedor de produto se ele demonstrar que não colocou o bem no mercado de consumo. A razão é simples. Como dissemos antes, toda responsabilidade civil pressupõe o descumprimento de um dever jurídico imposto por lei ou pelo contrato (relação jurídica primária ou originária) e a obrigação imposta por lei aos fornecedores é de que coloquem em circulação produtos e serviços com padrões adequados de segurança (CDC. artigo 4º, inciso II, alínea 'd'), que não acarretem riscos para a saúde e à segurança do consumidor (CDC. artigo 8º). Assim, se o fornecedor provar que não colocou no mercado, demonstra que não descumpriu aquele dever legal e, por óbvio, não pode ser responsabilizado.

Já a segunda hipótese, prevista no inc. II do artigo 12 e inciso I do artigo 14, retira a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços se eles provarem que o defeito não existe. A situação também é lógica. Como dissemos, o fato gerador da lesão causada à pessoa do consumidor é o defeito e sem este o eventual dano decorreu de outra causa, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou mesmo por força da natureza.

A culpa exclusiva de consumidor ou de terceiro, artigo 12, inciso III e artigo 14, inciso II, isenta de responsabilidade o fornecedor porque há uma quebra do nexo de causalidade, o fato gerador da lesão alegada pelo consumidor não foi o defeito do produto, mas ato próprio da vítima ou de um terceiro estranho a cadeia produtiva.

Importante anotarmos que o terceiro é aquela pessoa que não integra a cadeia de fornecimento do produto e que a culpa concorrente do consumidor apenas reduz a indenização, não isentando o fornecedor da obrigação de integralmente reparar do dano.

#### 11.4.1 Excludentes de Responsabilidade dos Fornecedores pelo Fato do Produto e do Serviço e o Ônus Da Prova

O Código de Defesa do Consumidor prevê duas hipóteses de inversão do ônus da prova, como meio de facilitar a defesa dos interesses do consumidor e da coletividade de consumidores, em razão da sua inerente vulnerabilidade perante o mercado de consumo, são elas, inversão por opção do juiz (CDC. artigo 6º. Inciso VIII) e inversão por opção do legislador, esta na responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (CDC. artigos 12 e 14. §§ 3º) e na publicidade (CDC. artigo 38).

*Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*

*VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no*

14 Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

*processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.*

*Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos (...)*

*§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:*

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos (...).*

*§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*

*Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina*

A inversão do ônus da prova por opção do juiz é um regra geral e se aplica em qualquer situação de conflito, exceto naquelas que tem inversão por opção do legislador (acidente de consumo e publicidade).

Dizemos que a inversão do ônus da prova é por opção do juiz em razão da expressão ‘*a critério do juiz*’, contida no inciso VIII do artigo 6º, do CDC. O fato de ser por opção do julgador não significa dizer que este é um ato discricionário do magistrado.

Na verdade é necessário que exista a necessidade de inverter e está necessidade acontece sempre que depois de produzida toda prova pelo consumidor ainda existir na convicção do magistrado uma dúvida sobre os pressupostos do pedido autoral, ou seja, o julgador não conseguiu chegar à verdade real.

Neste caso, o juiz deve inverter o ônus da prova para que o fornecedor demonstre que a tese mais provável de ter ocorrido é a por ele sustentada em sua defesa, ao invés de julgar de logo improcedente a pretensão do vulnerável.

A inversão do ônus da prova por opção do juiz então só si aplica nas situações de *non liquet* ou não líquido e o julgamento é feito por verossimilhança e não por verdade real, razão pela qual a inversão do artigo 6º do CDC só se aplica ao processo civil, pois, o direito penal não admite julgamento por aparência ante o princípio do *in dubio pro reo*.

Ressaltamos que dois são os pressupostos para a inversão do ônus da prova por opção do juiz, a verossimilhança das assertivas do autor ou

hipossuficiência dele, está (hipossuficiência) não se confundindo com o conceito de vulnerável, pois, se trata um agravamento da vulnerabilidade, sendo certo que todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente.

Estes dois pressupostos são identificados pelo julgador através das regras ordinárias de experiência, ou seja, independe de prova técnica (perícia). Importante ressaltarmos que a inversão do ônus da prova por opção do juiz não pode ser feita na sentença para não surpreender a parte demandada, razão pela qual deve magistrado anunciar na audiência do artigo 331 do CPC ou após concluir a fase instrutória, quando então deve converter o julgamento em diligência anunciando a inversão e deferindo as provas que eventualmente o advogado da parte ré peça para produzir em razão da inversão determinada.

No caso do acidente de consumo o fornecedor tem o ônus de fazer prova das excludentes mencionadas nos artigos 12 e 14 do CDC por determinação do legislador, não sendo lícito ao magistrado não inverter, dada a natureza cogente da regra.

*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA OPE LEGIS. FORMA OBJETIVA. FATO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. 1.- A Segunda Seção deste Tribunal, no julgamento do Resp 802.832/MG, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ de 21/09.2011, pacificou a jurisprudência desta Corte no sentido de que em demanda que trata da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), a inversão do ônus da prova decorre da lei. 2.- “Diferentemente do comando contido no art. 6º, inciso VIII, que prevê a inversão do ônus da prova “a critério do juiz”, quando for verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte, o § 3º, do art. 12, preestabelece - de forma objetiva e independentemente da manifestação do magistrado -, a distribuição da carga probatória em desfavor do fornecedor, que “só não será responsabilizado se provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. É a diferenciação já clássica na doutrina e na jurisprudência entre a inversão ope judicis (art. 6º, inciso VIII, do CDC) e inversão ope legis (arts. 12, § 3º, e art. 14, § 3º, do CDC). Precedente da Segunda Seção.” (REsp 1095271/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 05/03/2013)<sup>15</sup>.*

15 (AgRg no AREsp 402.107/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013)

### 11.5 Prescrição da Pretensão Indenizatória na Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto e do Serviço

A pretensão indenizatória do consumidor no caso do acidente de consumo prescreve em cinco anos (CDC, artigo 27), iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

*Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.*

O Direito, objetivamente considerado, existe também para dar segurança às pessoas e, neste sentido, ele prevê que os direitos subjetivos precisam ser exercitados pelos seus titulares num certo tempo, posto que, do contrário, traria uma odiosa insegurança para os devedores das obrigações correspondentes àqueles direito, causando-lhe angustia incompatível com o bem de todos.

Os consumidores vitimados por um produto ou por um serviço tem o prazo de cinco anos para exercitarem os seus direitos sob pena de prescreverem. É evidente que o prazo prescricional deste direito só pode começa a fluir quando a vítima dispuser de todos os elementos necessários para exercitar a sua pretensão indenizatória, quais sejam, conhecer o dano e a sua autoria.

Em certos casos as vítimas de acidentes de consumo tem conhecimento da ocorrência do dano como, por exemplo, os efeitos colaterais de um medicamento não previsto e não informado ao consumidor. Neste caso, como em tantos outros, não se pode dizer que o consumidor desdenhou do seu direito subjetivo de ser indenizado e, portanto, não se pode fulminar a sua pretensão com o reconhecimento da prescrição.

Pelos mesmos motivos, também não é possível iniciar a contagem do prazo prescricional se o consumidor vítima de um acidente de consumo provocado por produto ou por serviço desconhece a pessoa obrigada a indenizar.

O prazo prescricional de cinco anos só se aplica a pretensão indenizatória pelo fato do produto e do serviço, previstos, respectivamente, nos artigos 12 e 14 do CDC, não sendo possível sua utilização para pedido de repetição do indébito, art. 42, do CDC ou mesmo para a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, regulados nos artigos 18 e 20 da lei de proteção dos consumidores.

## 12 Considerações Finais

O consumidor goza do direito subjetivo público de ser protegido pelo Estado, cuja política pública deve nortear-se pela prevenção e reparação dos seus bens materiais e imateriais, não permitindo que produtos e serviços sejam colocados no mercado de consumo sem observar padrões adequados de qualidade, especialmente quanto a segurança, a fim de evitar lesões a bens inerentes a personalidade do vulnerável.

Para tanto foi editado o Código de Defesa do Consumidor que inseriu importantes inovações no campo da responsabilidade civil como, por exemplo, a responsabilidade civil objetiva e a solidariedade como regra, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor e a integração do código protecionista com outras fontes normativas integrantes do ordenamento jurídico, tudo com o objetivo de ampliar a defesa do consumidor, reconhecidamente vulnerável no mercado de consumo.

## 13 Bibliografia

Bastos, C. R. (1992). *Curso de Direito Constitucional* (14 ed., Vol. 1). São Paulo, São Paulo, Brasil: Saraiva.

Bonavides, P. (2003). *Curso de Direito Constitucional* (13ª ed., Vol. 1). São Paulo, São Paulo, Brasil: Malheiros Editores.

Enneccerus. (1935). *Derecho de obligaciones* (Vol. II). Barcelona.

FAGUNDES, M. S. (1957). *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*.

Gonçalves, C. R. (2009). *Direito Civil Brasileiro* (4 ed., Vol. IV). São Paulo, São Paulo, Brasil: Saraiva.

Grau, E. R. (janeiro-março de 1993). Interpretando o Código de Defesa do Consumidor, Algumas Notas. *Direito do Consumidor*, 5.

Grinover, A. P. (1996). O Código de Defesa do Consumidor no Sistema Sócio-Economico Brasileiro. 277-287.

Lima, A. (1960). *Culpa e Risco*. (R. d. Tribunais, Ed.) São Paulo, São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais.

Marques, C. L. (s.d.).

Savater. (s.d.). *Traité de La Responsabilité Civile* (Vol. II).

# CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: A INTERFACE ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

## Roberta Corrêa de Araujo Monteiro

Juíza do Trabalho - TRT 6ª Região. Mestre e Doutoranda em Direito Público pela UFPE. Pós Graduada em Direito Processual e Direito material do Trabalho pela UNICAP. Pós Graduada em Direito Público pela ESMAPE. Coordenadora da Pós Graduação em Direito Processual e Direito Material do Trabalho na UNINASSAU. Professora em Graduação e Pós Graduação nas disciplinas de Direito Processual do Trabalho e Teoria Geral da Constituição. E-mail: robertacdearaujo@hotmail.com.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Constitucionalismo e tripartição dos poderes 3 Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade; 4 A ascensão institucional do poder judiciário; 5 Legitimidade democrática e jurisdição constitucional ; 6 Considerações finais; 7 Referências.

### RESUMO

O reconhecimento de que a ascensão institucional do Poder Judiciário no constitucionalismo contemporâneo suscita o tensionamento entre os poderes por implicar no deslocamento de questões políticas relevantes presumivelmente reservadas à deliberação do Poder Legislativo e do Poder executivo para a esfera judicial é o ponto de partida para a reflexão acerca do apregoado déficit de legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Partindo do pressuposto de que a democracia deve ser concebida como um sistema em que os direitos são maximamente preservados e não como mera submissão ao comando da maioria e que a Constituição é dotada de supremacia e força normativa, reconhecer-se-á o Poder Judiciário como ente realizador, também, da função política do Estado, não havendo como se lhe negar legitimidade para por meio das suas decisões, defender e aplicar a constituição, concretizando os direitos fundamentais do cidadão sem que isso afete o equilíbrio que a concepção de *checks and balances* pressupõe.

### PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição constitucional. Legitimidade democrática. Judicialização da política.

### 1 Introdução

A expansão do Poder Judiciário é nota característica das sociedades democráticas contemporâneas. Para além dos clássicos espaços de representação política, na democracia constitucional, inúmeras questões políticas passam a ter nos órgãos jurisdicionais sua instancia decisória final, abrindo um novo espaço de participação ativa do cidadão na esfera pública, por meio das vias judiciais e levando a um deslocamento de questões políticas relevantes do âmbito do Poder Legislativo e do Poder executivo para o Poder Judiciário.

Com a derrocada do Estado Liberal, a clássica separação dos poderes que lhe serviu de alavanca na luta contra o ancien régime mostrou-se obsoleta diante das demandas do intervencionismo estatal. Na medida em que os contornos do Estado ganhos novos paradigmas, transformam-se e ampliam-se as funções do Poder Judiciário, redesenhando sua jurisdição e legitimidade.

No período que sucedeu ao término da Segunda Grande Guerra mundial a consagração dos direitos fundamentais e a ideia de supremacia da Constituição propulsionaram o avanço da jurisdição constitucional e deram ensejo a uma atuação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação das aspirações sociais.

A jurisdição constitucional torna-se a sede natural protetora dos direitos fundamentais do homem demandando uma atuação garantidora e implementadora dos mesmos. Isso leva a um deslocamento de questões políticas relevantes do âmbito do Poder Legislativo e do Poder executivo para o Poder Judiciário.

Essa interface entre o jurídico e o político

dá a atividade jurisdicional uma inexorável dimensão política gerando um tensionamento entre os poderes que gira em torno do escalonamento da necessária equação “democracia e constitucionalismo”.

Refletir sobre alargamento das funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e o aparente paradoxo em torno do princípio democrático e o controle jurisdicional de constitucionalidade é o objetivo deste artigo, refutando a dificuldade contra majoritária.

## 2 Constitucionalismo e tripartição dos poderes

Remontando as origens históricas do constitucionalismo moderno Alexandre Moraes (2002, p. 35) identifica-as com as revoluções liberais do século XVIII afirmando que:

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.

A ordem constitucional inaugurada no final do século XVIII encontra-se indissoluvelmente ligada ao conceito de Estado de Direito, modelo estatal nascido como contraponto ao Estado Absolutista do ancien regime, fortemente influenciado pelos postulados do liberalismo político e econômico, assentando-se em dois pilares essenciais: o reconhecimento da ampla autonomia privada e a limitação do próprio Estado.

É ao Direito que o liberalismo confia a tarefa de limitar, instituir e organizar o poder, bem como de disciplinar a sua atuação, resguardando a liberdade e os direitos dos indivíduos. A ideia era a de garantir, por meio de um texto escrito e, portanto, distante da herança consuetudinária medieval, os direitos dos cidadãos. Para tal desiderato, a Constituição deveria representar o ápice hierárquico da positivação estatal.

No período que sucedeu aos mencionados movimentos revolucionários liberais os textos constitucionais e as declarações de direitos passaram a inverter a lógica até então vigente acerca das relações entre o Estado e o homem, que se situava na perspectiva *ex parte principis* para a *ex parte populi*. Desse modo, se anteriormente o Estado ocupava status central, passa agora o cidadão a posição de centralidade, consagrando-se, destarte, a concepção de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo (LAFER, 1988, p. 125).

A imposição de limites à atuação do Estado em face da autonomia privada é arquitetada com base na ideia da separação dos poderes, que passou a assumir lugar de destaque nas constituições escritas liberais.

A adoção de uma estrutura orgânica tripartite para o exercício do Poder Público é fator de inegável importância histórica, sobretudo no que diz respeito ao contexto do surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade.

A doutrina da separação dos poderes<sup>1</sup> como técnica de limitação do poder encontrará em Locke e Montesquieu seus grandes sistematizadores. O primeiro, através do “Segundo tratado sobre o governo civil” e o segundo no célebre “Do Espírito das Leis”.

Locke desenvolve a primeira e mais completa formulação do Estado Liberal que constitui a justificação *ex post facto* da Revolução Gloriosa na Inglaterra. Nesta obra, a doutrina da separação dos poderes liga-se ao *rule of law*, sendo concebida como pré-requisito desta última: para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem, a aplicá-la (Gwyn, 1965, apud Piçara, p.71). Como resultado dessa constatação, faz-se necessária a separação entre legislativo e executivo.

Para Locke, o Legislativo é o poder supremo e todos os demais dele derivam e a ele subordinam-se. O Poder judiciário não é contemplado explicitamente em sua tripartição de poderes, o que vem a ocorrer

1 O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

com Montesquieu, que também aproxima a sua formulação da separação dos poderes da concepção de *rule of law*.

Montesquieu (2000, p. 173), conferiu o poder de julgar ao judiciário, mas atribuiu a esse poder um caráter secundário, reputando-o como de certo modo nulo. No entanto, embora Montesquieu considerasse o Judiciário a mera *bouche de la loi*, a sua preocupação com a questão da limitação do poder para impedir abusos estatais e com a garantia de independência, consubstanciando a ideia de freios e contrapesos (*checks and balances*) subsume a harmonia e independência entre os poderes, o que dá ênfase à autonomia do Poder Judiciário em relação aos demais.

#### 4 Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade

As concepções de Montesquieu foram incorporadas de modo distinto pelos Estados Unidos da América e pela Europa Continental, resultando em dois modelos paradigmáticos de jurisdição constitucional.

Nos Estados Unidos da América as ideias de Montesquieu assumiram uma feição particular, sendo arquitetado um modelo de jurisdição constitucional distinto do adotado pela Inglaterra. Este último, com a Revolução Gloriosa, alicerçada pelo *Bill of Rights* de 13 de fevereiro de 1689, logrou limitar a pretensão absolutista da monarquia através de seu controle parlamentar, desenvolvendo um modelo de controle de jurisdição constitucional assentado no reconhecimento da supremacia do parlamento, refutando, assim, a doutrina que emanou do *Bonham's case*<sup>2</sup> de 1610.

O dogma da soberania do Parlamento obteve expressão máxima no Reino Unido, onde foi alçado ao status de princípio basilar da constituição inglesa, ao lado do *rule of law* e das *conventions*.<sup>3</sup> O princípio

da soberania parlamentar no constitucionalismo inglês resulta no poder conferido ao parlamento para legislar sobre qualquer matéria, segundo a fórmula *Queen in Parliament*<sup>4</sup>, e na impossibilidade de qualquer órgão externo ao parlamento invalidar ou suspender a eficácia de seus atos.

Vale mencionar que Edward Coke em sua obra *Institutes of the Law of England* apregou a limitação do poder político do monarca pelo parlamento. Suas ideias findam por torná-lo uma peça fundamental nos conflitos entre rei e parlamento ocorridos na Inglaterra no século XVII, registrando-se ademais, que as suas razões de decidir no *Doctor Bonham's Case* relacionam-se claramente a ideia de supremacia constitucional e de controle de constitucionalidade, motivo pelo qual alguns estudiosos do tema como Cappelletti (1999, p. 57-60) e Streck (2004, p.360) reconhecem a influência de seus argumentos no surgimento do *judicial review* americano.

A Revolução Gloriosa e a *Bill of Rights* de 1689 consagraram a supremacia do parlamento no Reino Unido, em oposição ao poder monárquico. Em 1701, o *Act of Settlement* concede ao Parlamento o direito de modificar decisões judiciais, autorizando-o a atuar como corte de justiça e defensor da Constituição, o que consolida ainda mais a inadmissibilidade do controle judicial sobre os atos do parlamento.

Urge considerar que a estreita vinculação do Poder Judiciário à lei positiva se estabelece no final do século XVIII na esteira da valorização do direito escrito como assinala Niklas Luhmann (LUHMANN, 1996, p. 18).

No século XIX, com influência da teoria da soberania a supremacia do Parlamento consolida-se como dogma no constitucionalismo inglês. Nessa ordem de ideias, o parlamento afirma-se como um poder ilimitado e os excessos porventura cometidos no exercício de suas atribuições são encarados como um problema político que deve ser solucionado entre os próprios representantes da legislatura e os seus eleitores.

2 Trata-se de julgado da Court of Common Pleas da Inglaterra, relativo à prisão do médico Thomas Bonham por ordem da respectiva entidade classista (Royal College of Physicians), no qual preponderou a lição de sir Edward Coke, no sentido de que o estatuto da corporação, que previa a medida restritiva da liberdade, afigurava-se inválido por atritar-se com o *common law*. Fernando Rey Martínez, "Una relectura del Dr. Bonham 'case' y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review", Revista Española de Derecho Constitucional, a. 27, n. 81, 2007, pp. 163-181.

3 Sobre o tema, DICEY, A.V. Introduction to the study of the Law of the Constitution. Introduction by WADE, E. C. S. Great Britain: Mac Millan & CO LTD and ST Martín's Press, 1960. 10ª ed., p. 35.; e PHILLIPS, O. Hood. Constitutional and Administrative Law. Fifth Edition. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1973.

4 A doutrina inglesa se refere ao parlamento dizendo the king (ou queen) in parliament. Na Inglaterra remota, the king in parliament era o processo político rudimentar em que, respeitadas as respectivas casas, as forças vivas da nação inglesa em surgimento entravam em diálogo: o rei, a nobreza e o alto clero tradicionais e a burguesia nascente. A expressão king in Parlamento tem seu desenvolvimento associado à própria história do neologismo parliamentum que inicia-se ainda no século XII, reportando-se à conformação dos conselhos reais originalmente compostos por nobres e eclesiásticos. No século XIII, o neologismo parliamentum passa a constar dos documentos oficiais das assembleias políticas e conselhos reais, integrando aos termos da declaração do monarca no sentido de haver decidido in parlamento, com seus nobres, clero e súditos. Cf. ANDRADE, Almir de. A evolução política dos Parlamentos e a maturidade democrática: o exemplo modelar do Parlamento inglês. In Revista de Informação Legislativa, a. 21, n. 18, jan./mar. 1984, p. 61 a 118.

É importante considerar que a questão da impossibilidade de limitação da soberania parlamentar através de decisão de inconstitucionalidade de lei pelos juízes britânicos é um tema complexo, que envolve a discussão acerca de quem é o detentor do poder decisório em matéria constitucional. Com efeito, a Constituição britânica encontra-se protegida pela ideia de responsabilidade governamental, segundo a qual o Executivo é fiscalizado pelo Parlamento, e os membros das Casas Legislativas são eleitos pelo povo através do sistema democrático representativo.

O Parlamento Britânico é soberano de acordo com os próprios princípios constitucionais do Reino Unido e apenas os atos de órgãos inferiores são passíveis de sofrer controle concreto de constitucionalidade por tribunais (*king courts*), quando avaliados como contrários ao direito e à razão (*law and reason*).

O dogma da supremacia da lei e do parlamento é alvo de crescente crítica e desgaste na Inglaterra e nos demais sistemas jurídicos que sofreram a sua influência, especialmente no tocante ao problema da garantia e proteção aos direitos fundamentais que, não se submetendo ao controle judicial, não podem ser concretizados judicialmente sujeitando-se à discricionariedade e arbítrio do legislador.

Por outro lado, a necessidade do exame de compatibilidade do direito inglês com o direito da comunidade europeia também tem reascendido a discussão acerca da importância do *judicial review* no constitucionalismo inglês. Neste sentido, é digno de registro que ineditamente em 1990 o *Judicial Committee of the House of Lords*, apreciando o caso *Factortame Ltd v Secretary of State of Transport* suspendeu a execução de um ato do parlamento inglês, confirmando a prevalência do direito da comunidade europeia sobre o direito inglês.

O ingresso do Reino Unido na comunidade europeia problematiza o fato do parlamento se afirmar como um soberano absoluto, visto que o direito comunitário europeu passa a assumir posição hierárquica superior às leis formais aprovadas pelo Parlamento<sup>5</sup>.

A incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos no sistema inglês, através do *Human Rights Act 1998* representou uma mudança de paradigmas, sendo relevante a criação das “declarações de incompatibilidade” que embora não tenham efeito vinculatório e não suspendam ou revoguem a legislação em contraste

com à Convenção Europeia de Direitos Humanos, certamente desencadeia consistente efeito de pressão política sobre o Parlamento. Por outro lado, a criação da Suprema Corte na Inglaterra prevista na *Constitutional Reform Act 2005* como instância máxima judicial, consolidando a separação definitiva da função legislativa e judiciária pode representar o germe de um novo modelo de controle de constitucionalidade naquele país.

Tais avanços no sistema constitucional inglês, contudo, não representam uma desconstrução da supremacia do Parlamento, mas apontam certamente para uma abertura de diálogo entre o jurídico e o político na construção de um modelo diferenciado.

Nos Estados Unidos da América, como mencionado, a ideia de separação de poderes é apropriada de uma maneira inovadora, desenvolvendo-se em contraponto ao princípio inglês da soberania do parlamento. A experiência negativa das treze colônias com as medidas opressoras do parlamento inglês e a preocupação com a garantia da supremacia da Constituição, refletidas nos artigos federalistas (HAMILTON; JAY; MADISON, 1979) resultou na construção de um modelo de separação de poderes em que supremacia do parlamento é mitigada.

No contexto histórico da independência das colônias americanas “[...] a obsessão sobre os abusos do poder Legislativo era mais forte do que a ideia de legitimação do poder pelo povo. Portanto, a soberania popular se tornou o princípio inicial, mas não operativo do constitucionalismo americano [...]” (DIPPEL, 2006, p. 9).

O federalista Hamilton (2003, p. 471) concebeu a Constituição como um instrumento de delegação de poderes evidenciando, destarte, a possibilidade da declaração de nulidade de um ato de uma autoridade delegada que contrarie as determinações de quem delegou a autoridade para a prática desse mesmo ato, ou seja, o povo. Seria natural, destarte, atribuir ao Poder Judiciário a função de controle dos atos legislativos contrários à Constituição, de modo a impedir que os representantes do povo (Poder Legislativo) sobrepusessem a própria vontade à dos seus constituintes (DIPPEL, 2006, p. 9).

A ideia de uma constituição escrita, dotada de supremacia, podendo ser implementada pelas vias judiciais e constituindo-se como fundamento para declaração de nulidade de todos os atos estatais

contrários ao seu conteúdo é a marca distintiva do modelo constitucional que se instala nos Estados Unidos da América, sendo evidente a decisiva contribuição do sistema norte-americano quanto à moderna função do Judiciário.

As ideias do federalista Alexander Hamilton, lastreadas no pensamento de Montesquieu foram consolidadas mais tarde no célebre *lead case* “*Marbury versus Madison*” que lançou as bases para a para a emergência do Judiciário no cenário de controle político dos demais poderes e representou uma manifestação do poder da Corte em revisar uma decisão política.

Apesar de a Suprema Corte norte americana após o julgamento do caso *Marbury v. Madison* apenas tenha voltado a se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de uma lei federal em 1857, no caso *Dred Scott v. Sandford*<sup>6</sup>, o fato é que a partir da decisão de Marshall o direito constitucional norte americano passou a trilhar novos caminhos, sendo crescente o desenvolvimento do *judicial review*, não apenas no sentido do controle pelo judiciário das decisões políticas dos outros poderes a partir de parâmetros constitucionais, mas também pelo avanço da interferência judicial em questões tradicionalmente consideradas como âmbito exclusivo do Legislativo e do Executivo.

Assim, enquanto a tradição constitucional norte-americana adotou o parâmetro judicial de interpretação e aplicação da Constituição, a Europa, durante o século XIX e até meados do século XX voltou-se ao primado da supremacia da lei e do Poder Legislativo, seu elaborador.

A rejeição europeia ao modelo americano tem suas raízes fincadas, sobretudo na ideia de sacralização da lei. A partir da Revolução de 1789 e até o início do século XX, o dogma rousseauiano da infalibilidade da lei se impôs na Europa Continental de tal modo que Louis Favoreu (FAVOREU, 2004, p.20 ) explicando a resistência europeia ao *judicial review* americano sentença que nos “Estados Unidos a Constituição é sagrada; na Europa é a lei que é sagrada”.

O modelo de controle de constitucionalidade adotado pela maioria dos países europeus veio a desenvolver-se sob forte influência das ideias de Hans

Kelsen, especialmente no que diz respeito ao seu projeto da Constituição da Áustria de 1920. Ressalte-se que a adoção da ideia de jurisdição constitucional como mecanismo de proteção da normatividade da Constituição foi recebida com desconfiança e identificada como um fator de afronta à soberania parlamentar e a separação dos poderes.

Disso decorre a adoção de um modelo de controle judicial de constitucionalidade exercido por um tribunal especial, alheio às estruturas da jurisdição ordinária. Merece registro a reflexão de Zagrebelsky (1999, p.62) no sentido de que a ideia de um Tribunal constitucional como um juiz especial do legislador foi também uma forma de se assegurar o chamado privilégio do legislador, “[...], *una expresión que indica, sobre todo, que el legislador tiene su propio juez*”.

A necessidade de segurança jurídica e uniformidade das decisões é a preocupação central do pensamento de Kelsen justificadora da ideia de que a competência para controlar abstratamente os atos legislativos deveria ser atribuída a um único órgão centralizador e independente, uma “[...] instância central suprema” (ZAGREBELSKY, 1999, p. 145), o que não seria possível se esse controle fosse atribuído a uma pluralidade de órgãos tal como se dava no modelo norte americano.

Para Kelsen a crítica à jurisdição constitucional em face do argumento da soberania do parlamento era incipiente, visto que esta soberania não poderia ser reconhecida a um órgão estatal particular porque “a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal” (KELSEN, 2003, pp. 150-151) em cujo topo situa-se a Constituição. Segundo o autor, “é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo” e, *a fortiori*, a validade dos atos do legislador. (KELSEN, 2003, pp. 150-151). Nesse sentido, o controle de constitucionalidade das leis realizado pelo próprio elaborador das mesmas seria, nesse sentido, ineficaz, sendo imperioso que a garantia da Constituição seja realizada por um órgão independente.

Quanto ao problema da separação dos poderes, Kelsen não considera um óbice à jurisdição constitucional, haja vistam a sua concepção do Tribunal Constitucional como legislador negativo. Nas palavras do mestre de Viena “anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, uma

6 O precedente firmado no caso *Dred Scott v. Sandford*, apontado comumente como um dos fatores que acarretaram a eclosão da Guerra Civil dos Estados Unidos, se deu logo após o fim do conflito desautorizado por força da aprovação da Emenda n. XIV à Constituição americana.

própria função legislativa”. (KELSEN, 2003, pp. 150-151)

A necessidade de segurança jurídica e uniformidade das decisões é a preocupação central do pensamento de Kelsen justificadora da ideia de que a competência para controlar abstratamente os atos legislativos deveria ser atribuída a um único órgão centralizador e independente, uma “instância central suprema” consistindo assim a Corte Constitucional no meio mais eficaz de proteção da normatividade da Constituição.

O modelo do Tribunal Constitucional idealizado por Kelsen findou sendo largamente adotado na Europa continental e em diversos outros países e influenciou também o sistema judicial de outros países que não o consagraram explicitamente ou na estrita forma de sua concepção, como é o caso do Brasil.

## 5 A ascensão institucional do Poder Judiciário

A ordem constitucional inaugurada após o término da Segunda Grande Guerra Mundial encontra-se indissolavelmente ligada ao conceito de Estado Constitucional Democrático, modelo estatal cujo arcabouço central é edificado sob a perspectiva da proteção e promoção da dignidade humana, incorporada nos textos constitucionais como princípio normativo fundamental e núcleo essencial dos direitos fundamentais.

À Constituição se reconhece supremacia e a força normativa necessária para assegurar os direitos fundamentais nela elencados e a efetiva tutela contra abusos dos Poderes Públicos, tornando-a o lugar de realização da cidadania, ponto de afluência da ética mínima do convívio humano, estando a plenificação da cidadania imersa na ideia de que cada direito fundamental deve atravessar a condição efetiva de acesso a uma vida digna.

O desencadeamento desse processo propulsionou a mudança do paradigma jurídico centrado no conceito de legalidade do Estado de Direito para um novo paradigma articulado em torno da ideia de um Estado Constitucional de Direito. A necessidade de instrumentos eficazes de proteção ao homem contra a lei da maioria e contra os abusos estatais tornou-se evidente e nesse contexto os Tribunais Constitucionais são criados com a missão precípua de serem os guardiões das Constituições do

pós-guerra e da ordem de valores nela encerrada.

A incorporação de *standards* morais às Constituições levou a necessidade da adoção de uma perspectiva política na atividade do interprete, na qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A compreensão do sentido da norma passou a levar em conta os princípios a serem preservados e realizados, evidenciando-se que a concretização destes não decorre pura e simplesmente do fato de sua positividade.

A necessidade de instrumentos eficazes de proteção ao homem contra a lei da maioria e contra os abusos estatais tornou-se evidente de modo que, como analisa Agra (2005, p. 56):

Tribunais Constitucionais, na segunda metade do século XX, surgem com a finalidade principal de impedir que maiorias políticas, formadas por um deficiente sistema de representação popular, possam tolher direitos fundamentais das minorias ou até mesmo abolir o Estado Democrático Social de Direito, em nome do princípio majoritário.

A proteção e promoção da dignidade da pessoa humana tornam-se objetivo e tarefa do Estado Democrático de Direito e uma nova equação política é estabelecida haja vista que supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias constrói em torno do Poder Judiciário uma nova arena pública, externa aos circuitos clássicos da representação da sociedade civil por meio dos partidos políticos.

A agenda do Direito e dos direitos torna-se dominante no plano político e na vida social e, como analisa Habermas (1997, p.134): “[...] considerações de ética social infiltram-se em regiões do Direito que, até então, se limitavam a garantir a autonomia privada”. Como resultado desse processo, inúmeras questões de índole eminentemente política são trazidas ao exame do Poder Judiciário, ampliando-se os espaços de atuação dos tribunais na política e alterando-se as funções clássicas dos juízes, que passam a intervir e a orientar as atuações dos outros poderes estatais como forma de assegurar a integridade da Constituição e

dos direitos do cidadão.

Como assinala o cientista político Vianna (1996, p. 263):

Após a Segunda Guerra, [...] à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, [...] seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida – Justiça.

A necessidade de conferir aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais, na extensão máxima de sua densidade normativa, trouxe o desafio de impedir que elas se tornem um texto meramente programático, sujeito ao livre arbítrio do legislador constituído. Nesta perspectiva é que a partir da segunda metade do século XX os sistemas constitucionais – seja nos moldes norte americanos, seja nos moldes europeus ou ainda, sob a influência de ambos, redimensionam o papel do Poder Judiciário, tornando-o protagonista na defesa dos ideais constitucionais e passando a ocupar uma posição estratégica na implementação material do Estado Democrático de Direito.

A proteção e realização da dignidade da pessoa humana tornam-se objetivo e tarefa do Estado Democrático de Direito e uma nova equação política é estabelecida de modo a acomodar o sistema político ( democracia) e seus novos guardiões ( constituição e juízes).

A supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias cria em torno do Poder Judiciário uma nova arena pública, externa aos circuitos clássicos da representação da sociedade civil por meio dos partidos políticos.

Os direitos fundamentais tornam-se decisivamente importantes para a articulação, estruturação e organização da vida político-cívica tutelada pelo Estado Democrático de Direito e as ideias de supremacia da constituição, força normativa das normas constitucionais, rigidez

constitucional e expansão da jurisdição constitucional tornam-se postulados teóricos fundamentais do constitucionalismo contemporâneo.

O conteúdo axiológico incorporado pelos textos constitucionais aliado ao caráter aberto e vago das normas principiológicas trouxe o problema da insuficiência dos métodos positivistas clássicos da hermenêutica jurídica para a sua aplicação e interpretação, o que redundou na ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário no exercício de sua função judicante.

Como resultado desse processo, inúmeras questões de índole eminentemente política são trazidas ao exame do Poder Judiciário, ampliando-se os espaços de atuação dos tribunais na política e alterando-se as funções clássicas dos juízes, que passam a intervir e a orientar as atuações dos outros poderes estatais como forma de assegurar a integridade da Constituição e dos direitos do cidadão.

O protagonismo do Poder Judiciário é um fenômeno crescente nas sociedades democráticas contemporâneas em torno do qual se percebe uma mobilização política da sociedade, que passa a encontrar nos tribunais uma instância decisória de interesses setoriais centrais em substituição ao espaço tradicional de representação política.

Diante desse cenário, sintetiza Calmon de Passos (2000. p.91) que “[...] seria ingenuidade ou desinformação negar a crescente politização do jurídico e juridicização do político, fruto de um peculiar estado de coisas maximizado no segundo pós-guerra”.

O Poder Judiciário passa a ocupar uma posição estratégica na implementação material do Estado Democrático de Direito e nesse sentido Brunella Casalini (CASALINI, 2006, p 238.) assevera que:

A prática constitucional novecentista ultrapassou tanto os limites entre direito público e direito privado quanto aqueles entre direito e política. O reconhecimento de um ineliminável elemento de discricionariedade interpretativa por parte do juiz e o ativismo da Corte Suprema obrigaram a repensar o papel da interpretação judiciária da Constituição, bem como

o significado, as virtudes e os limites próprios do rule of law.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, concebida sob forte influência do constitucionalismo português e espanhol, o Estado Democrático de Direito no é idealizado com centralidade nos direitos fundamentais, constituindo estes, como assevera Hesse (1998. p. 239.): “[...] bases da ordem jurídica da coletividade”, passando a ocupar uma função estratégica de fundamentação e legitimação de todo o sistema normativo, operando uma verdadeira constitucionalização do Direito.

A acessibilidade dos partidos políticos aos tribunais gerou um espaço inédito à proteção e ao exercício dos direitos da minoria parlamentar e extensão desse direito às confederações sindicais e às entidades de classe contornou o monopólio partidário da representação política, permitindo que diferentes grupos de interesse da sociedade discutam e busquem a implementação pela via judicial dos direitos constitucionais.

Ao introduzir novos mecanismos de controle de constitucionalidade concentrado e ampliar significativamente a legitimidade para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade o legislador constituinte objetivou dar efetividade às disposições constitucionais, abrindo espaço para ampliação da importância política do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe primacialmente a defesa da Constituição, fazendo valer a supremacia que lhe é inerente.

## 6 Legitimidade democrática e jurisdição constitucional

O fenômeno da “Expansão do Poder Judiciário” (TATE; VALLINDER, 1995) tem sido alvo de calorosos debates entre os juristas, os cientistas políticos e os filósofos do Direito, impondo o desafio para o constitucionalismo e para as teorias jurídica e política contemporâneas de estabelecer os parâmetros e limites dessa atuação, sobretudo no que diz respeito à discussão acerca e do seu apregoado *déficit* de legitimidade.

A questão que se coloca com ênfase no debate, diz respeito à tensão entre o direito e a democracia provocada por este fenômeno, suscitando o questionamento acerca da legitimidade

democrática dos tribunais para exercer o controle de constitucionalidade das leis e, como resultado deste, intervir em questões políticas presumivelmente reservadas à deliberação dos outros dois poderes, sem afetar o equilíbrio que a concepção de *checks and balances* pressupõe.

A expressão “judicialização da política” inobstante a ambivalência de seu significado tem sido largamente utilizada para explicitar a projeção do Judiciário no campo das discussões afetas à seara política majoritária, explicitando, na perspectiva de Habermas, uma espécie de adensamento do direito nas esferas da vida social (HABERMAS, 1997, p. 48.). A partir desta perspectiva, o Poder Judiciário passa a ser visto como uma alternativa para solução dos conflitos sociais e principalmente para efetivação dos direitos fundamentais assegurados pela Lei Constitucional.

Neste sentido registra-se a reflexão de STRECK (2002. p. 85):

Estamos, assim, em face de um sério problema: de um lado, temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição que garante estes direitos da forma mais ampla possível. Este é o contraponto. Daí a necessária indagação: qual é o papel do Direito e da dogmática jurídica neste contexto?

A resposta a esse desafio pressupõe não poucas vezes, um deslocamento da discricionariedade da esfera legislativa para a esfera judicial. Por esta razão Streck (2002. p. 32), leciona que no Estado democrático de direito: “[...] ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional”

CLÈVE (2001. p. 162) reflete sobre a valorização do direito enquanto espaço de luta da sociedade contemporânea nos seguintes termos:

Deve-se entender a instância jurídica do estado contemporâneo como uma ‘condensação material e específica de uma relação de forças’ que se

expressa como mediação, por meio de normas jurídicas, princípios e valores, e como espaço de confrontação – lutas: imposição de novos valores e normas jurídicas; novos compromissos – entre classes e frações. O direito contemporâneo é, pois, um espaço de mediação e de luta entre forças antagônicas e conflituosas.

O direito passa então por um processo de “[...] valorização da juridicidade enquanto espaço de lutas” (SCHIER, 1999, p.111) e a sacralização dos direitos fundamentais como nota característica do constitucionalismo democrático redonda na impossibilidade de se negar ao Poder Judiciário uma postura ativa que seja capaz de dar respostas adequadas aos anseios e reivindicações sociais voltadas, sobretudo à concreção dos seus direitos fundamentais. Nesse sentido, a ideia de ativismo judicial associa-se a uma atuação do Poder Judiciário voltada à concretização dos valores e fins constitucionais.

A grande questão que se impõe, na sequência dessas ideias, diz respeito, sobretudo ao *modus operandi* desse ativismo judicial e dos limites imanentes a essa atividade. O problema da “dificuldade contra majoritária” (BICKEL, 1962), (*the countermajoritarian difficulty*) expressão cunhada por Alexander Bickel ocupa posição de destaque nesse debate.

A questão central que se impõe na da “dificuldade contra majoritária” reside em como justificar que as decisões do parlamento, produzidas por representantes eleitos democraticamente pelo povo, podem ser invalidadas por órgãos compostos por indivíduos que não tem legitimidade popular porque não foram eleitos.

Inicialmente, cumpre-nos destacar que a efetivação da democracia contemporânea, conforme preleciona Häberle (2004. p. 5-6) se dá a partir da realização dos direitos fundamentais e não no sentido da soberania popular de Rousseau.

Por outro lado, como assevera Dworkin (2001), democracia não implica a mera submissão ao comando da maioria, razão pela qual ele atribui supremacia aos direitos fundamentais ante a soberania popular. Sob essa perspectiva Dworkin (2003) preconiza como função do Judiciário, o fiel compromisso com a efetividade dos direitos

constitucionais.

Streck (2008, p. 19-20) analisa em: “Verdade e Consenso”, que a alegada tensão entre Democracia e Constitucionalismo representa uma impropriedade descabida e irreal e “[...] um perigoso reducionismo”, pois o Estado Constitucional é fórmula mais plena de realização do Estado de Direito. E, se a essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao Direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição esta submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo.

Em verdade, parece-nos que os aportes teóricos, filosóficos e metodológicos do constitucionalismo democrático apontam para a constatação de que o ponto de equilíbrio específico entre o Constitucionalismo e a Democracia dependa da situação institucional e sócio-política vigente em cada país. Em um país como o Brasil, cuja realidade é marcada por afrontosa desigualdade social e incapacidade dos poderes públicos em dar respostas adequadas aos mais básicos anseios da vida social, é difícil deixar de reconhecer a importância e necessidade de certo grau de ativismo judicial.

Como assinalou Souza Neto (2002, p. 166) com base no pensamento de Häberle uma teoria da decisão não deve estar apenas voltada para a interpretação literal do texto, “[...] mas também pragmaticamente como realidade constitucional, a partir do contexto sociocultural em que está inserida e onde tem existência o ser humano concreto”.

Não é possível, destarte, pensar em uma atuação judicial adstrita a uma operação silogística formal, sem qualquer influência dos setores da vida social. Ao contrário, é preciso que a tarefa de interpretação e aplicação da norma constitucional leve em conta a realidade e a pluralidade na qual esta inserida.

É preciso ter em mente que a ingerência judicial em questões tradicionalmente reservadas a seara política no Brasil não decorre pura e simplesmente de uma arbitrária postura do Judiciário em abarcar em seus comandos decisórios questões afetas a seara de outros poderes. O princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal aliado ao descontentamento crescente da população em geral em relação à política e a crise de representatividade dela decorrente constituem as principais causas da transferência de problemas socioeconômicos para alçada dos Tribunais.

Afigura-se de extrema importância que em contextos como o de violação de direitos fundamentais do cidadão por inércia ou ineficiência dos poderes públicos em dar-lhes concretude, a atuação do judiciário seja ativa e concretizadora da norma constitucional.

Não se pode perder de vista nesta discussão o intrínseco caráter jurídico-político da jurisdição constitucional. Sob esta ótica merece registro a perspectiva de Bercovici (2004, p.10) quando afirma que a “Constituição é direito político: do, sobre e para o político”.

Na sociedade contemporânea, a democracia não se caracteriza somente pelo princípio majoritário e não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do “povo” para os órgãos estatais, mas também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e do cotidiano, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais, o que implica, inclusive, no respeito às minorias em face das decisões arbitrárias da maioria.

No Estado Constitucional Democrático a proteção e o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e a exigência de organização e funcionamento do Estado na busca da proteção de tais valores são condição de possibilidade para o seu desenvolvimento e consolidação. A constituição reflete um sistema de ideias, postulados e fins que constituem princípios basilares da ordem social, política, econômica e jurídica e que limitam, orientam e disciplinam a conduta tanto dos poderes públicos quanto dos particulares. E a supremacia reconhecida à Constituição em face do ordenamento jurídico torna-a de imperativa observância e eficácia.

Nesta perspectiva, a fiscalização dos atos estatais é fator de garantia da superioridade do texto constitucional, tanto em seu aspecto formal quanto em seu aspecto material diante de qualquer discricionariedade que a ameace. E nisso reside primordialmente a função da jurisdição constitucional.

Não existe democracia sem que se respeite e se realize os direitos fundamentais e estes não existem sem democracia. Por outro lado, inútil é uma constituição posta em vigor se ela não é cumprida, efetivada e concretizada.

Incumbe, pois, ao órgão constitucionalmente autorizado à defesa da Constituição, a garantia, manutenção e principalmente a efetivação dos

direitos nela encerrados. É nesta perspectiva que o Poder Judiciário se legitima na função de guardião e garantidor dos direitos fundamentais, ao lado dos outros poderes ou no vácuo de atuação dos mesmos. E quando o Judiciário atua nesse sentido não interfere na função legislativa, mas tão somente cumpre a sua função.

Luiz Flávio Gomes (GOMES, 1997, p. 58.) afirma, que:

todos os atos lesivos (por ação ou omissão) praticados pelos demais poderes estão sujeitos ao controle jurisdicional. Nenhuma entidade pública, assim como nenhuma autoridade ou agente público, está imune a esse controle.

Trata-se, portanto, de competência e prerrogativa do Judiciário equilibrar, reverter, anular, corrigir a atividade política ou legislativa desvirtuada ou desinteressada dos valores e objetivos constitucionais. Aos gestores públicos não mais se permite usar da discricionariedade administrativa para, sob o pálio da procuração popular outorgada pelo voto, deixar de observar e cumprir as metas estabelecidas pela Constituição Federal. E nesse cenário, o Poder Judiciário deve atuar de modo incisivo, suprimindo “[...] omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes” (ESTEVEZ, 2007, p. 75-76).

Essa ampliação da esfera de ação do Poder Judiciário não representa qualquer incompatibilidade com o regime político democrático, mas ao contrário, afirma-o. Nesse sentido Dworkin (1997) sustenta que:

O controle judicial sobre os atos legislativos mostra-se como um instrumento viável e eficiente, porquanto se trata de “um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são um pré-requisito da legitimidade deste, não serão violados.

A busca das instâncias judiciais para

concretização de direitos fundamentais também representa uma forma de participação da sociedade no processo político. O Poder Judiciário é poder político e suas instâncias são espaços democráticos de atuação política por meio da participação dos cidadãos na busca da concretização dos seus direitos fundamentais.

A universalização do acesso à justiça, transformada em direito fundamental nas democracias modernas e a proibição do *non liquet* impõe que todo conflito submetido aos órgãos do Poder Judiciário tenham uma resposta. E se é imposto ao Judiciário decidir demandas que não foram objeto de regulamentação pelo legislativo apesar da sua obrigação constitucional de fazê-lo é dado ao julgador não apenas “dizer o direito”, mas também ser co-criador do direito. Luhmann (1990, p.163) aborda a questão:

Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental da atividade dos tribunais (*Gerichtsbarkheit*) como o paradoxo da transformação da coerção em liberdade. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem “lacunas no Direito”. Somente por isso a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa. E somente por isso o sistema jurídico pode reivindicar a competência universal para todos os problemas formulados.

Uma vez que o Judiciário não age senão mediante provocação da parte interessada e considerando que uma vez provocado pelo cidadão não pode recusar-se ou omitir-se em decidir, não há como se lhe negar legitimidade democrática para por meio das suas decisões, defender e aplicar a constituição, concretizando os direitos fundamentais do cidadão.

Como assevera Häberle (2004, p. 5-6):

Não se deve esquecer que a democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o “domínio do cidadão”,

não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular. A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.

Incrementa-se, pois uma cidadania ativa e participativa, capaz de instrumentalizar conquistas democráticas no espaço público por meio do Poder Judiciário. É a cidadania e a participação política por meio do direito. A democracia é entendida, então, como participação e não como mera representação e nesse cenário os Tribunais constitucionais são guardiões do processo democrático. Häberle (2002, p. 39) também assevera que:

[...] existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e eruptivo, a respeito da concepção tradicional de Democracia.

A legitimidade não se assenta, tão somente, na soberania do voto popular. Pode ela advir da própria lei, que é elaborada pelo poder político que detém legitimidade democrática representativa e, portanto a institui legitimamente “em nome do povo”. A Constituição é, portanto, fonte legitimadora da atuação do Poder Judiciário para preservação da eficácia e supremacia constitucional por meio do controle dos atos dos demais poderes e a partir da interpretação e aplicação das regras e princípios constitucionais.

O controle judicial de atos legislativos ou executivos apenas tem lugar porque o próprio sistema democrático permite que o Judiciário seja provocado para interpretar e aplicar a lei. Logo, isso não se dá por um simples ato de vontade ou por mera opção ideológica das Cortes, mas porque tem que cumprir o seu papel constitucional, não podendo dele se escusar ou se omitir. Nessa ordem de ideias, há que se reconhecer o Judiciário como ente realizador, também, da função política do Estado.

Assim, como analisa Bachof (1987, p. 59):

Não tem muito mais força a afirmação de

que o poder judicial é antidemocrático. O juiz não é menos órgão do povo que todos os demais órgãos do Estado. A alusão da falta de imediatez de sua comissão pelo povo não constitui um argumento convincente perante o fato de que também o Governo, o Presidente, os funcionários [...] contam somente com um mandato indireto do povo; e mesmo o Parlamento não pode ser considerado como diretamente comissionado, sem que haja um aspecto muito relativo, pois sua composição está de fato muito mais ligada aos partidos políticos.

Analisando as implicações políticas da atuação do Supremo Tribunal Federal acerca da concretização de direitos fundamentais Castro (1997, p. 147-156) pondera que, do ponto de vista do processo político, o fenômeno promove uma interação entre os Poderes que não é, necessariamente, prejudicial à democracia, eis que ela ocorre quando:

Os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios.

Na medida em que o Judiciário é provocado a assumir responsabilidades por aqueles que deveriam tê-lo feito ele legitima-se perante a sociedade que, a despeito de seus membros não serem eleitos democraticamente pelo voto, reconhece-o como aliado na construção da democracia. Ademais, não se pode perder de vista que o apregoado déficit democrático do Poder Judiciário não é necessariamente maior que a do Legislativo, “[...] cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação” (BARROSO, 2010, p. 391).

No Brasil, o protagonismo do Poder Judiciário tem sido crescente desde o advento da Constituição Federal de 1988, que ao incorporar direitos e princípios fundamentais como elementos nucleares e justificadores do Estado Democrático de Direito, mais do que justificar a intervenção, demandou um Judiciário mais ativo, inserindo-o na

arena política.

Não há como se negar que no Brasil, o Poder Executivo e o Poder Legislativo têm sido historicamente incapazes de cumprir satisfatoriamente os objetivos constitucionais. Assim, a ineficácia das instituições majoritárias finda por gerar uma expectativa redentora em relação ao Poder Judiciário como analisa Garapon (2001, p. 81):

O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário brasileiro vem se tornando, em boa medida, o garante da efetivação dos direitos fundamentais e uma salvaguarda para as frustrações dos jurisdicionados. Isso é reflexo da ponderação de Garapon (2001, p. 48)

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.

O fato é que a mobilização da sociedade e dos grupos organizados, bem assim como a atuação do Ministério Público e a amplitude dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade criados na nova ordem constitucional têm propiciado e favorecido uma postura ativa da jurisdição constitucional no Brasil, comprometida com a defesa

da Constituição e com a promoção e realização da dignidade da pessoa humana, o que é fator de consolidação material do Estado Democrático de Direito.

## 7 Considerações finais

A realização do Estado Democrático de Direito tem como premissa necessária e inarredável o respeito à Constituição, o acato da força normativa de suas regras e princípios e a afirmação e tutela efetiva dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais dificilmente se dissociam da democracia. E falar dos direitos fundamentais é falar dos próprios fins do Estado, que tem a responsabilidade e o dever de torná-los realidade.

Tal como apregoara Lassale, uma constituição que não se efetive, não passa de um pedaço de papel, tal porque nada terá a ver com a vida subjacente. Diante de tal desafio se debruça o constitucionalismo contemporâneo, que progressivamente vem buscando construir uma sustentação teórica para a concretização das normas constitucionais, sem prejuízo da consolidação do caráter normativo e supremo da Constituição.

O Poder Judiciário é o guardião das leis vigentes em um Estado Democrático de Direito, e fazê-las ter efetividade, mesmo que numa atuação contra majoritária ou em detrimentos dos outros Poderes, não enfraquece a ideia de democracia, mas ao contrário, legitima-a.

A Constituição Federal de 1988 foi o símbolo máximo da ruptura com um passado marcado pela negação das liberdades políticas, dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais o que justifica os anseios da sociedade em vê-la tornar-se realidade. Diante de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, o Poder Judiciário, no cumprimento de sua atribuição constitucional, deve ter uma atuação concretizadora e garantidora dos objetivos constitucionais, assegurando deste modo, a supremacia da Constituição e resguardando a própria ideia de Estado Democrático de Direito.

Eventual atuação contra majoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia, pois para que a carta constitucional tenha vida é imperioso que a jurisdição constitucional seja

plenamente exercida e saiba dar-lhe eficácia jurídica e social.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Trad. Rodrigo Bercovitz Rodriguez. Madrid: Editorial Civitas, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. In: LuaNova, n. 61, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2011.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. New York: Irvington publishers, 1962.

CASALINI, Brunella. *Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito. História, teoria e crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006

CALMON DE PASSOS, J.J. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, jun. 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DICEY, A.V. Introduction to the study of the Law of the Constitution. Introduction by WADE, E. C. S. Great Britain: Mac Millan & CO LTD and ST Martín's Press, 1960. 10º ed., p. 35.; e PHILLIPS, O. Hood. Constitutional and Administrative Law. Fifth Edition. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1973

DIPPEL, Horst. Inglaterra, Estados Unidos e França: constitucionalismo e soberania popular. Trad. José Emílio Medauar Ommati. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília, 2006.

DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. O Estado de São Paulo, 26 abr. 1997.

\_\_\_\_\_. Uma questão de princípios. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Espaço Aberto.

\_\_\_\_\_. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESTEVES, João Luiz M. Direitos Sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007.

FAVOREU, Louis. As cortes constitucionais. Trad. de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad.

Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O Federalista. São Paulo: Victor Civita Editor, 1979. (Os Pensadores)

\_\_\_\_\_. O federalista, n. 78. In: O Federalista. Campinas: Russel Editores, 2003

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998

KELSEN, Hans. "A jurisdição constitucional". In: Jurisdição constitucional. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, C. A. A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. SP: Companhia das Letras, 1988.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. Il futuro della costituzione. Torino: Einaudi, 1996, p. 18.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Porto Alegre: AJURIS, 1990.

MACIEL, Omar Serva. A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional. Revista da AGU. a. IV, n. 26, mar. 2004

MONTESQUIEU. Do espírito das leis, São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre, Direito Constitucional, 11. ed., Atlas, São Paulo, 2002.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e hermenêutica. 2a edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. (ores.). The global expansion of judicial power New York, New York: University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder judiciário, 'positivação' do direito natural e política. In: Estudos Históricos. v. 9, n. 18, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1999.  
ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

# A NATUREZA JURÍDICA DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E A DETERMINAÇÃO DE SEUS EFEITOS

## Maria Carolina de Melo Amorim

Maria Carolina de Melo Amorim é doutoranda em processo penal na PUC/SP, mestre em direito pela UFPE, tem especialização em direito penal e processual penal pela ESMAPE e pela Faculdade Damas da Instrução Cristã e curso de História do Direito pela Universidade de Lisboa. Graduada em direito pela UFPE, exerce a advocacia criminal em Pernambuco desde 2002.

### 1. Notas introdutórias – considerações sobre a tentativa e a consumação do delito.

O delito, em sua manifestação, é estruturado pelo direito penal com referência aos atos de preparo e obtenção do resultado pretendido pelo agente. Em outras palavras, se, para a caracterização do ato como criminoso, há de se perquirir acerca de seus elementos essenciais – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (teoria tripartida) – para a análise de sua manifestação, as atenções se voltam aos atos praticados pelo agente e a relevância de tais atos para o meio exterior (a exemplo do *modus operandi*, da tentativa e do concurso de agentes). Nesse diapasão, a conduta poderá ser considerada criminosa (a título de tentativa) ainda que o delito não tenha sido consumado, desde que iniciados os atos executórios.

A doutrina<sup>1</sup> divide a manifestação delitiva entre atos preparatórios, atos de execução e atos de consumação, denominando-os de *iter criminis*<sup>2</sup>. Tal termo é definido como o conjunto de todas essas fases, composto por (I) A cogitação (*cogitatio*), isto é, as idealizações do resultado e das conseqüências da consumação do delito; (II) Os atos preparatórios (*conatus remotus*); (III) Os atos de execução (*conatus proximus*), iniciando-se a atividade criminosa através de manifestação externa capaz de provocar alteração na ordem social, e (IV) A consumação do delito (*consumatio*), que, para Magalhães Noronha, se verifica “quando há realização integral do tipo” sendo essa a orientação do nosso Código Penal.

Embora se tenha notícia, na história do direito penal, da tentativa de punir agentes em estado de cogitação do delito, no direito penal moderno não há a possibilidade de aplicação de qualquer sanção pela

simples cogitação, só havendo a incidência do direito penal quando a vontade interior é, de qualquer modo, exteriorizada através de atos no meio social.

Assim, a depender dos atos praticados e do resultado atingido com a conduta, diz-se que o crime é tentado ou consumado. A conduta tentada se perfaz quando, iniciados os atos executórios, o agente não atinge o escopo pretendido *por circunstâncias alheias à sua vontade*. O início da execução é caracterizado pela prática, ainda que incipiente, do verbo descrito no tipo penal. Já os atos preparatórios são impuníveis, a não ser que se encontrem elencados de forma autônoma em outra figura típica.

Nesse raciocínio, se, após iniciados os atos executórios do crime, não se obtém êxito no resultado pretendido ante a aparição de causa impeditiva do fato contrária à vontade do executor da conduta, não se consumando o delito pretendido, estamos diante da figura da tentativa, prevista no artigo 14, II do Código Penal. No entanto, se o crime não se completa por própria vontade do agente, insurgem-se outros institutos penais, a exemplo da desistência voluntária, aqui abordada.

Enquanto a tentativa é punida com a pena correspondente ao crime consumado diminuída de um a dois terços (parágrafo único do artigo 14 do CP), **a desistência voluntária não autoriza a aplicação de pena, podendo ser capaz, inclusive, de elidir a própria existência do delito, posição defendida nesse estudo.**

### 2. Da desistência voluntária.

A desistência voluntária se observa quando, iniciada a execução do crime, não há a sua consuma-

1 NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 23 edição. São Paulo: Saraiva, 1985. Volume I, p. 121.

2 Expressão do latim que significa “caminho do delito”.

ção *por vontade própria do agente*. Nesse caso, não se pode falar em tentativa – visto que haveria a necessidade de circunstâncias alheias à finalidade pretendida –, tampouco em crime consumado. Digamos que A dispara 2 projéteis de arma de fogo com o intuito de ceifar a vida de B, errando por duas vezes o alvo, mas, antes de promover o terceiro disparo, desiste e guarda a arma. Para a teoria da *atipicidade* dos atos advindos da desistência voluntária, por exemplo, não há que se falar em tentativa, pois a execução cessou em razão da própria vontade do agente, que deu solução de continuidade à consecução do delito. Diz-se que a desistência é voluntária quando o agente pode dizer “*não quero prosseguir, embora pudesse fazê-lo*” e involuntária quando tem que dizer “*não posso prosseguir, ainda que quisesse*”<sup>3</sup>.

Sobre o tema, aduz o artigo 15 do Código Penal Brasileiro:

“Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, **só responde pelos atos já praticados.**”

Trazendo à colação outros exemplos para esclarecer o assunto, tem-se que, segundo a legislação brasileira, se o agente, com o intuito de cometer assaltos, munido de um revólver, chega a render a vítima, com socos e empurrões e, depois, desiste de assaltá-la, não responderá pelo artigo 157 na sua forma tentada, mas será responsabilizado pelas lesões corporais que causou à vítima. Outro exemplo, citado por Giuseppe Bettiol<sup>4</sup>, é a hipótese em que Tício, a fim de cometer delito de furto, entra no recinto de um banco, abre com chama oxídrica a caixa forte, mas, no momento do apossamento dos valores, é acometido por um escrúpulo de consciência e desiste do cumprimento de sua atividade delituosa. Poderá, então, ser punido tão somente a título de dano, não de furto, nem mesmo na sua forma tentada.

É importante observar que a legislação beneficia a desistência voluntária **prescindindo de sua espontaneidade**. Dessa forma, se o agente resolve interromper a atividade criminosa convencido por terceiro, ainda assim incidirá o benefício em discussão, bastando que concorde com a desistência dos atos, ainda que dele não tenha partido a ideia de desistir. Nesse aspecto, basta verificar se a voluntariedade pressupôs a livre escolha entre a continuidade ou não dos atos executórios, ou seja, se a atividade

criminosa não foi abandonada diante da eficaz resistência da vítima, da presença de riscos e desvantagens maiores para o agente (que pode estar, por exemplo, perseguido pela autoridade policial) ou outros exemplos que impeçam a plena liberdade na continuidade do crime.

Indaga-se também se o adiamento da prática do ato para oportunidade posterior (mais propícia ao acobertamento dos indícios ou mais eficiente na obtenção do resultado) configuraria ou não a desistência voluntária da conduta. Sobre a questão, a doutrina italiana de Bettiol<sup>5</sup> atenta para a distinção entre *desistência da execução* e *desistência de propósito*: o agente pode não ter alterado o seu propósito de praticar o crime, apenas desistindo momentaneamente de consumá-lo. Para o Código Penal brasileiro, faz-se imprescindível a desistência absoluta do propósito, do contrário não se entende pela aplicação da desistência voluntária. Tal entendimento justifica a punição, a título de tentativa, da agressão que se viu cessada em razão dos gritos da vítima<sup>6</sup> ou da aproximação de outras pessoas<sup>7</sup>, casos nos quais não se pode dizer que o executor optou livremente por não praticar o delito, mas se viu fortemente influenciado a não praticá-lo em razão das circunstâncias que permearam a sua tentativa. Não incide, portanto, o benefício da desistência voluntária, e o fato é punido a título de tentativa.

O mesmo artigo 15 do Código Penal prevê a figura do arrependimento eficaz. Embora não seja objeto deste estudo, insta esclarecer que sua diferença da desistência voluntária reside no fato de que, nesse caso, os atos executórios já se completaram, mas o agente, por arrepender-se posteriormente, impede o resultado. O exemplo clássico é aquele em que A, após administrar veneno na bebida de B, antes que se produza o efeito letal no organismo desse, obriga-o a beber o antídoto, evitando o resultado outrora pretendido. Para efeitos de aplicação penal, a atividade impeditiva do resultado deve obter êxito; do contrário, não importa o quanto tenha se arrependido o agente, ainda assim responderá por crime consumado.

### 3. Estudos da Natureza jurídica da desistência voluntária.

Elaborados os esclarecimentos iniciais acerca

3 FRANK (R.), in HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1983, Vol. I, p. 75.

4 BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

5 Op. Cit.

6 STF, ROCr, 1316, DJU de 25/11/77, p. 8.505.

7 TACRIM – SP, AC 323.235 – Rel. Edmeu Carmesini; TACRIM – SP, RT 613/346, Rel. Canguçu de Almeida.

do tema, passa-se à determinação da natureza jurídica da desistência voluntária, cuja relevância reside na justificação concedida pelo magistrado para a não aplicação de sanção à conduta perpetrada. Com o intuito de perquirir acerca dos efeitos dessa exclusão (se relacionados à exclusão do crime ou da punibilidade), passa-se a tratar caso a caso uma das correntes doutrinárias acerca do assunto.

3.1 Em primeiro lugar, se entendida como **causa de exclusão da culpabilidade**, a desistência voluntária afasta a reprovação social da conduta, excluindo a culpabilidade em relação ao delito principal; responde o agente pelo que já se concretizou, ante os atos executórios já praticados. A conduta é típica e antijurídica; não será, no entanto, culpável, ante a ausência da reprovabilidade social, ocasionada pela cessação do *iter criminis* por vontade própria do agente. Tal teoria é defendida pela doutrina de Claus Roxin e Welzel.

3.2 Se percebida a desistência voluntária como **causa pessoal de exclusão de punibilidade**, teoria da qual se filiam Zaffaroni, Pierangeli, Roberto Reynoso, Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Guilherme de Souza Nucci, restam intactas as figuras que compõem o delito, afastando-se tão somente a punibilidade do agente. Segundo essa teoria, defendida por grandes nomes do direito penal moderno, a não aplicação da sanção ao agente funciona como um “prêmio”, a ser “merecido” pela desistência de continuar o evento criminoso.

Na realidade, entendem esses autores que o início dos atos executórios, por si só, já poderiam se caracterizar como uma tentativa; a descontinuidade posterior não tem o condão de afastar, retroativamente, a tipicidade já existente. Segundo Zaffaroni e Pierangeli, “*se o começo da execução é objetiva e subjetivamente típico, não se compreende como um ato posterior possa eliminar o que já se apresentou como proibido, situação que muito se assemelha à do consentimento subsequente*”<sup>8</sup>.

Adotando raciocínio semelhante, Giuseppe Bettiol coloca a desistência voluntária como uma **circunstância pessoal de isenção de pena**, cuja razão política é o interesse do Estado em desencorajar qualquer um de uma situação perigosa para os bens tutelados, em que o indivíduo voluntariamente se pôs. Segundo suas palavras,

*“se devesse ter importância exclusiva o critério da tutela de bens, também nessa*

*hipótese deveria haver uma sanção porque um bem tutelado foi sempre exposto a perigo; mas é que o direito penal não pode olvidar outro critério fundamental, o do significado que assume a vontade delituosa quando ela se despoja do caráter delituoso e detém o processo executivo já iniciado”* (grifo nosso).

Para esse autor, o arrependimento do réu, manifestado antes que o crime atinja a sua consumação, não pode deixar de ser considerado pelo direito:

*“Ao inimigo que foge, pontes de ouro, desde que se trate de um inimigo ‘arrepentido’, de um indivíduo que espontaneamente decidiu em determinado momento não levar a termo a ação criminosa empreendida”* (op.cit, p. 232-235).

Nelson Hungria denomina de “tentativa abandonada” ou “inacabada”, a contra marcha ocorrida ainda no curso do *iter criminis*, ante a renúncia de prosseguir na atividade executória. Para esse autor, **a desistência voluntária também é causa de extinção de punibilidade** não elencada no rol do Código Penal, motivada por conveniência política do legislador:

*“Há uma renúncia do Estado ao Jus puniendi (no tocante à entidade ‘crime tentado’), inspirada por motivos de oportunidade. A tentativa, uma vez acontecida, não pode ser suprimida retroativamente (...). O fato não deixa de ser crime tentado, a parte objecti e a parte subjecti: somente desaparece a possibilidade de aplicação da pena, a título de conatus. A recompensa da impunidade aqui, não tem outro fundamento que o da conveniência política”* (op. cit, pág. 72).

A questão torna-se mais complicada ao se observar os reflexos concretos do afastamento pessoal da punibilidade. Se A, como mandante de um homicídio, paga a B para tirar a vida de C, e B, iniciando os atos executórios, desiste voluntariamente de prosseguir com o delito, B responde tão somente pelos atos já praticados, enquanto A, que não tinha intenção de desistir, responde por tentativa de homicídio. Dessa forma, uma vez que é excluída apenas a punibilidade e o delito continua perfeito em sua forma tentada para ambos os agentes (A e B), ocorre de A responder pela referida conduta típica e B ser beneficiado com uma causa pessoal de excludente de punibilidade. O contrassenso na aplicação do direito, no nosso enten-

8 (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 4. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 87).

der, é manifesto.

**3.3 A desistência voluntária como *causa de exclusão da tipicidade*.** Para essa teoria, não há como chamar de *tentada* a conduta do agente que cessar voluntariamente os atos delitivos diante da inexistência da superveniente circunstância alheia contrária à sua vontade. Ora, o tipo penal da tentativa exige que a não consumação do crime tenha se dado contrariamente à vontade do agente, ou seja, em discordância ao fim almejado pelo executor, por expressa disposição do art. 14, II do CP. Se a desistência é voluntária, e não obrigada, forçada, não há, por óbvio, como enquadrar a conduta na forma tentada legalmente prevista. Segundo esse raciocínio, os atos de execução, quando o delito não se consuma por ato de vontade do agente, são atividades atípicas (a não ser, como já dito, se a conduta constituir delito autônomo), pura e simplesmente diante da ausência de previsão legal que tipifique tais atos preparatórios. Ou o tipo é consumado, ou tentado, e esse último só se verifica quando o impedimento a sua consumação se dá em contrariedade à intenção do agente.

A doutrina de José Frederico Marques<sup>9</sup>, aclarando o tema, assim dispõe:

*“não tem sentido dizer que a tentativa já foi perpetrada e por isso não pode haver efeito ex tunc do arrependimento ou da desistência. (...) Não fosse a norma de extensão sobre o conatus, e todo o processo executivo, em tais casos, seria irrelevante para o direito penal. Ora, se do próprio conteúdo dessa norma que possibilita a adequação típica indireta, tira-se a ilação de que a tentativa só existirá se a consumação não ocorrer por motivos alheios à vontade do agente, é mais evidente que não há adequação típica quando a não consumação decorre de ato voluntário do autor dos atos executivos do delito”*

Não há que se falar, portanto, em tipicidade da conduta, tornando sem efeito as justificativas da *“construção da ponte de ouro”*, aludida por Von Liszt e mencionada por tantos autores, bem como a *“premiação”* do agente, seja por motivo de política criminal ou qualquer outra justificativa. Não se trata de afastar a punibilidade, quando, na verdade, não há crime a ensejar a possibilidade de punição. Inevitavelmente, no exemplo de concurso de agentes, tem-se que o mandante do homicídio não será responsabili-

zado ante a desistência do executor: não há responsabilidade penal quando não há conduta delituosa a ser perseguida. Aplica-se, pois, a regra do artigo 31 do Código Penal Brasileiro.

No mesmo sentido, comungando da opinião da ausência de tipicidade como natureza jurídica legitimadora do artigo 15 do CP, tem-se os estudos de Basileu Garcia, Damásio de Jesus (*Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. Vol. I. p. 297), Cezar Bitencourt (*Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Vol. I, p. 367) e Paulo José Costa Jr, que encerra:

*“Não havendo tentativa, pela falta de um de seus elementos, (não ocorrência por circunstâncias alheias à vontade do agente) não se pode falar em extinção da punibilidade, mas se deve falar tão somente em inadequação típica”* (*Código Penal Comentado*. São Paulo: Renovar, 2003 p. 46-48).

Ante o raciocínio acima aludido, a grande controvérsia gira em torno da hipótese já exemplificada anteriormente, no qual A dispara dois tiros de arma de fogo em direção a B, errando o alvo nas duas vezes. Não obstante disponha da possibilidade de efetuar mais quatro disparos, prefere não fazê-lo, desistindo da conduta. Alguns se insurgem a dizer que não há, no caso, desistência voluntária, visto que essa não consiste em repetir um ato que **por si só**, já era meio idôneo a produzir o evento danoso. Nesse raciocínio, o agente já realizara conduta suficiente para atingir o resultado, não consumando o delito por circunstância alheia (ter errado, contra a sua vontade, o alvo pretendido); para os que defendem a tese desposada no item “3.2” (desistência é causa da exclusão da punibilidade), já ocorrera, na hipótese, duas acabadas ou perfeitas tentativas, e o arrependimento momentos antes da provável consumação não poderia retroagir para tornar atípica as “tentativas” anteriores. Nesse entendimento, porém, há a separação de cada ato executório para efeito de criminalização penal, desconsiderando a finalidade perseguida pelo agente, o “crime fim”, que, após consumado, viria a absorver todas as condutas típicas perpetradas para atingir o resultado final. Assim, ainda no repetido exemplo, ter-se-ia de admitir o absurdo de o agente responder por 2 (duas) tentativas de homicídio, em concurso material, visto que foram dois os disparos efetuados.

Ora, admitindo a hipótese de penalização por apenas uma conduta - *“tentar matar”*, independentemente do número de disparos que erraram

<sup>9</sup> *Tratado de direito penal*. 1. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997, Vol. II. pág. 387.

o alvo, estar-se-ia partindo da análise da conduta como um todo – todos os atos executórios se conjurariam em um só -, e de tal forma jamais se poderia olvidar da desistência de prosseguir-se nos demais atos executórios, fragmentando os disparos efetuados e a cessação de novos disparos por vontade própria do agente. **Essa desistência, ao ocorrer antes do término da ação delitiva, torna atípicos os fatos narrados, não por agir retroativamente, como tenta fazer parecer o professor Nelson Hungria e os ilustres autores que atacam essa teoria, mas porque a conduta delitiva, que deve ser analisada como um todo, ainda não havia cessado, não se podendo falar em tipicidade fragmentada de cada ato executório isoladamente, a não ser, como já dito, para a incidência em outro tipo autônomo. O fato é atípico em relação ao delito principal, desistido pelo agente.**

Assumimos a posição acima delineada: de que a conduta delitiva deve ser apreciada em conjunto, verificando-se todos os seus atos e a pretensão do agente. Essa análise conjunta, inclusive, justifica as hipóteses de absorção do crime-meio pelo crime-fim e a diferenciação entre conduta culposa e dolosa (intenção do agente com a prática dos atos), não havendo motivos para não ser aplicada, também, à análise da manifestação delitiva do crime.

Ante o exposto, repita-se: uma vez verificado o fato criminoso como um “todo”, os atos de execução que não representaram a consumação do crime e foram cessados por vontade própria do agente não encontra tipicidade penal na lei brasileira: nem se tratam de crime consumado, nem de crime em sua forma tentada.

#### 4. Tentativa qualificada. A justificativa para punir os atos já praticados. Conclusões.

Conforme visto acima, os atos praticados em fase executória são isolados para efeitos de penalização tão somente se verificada, *de forma autônoma*, sua relevância ao direito penal, constituindo outras figuras típicas. O agente que tenta furtar a residência de outrem e desiste de pegar os objetos antes selecionados responderá por violação de domicílio ou outra conduta danosa causada, independente daquela antes perseguida (furtar), já que a conduta, como um todo, em nosso entendimento, é atípica para a caracterização do artigo 155 do CP.

Assim, a expressão encontrada no artigo 15, parte final (“*só responde pelos atos já praticados*”)

deve ser interpretada não como os atos praticados em si mesmo – o que daria ensejo à errônea interpretação de que cada ato anterior poder-se-ia configurar uma tentativa autônoma -, mas como os resultados danosos constatados, que podem vir a se enquadrar em outras figuras típicas. É o que se denomina de tentativa qualificada pelo resultado. Em adoção à teoria da atipicidade da conduta “desistida”, a explicação para subsistirem, sob apreciação do direito penal, os atos anteriores, é voltada ao princípio da consunção. Se a norma consuntiva (relacionada à tentativa) não se aplica por força da desistência voluntária do agente, as pretensas normas consumidas (dos atos executórios anteriores) readquirem sua autonomia.

Dessa forma, voltando-se ao exemplo já referido, se A dispara dois tiros de arma de fogo em B, errando o alvo - considerando que A possuía, a esse tempo, porte e registro da arma, e os tiros não foram disparados em local público – e desiste de efetuar mais disparos, cessando a conduta, não há crime algum a ser perseguido; até porque não há resultado típico, tampouco danoso à vítima. No entanto, se um dos disparos já efetuados atingiu a vítima, causando-lhe lesões corporais leves, A responderá por essas lesões, a título de dolo, porque o resultado danoso completou a conduta em relação ao artigo 129. Dos delitos que não exigem resultado, a exemplo do porte de arma, a simples conduta já perfez e consumou o crime; responderá, então, o agente, pelo delito correspondente.

Dessa forma, concordando com a atipicidade da conduta para natureza jurídica da desistência voluntária, tem-se que, na verdade, se o agente desiste da ação planejada, não poderá responder pelo delito que pretendia consumir, nem a título de tentativa. Os atos executórios já iniciados só terão o condão de responsabilizar o agente acaso se perfeçam em conduta típica isolada, com cujo resultado danoso arcou a vítima.

Nesse raciocínio, a cessação voluntária do ato criminoso torna esse ato conduta atípica para o direito; se, contudo, os simples atos executórios, per si, produziram resultado no meio exterior, se constituindo em outras isoladas condutas criminosas, o agente responderá apenas por essas condutas e não pelo delito que pretendia, a princípio, cometer.

**BIBLIOGRAFIA**

BETTIOL, Guisepe. *Direito penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, Volume 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, Vol. I.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, Tomo I.

COSTA JR., Paulo José da. *Código penal comentado*. São Paulo: Renovar, 2003.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Renovar, 1998.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, Vol. I, Tomo II.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, Vol. I.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 1.ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997, Vol. II.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 1985, Volume I.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROESLER, Átila Da Rold. *Considerações sobre o iter criminis*. Disponível na internet: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), 05.07.04

ZAFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

# BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA COMO FORMA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL NO COMÉRCIO MARÍTIMO INTERNACIONAL

## Matheus Fraga Lopes

Advogado no escritório Lopes & Barcellos e Zanella Advogados & Consultores (ES/PE). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho/RJ. Pós Graduado em Direito Marítimo e Portuário pela Faculdade de Direito de Vitória/ES. Professor Universitário. Membro da Subcomissão de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário da OAB/ES.

## Bruno Barcellos Pereira

Advogado no escritório Lopes & Barcellos e Zanella Advogados & Consultores (ES/PE). Mestre em Direito Internacional pela Universidade de Santos. Pós Graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Pós Graduado em Direito Aduaneiro e Marítimo Pela Universidade Católica de Santos. Professor Universitário e de cursos promovidos pela OAB-PE. Secretário da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro da OAB-ES. Membro da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da OAB/PE.

## Ingrid Zanella Andrade Campos

Advogada no escritório Lopes & Barcellos e Zanella Advogados & Consultores (ES/PE). Presidente da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da OAB/PE. Doutora e Mestre em Direito na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora Adjunta UFPE/UFRN. Coordenadora Acadêmica e Professora da Pós-Graduação em Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da UNINASSAU, Recife/PE. Professora da Pós-Graduação em Direito Marítimo e Portuário da UNISANTOS/SP, Faculdade de Direito de Vitória/ES e UNIVALI/SC. Possui Curso e Certificado de Segurança Náutica. Perita Ambiental Judicial. Oficial Suplementar do Conselho da Ordem do Mérito Naval / Marinha do Brasil.

**RESUMO:** A utilização das bandeiras de conveniência é prática de concorrência desleal capaz de trazer efeitos graves ao comércio marítimo internacional, tanto no âmbito comercial quanto ambiental. Embora haja fundamento para regulação com vistas ao menos a estabelecer regras gerais para concessão de bandeiras pelos Estados, não se tem observado pro atividade das entidades internacionais nesse sentido. Essa omissão traz insegurança ao comércio marítimo internacional ante os riscos que essa prática desleal de concorrência pode causar à comunidade internacional.

**Palavras chave:** Bandeiras de conveniência. Concorrência Desleal. Riscos à atividade comercial marítima.

**ABSTRACT:** The use of flags of convenience is an unfair competition practice which is capable to bring serious consequences to international maritime commerce, on commercial scope as well on environmental ambit. Although there are base

to regulation on view of, at least, establish general rules to concession of flags by the Estates, does not have been seed pro activity searching this goal by internationals entities. This omission brings insecurity to international maritime commerce face the risks that unfair competition practice can cause to international community.

**Keywords:** Flags of Convenience. Unfair Competition. Risks to international maritime activity.

## 1. INTRODUÇÃO

O comércio internacional é operado em mais de 90% pelo modal marítimo. Apenas este fato já demonstra a importância de se estudar e aperfeiçoar o transporte de cargas pela via marítima, tendo em vista a importância global.

Aliado a isso, a globalização e o baixo custo têm feito com que este transporte e os negócios entre nações cresçam a cada ano. Neste mercado, como em

qualquer outro, as empresas competem entre si a fim de adquirirem maior espaço e consolidar posição no mercado.

Dentre as formas de se obter vantagem competitiva e destaque no cenário internacional de frete, algumas sociedades comerciais se utilizam de práticas competitivas desleais, que são ilegais e trazem riscos a toda comunidade global. Uma destas práticas é a utilização de bandeiras de conveniência.

Navios registrados sob tais bandeiras se eximem de responsabilidades trabalhistas, têm vantagens tributárias e fiscais imensas e estão praticamente isentos de cumprirem normas de segurança naval e inspeções periódicas.

Estudos apontam que os maiores desastres, principalmente aqueles que resultaram em danos ambientais, foram causados por embarcações que operavam sob bandeiras de conveniência e foram fruto da má condição de navegabilidade da embarcação.

Não obstante haver previsão da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, conhecida também como Convenção de Montego Bay, a utilização desregrada de bandeiras de conveniência, tal qual se apresenta atualmente, tem trazido insegurança no comércio marítimo internacional e pode trazer resultados trágicos.

Entretanto, embora toda a comunidade internacional sofra com as consequências dessa prática, não se observa um movimento eficiente em busca de sua regulação. Ademais, os organismos internacionais e também os Estados têm se omitido em levar esta discussão à Organização Mundial do Comércio e à própria Organização das Nações Unidas.

Isso faz com que se perpetue o estado de insegurança no comércio marítimo internacional.

Este artigo tem a finalidade de demonstrar os riscos que a prática desleal de concorrência pela utilização de bandeiras de conveniência tem trazido ao comércio marítimo internacional, bem como propor medidas que podem ser tomadas pelos Organismos Internacionais capazes de coibir esta prática nefasta ao comércio.

## 2. BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA

Toda embarcação, gênero do qual navio é espécie, necessita de estar registrada em algum país a fim de que se adquira o direito de arvorar bandeira,

sob pena de cometer ato ilegal e de pirataria, ficando sujeito então às sanções previstas em Tratados e Convenções internacionais, conforme determina a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar – Convenção de Montego Bay.

Com o desenvolvimento do comércio marítimo internacional e o ingresso de diversas empresas na exploração deste segmento, a concorrência, elemento essencial da atividade comercial, passou a se estabelecer e fortalecer.

Com isso, as empresas exploradoras do comércio marítimo internacional passaram a buscar a melhoria de qualidade dos serviços e também a redução de custos, para que pudessem disputar espaço neste mercado.

É nesse cenário que as bandeiras de conveniência têm papel importante na atividade comercial marítima internacional, uma vez que são utilizadas com eficácia na redução de custos.

As bandeiras de conveniência são fruto da autorização por parte de alguns países em registrar navios sem que haja efetiva fiscalização e vínculo substancial entre estes, o que se denomina Registro Aberto e que viola, em parte, o disposto na Convenção de Montego Bay (art. 91, de forma específica).

Os armadores e proprietários de navios buscam esses países para registrarem seus navios, atraídos pela facilidade na documentação para o registro, proteção de sua identidade, facilidades trabalhistas, tributárias e administrativas, facilidades de contratação de tripulação, taxas, impostos e tributos ínfimos e praticamente nenhuma inspeção das condições de navegabilidade e segurança, aliados ainda à praticamente inexistência de sanções, por conta da flexibilidade e fragilidade das normas<sup>1</sup>.

Dessa feita, ante a grande concorrência na exploração do comércio marítimo internacional, a utilização de bandeiras de conveniência passa a ser cada vez mais comum e vem aumentando gradativamente, alcançando 75% das embarcações, segundo dados das Nações Unidas de 2013.

### 1.1. ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO

Historicamente, há relatos de primeiras bandeiras

1 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência*. Disponível em [http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo\\_seguranca\\_maritima\\_e\\_bandeiras\\_de\\_conveniencia\\_osvaldo\\_agripino\\_revisado.pdf](http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo_seguranca_maritima_e_bandeiras_de_conveniencia_osvaldo_agripino_revisado.pdf). acesso em 07/04/2013. p. 05.

de conveniência adotadas na Idade Antiga, quando Estados alteravam o nome do país e origem de suas embarcações para evitarem ataques de Estados e povos inimigos, podendo assim navegar a fim de conquistar mais territórios e realizar comércio<sup>2</sup>.

Mais recentemente, os armadores norte americanos passaram a utilizar em larga escala, a fim de fugir das regulamentações e leis trabalhistas que foram aprovadas, as quais normatizavam a atividade e garantiam maiores direitos, melhores salários e condições para os marinheiros, entre 1915 e 1922, chamada de Seamen's Act.<sup>3</sup>

Antes mesmo da Segunda Guerra Mundial alguns países passaram a adotar o registro aberto, possibilitando assim o registro de bandeiras de conveniência, com vistas à melhoria de sua arrecadação. Após a Segunda Guerra, contudo, tal situação se intensificou, sobretudo pela quantidade de navios a serem vendidos pelos Estados Unidos após utilização na Guerra.<sup>4</sup>

Nesse cenário, países como Panamá, Libéria, Mongólia, Ilha de Malta, Bahamas, Chipre e outros, alguns sem qualquer tradição marítima e outros até mesmo sem litoral, são os maiores países registradores e detentores das maior parte da frota naval mundial.

Rose George<sup>5</sup>, do NY Times, publicou matéria a respeito desse tema, afirmando o seguinte:

O Panamá é a maior nação marítima na Terra, seguido pela sanguinária Libéria, que quase não existe. Nem sequer se exige que o país disponha de costa. Existem navios com origem em La Paz, no interior da Bolívia. Há inclusivamente navios com origem no deserto da Mongólia. Além disso, os próprios registros raramente estão sediados nos países cujos nomes ostentam: o Panamá é considerada uma “bandeira” fora de moda porque são os seus próprios consulados que tratam da papelada

e cobram as taxas de registro, mas a “Liberia” é gerida por uma companhia na Virgínia (EUA), o “Cambodja” por outra companhia na Coreia do Sul, e as orgulhosas e independentes “Bahamas” por um grupo na City de Londres.

Segundo a International Workers Federation – ITF, Bandeiras de Conveniência assim se conceitua:

Quando a propriedade beneficiária e o controle do navio residem em país diferente do da bandeira que o navio hasteia, considera-se que o navio navega sob bandeira de conveniência. Isto significa que não existe um vínculo genuíno entre o armador ou o proprietário e o pavilhão do navio.<sup>6</sup>

Basil Metaxas assim conceitua:

as bandeiras nacionais daqueles estados, nos quais empresas de *shipping* registram seus navios, objetivando maximizar seus benefícios e minimizar seus custos, evitando a legislação econômica e outras legislações e as condições em termos de emprego dos fatores de produção, que seriam aplicáveis em seus próprios países.<sup>7</sup>

Assim sendo, verifica-se que vínculo substancial, único critério exigido pela Convenção das Nações Unidas Sobre Direito do Mar em seu Art. 91, é totalmente desrespeitado pelas nações outorgantes das bandeiras de conveniência.

Este desrespeito se dá, em especial, pela falta de regulação internacional desta questão, bem como pela atitude por parte dos organismos internacionais de fiscalização e controle da atividade comercial mundial.

2 MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de Direito Marítimo*. Vol I. 4ª edição. Barueri. Manole. 2013. p. 159.

3 DE SOMBRE, Elizabeth (2006). *Flagging Standards: Globalization and Environmental, Safety, and Labor Regulations at Sea*. Cambridge, MA: MIT Press. ISBN 978-0-262-54190-9. 2010.

4 MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de Direito Marítimo*. *Op. Cit.* p. 159.

5 GEORGE, Rose. Traduzida por Celso Parcionik. Disponível em <http://www.blogmercante.com/2011/05/bandeiras-de-conveniencia-mar-sem-lei/>. Acesso em 07/04/2013.

6 ITF – International Transport Worker's Federation Apud DE SOUZA, François Armand. *Noções de Economia dos transportes marítimos*. Rio de Janeiro: CIAGA, p. 79. In CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência*. Disponível em [http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo\\_seguranca\\_maritima\\_e\\_bandeiras\\_de\\_conveniencia\\_osvaldo\\_agripino\\_revisado.pdf](http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo_seguranca_maritima_e_bandeiras_de_conveniencia_osvaldo_agripino_revisado.pdf). acesso em 07/04/2013. p. 04.

7 METAXAS, B.N. *Flags of Convenience – A study of internationalisation*. Aldershot: Gower Pu., 1985 Apud DE SOUZA, François Armand. *Noções de Economia dos transportes marítimos*, p. 79. Apud CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência*. Disponível em [http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo\\_seguranca\\_maritima\\_e\\_bandeiras\\_de\\_conveniencia\\_osvaldo\\_agripino\\_revisado.pdf](http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo_seguranca_maritima_e_bandeiras_de_conveniencia_osvaldo_agripino_revisado.pdf). acesso em 07/04/2013. p. 04.

Oswaldo Agripino<sup>8</sup> ao citar François Armand de Souza, aponta as seguintes características a estas bandeiras:

- a) o país autoriza cidadãos não residentes a serem armadores e/ou controlarem seus navios mercantes; b) o registro é fácil de obter, pois um navio pode se registrar no estrangeiro, não restando a transferência sujeita a qualquer restrição; c) o rendimento obtido pela exploração dos navios não está sujeito a qualquer imposto ou sujeito a impostos insignificantes; os direitos por matrículas e uma taxa anual, calculada sobre a tonelagem do navio, são, em geral, os únicos encargos existentes; d) o país de matrícula é uma pequena potência que não tem, nem terá necessidade, em qualquer circunstância previsível, dos navios registrados; e) as receitas obtidas pelas taxas, embora pequenas, aplicada sobre uma tonelagem importante, tem uma influência valiosa na economia do país; f) é livremente permitida a contratação de tripulações estrangeiras; g) o país não tem poderes, nem estrutura administrativa, para fazer cumprir os regulamentos e convenções internacionais; h) o país não tem desejo, nem condições de controlar as companhias.

Esta questão tem trazido apreensão no comércio marítimo internacional, haja vista a insegurança que as bandeiras de conveniência trazem ao comércio internacional e a perda de receita por parte dos países dos reais proprietários dos navios.

Além disso, a questão ambiental, pela falta de normas rígidas de inspeção naval nesses países, é de suma importância e representa o maior risco dessa utilização desregrada, haja vista a imprevisibilidade do tempo, do local e da extensão de eventual acidente marítimo.

A concorrência é elemento essencial da

8 DE SOUZA, François Armand. *Noções de Economia dos transportes marítimos*, p. 79. Apud CASTRO JR., Oswaldo Agripino de. *Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência*. Disponível em [http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo\\_seguranca\\_maritima\\_e\\_bandeiras\\_de\\_conveniencia\\_osvaldo\\_agripino\\_revisado.pdf](http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo_seguranca_maritima_e_bandeiras_de_conveniencia_osvaldo_agripino_revisado.pdf). acesso em 07/04/2013. p. 04

atividade empresarial. Contudo, os riscos dessa utilização desregrada são patentes e colocam uma incerteza e risco global, ante a impossibilidade de prever onde e de que forma ocorrerá possível dano ambiental causado por navio de bandeira de conveniência.

Não obstante o risco ambiental e comercial, existe ainda o risco de lesão a direitos humanos, visto que as condições de higiene e de trabalho nesses navios são desumanas.

Aliado a isso, inclui-se ainda o risco da não punição do real infrator, haja vista que os registros de conveniência por muitas vezes protegem o real explorador da atividade marítima, evitando assim que este seja responsabilizado.

### 3. CONCORRÊNCIA DESLEAL

A concorrência é elemento inerente no mercado marítimo internacional e constitui base do sistema capitalista contemporâneo. Entretanto, normas de condutas devem ser observadas a fim de que haja a chamada concorrência leal. Não é dever do Estado interferir diretamente na concorrência, pois essa se estabiliza entre os atores do mercado e pela “mão invisível”, teorizada por Adam Smith<sup>9</sup>, cabendo ao Estado apenas fiscalizar a atuação comercial internacional, como forma de restabelecer o equilíbrio das relações comerciais, caso necessário.

Isso se concluiu quando foi verificado que havia necessidade de uma regulação do setor para a garantia da concorrência leal e bem estar social e econômico. Isso se iniciou nos Estados Unidos e coube ao Direito a função de garantir o perfeito funcionamento do sistema de concorrência.<sup>10</sup>

Após a Revolução Industrial, foi defendido pelos liberais que o mercado deveria seguir livremente conforme suas próprias regras não escritas, haja vista entenderem que o mercado poderia se auto regular. Essa tese era, na verdade, reflexo do tempo de opressão e intervenção estatal direta em todos os aspectos da economia, inclusive com escolha de

9 O termo “mão invisível” foi criado por Adam Smith, filósofo e economista liberal, e trazido em seu livro *A Riqueza das Nações*, lançado em 1776, e se referia à ordem natural no comércio que se estabelece independente da intervenção estatal, como se houvesse uma mão invisível que guiasse. É considerado o pai do liberalismo comercial e defendia a livre concorrência como forma de estímulo a avanços tecnológicos e queda de preços.

10 JAEGER JR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência*. Juruá Editora. Curitiba. 2008. p. 264.

empresas ou pessoas que poderiam comercializar determinado produto com exclusividade ou em determinada área ou por determinado tempo. (JAEGER Jr., 2008, p. 263).

Tal liberdade evoluiu ao ponto de trazer verdadeiro estrago à economia, com a concorrência exacerbada, que com o tempo favoreceu a formação de cartéis, monopólios e oligopólios, com a manipulação de preços e prejuízos à economia e consumidores, o que fez com que a atuação estatal voltasse a ser necessária para o reequilíbrio das relações.

A prova de que há a necessidade dessa regulação como forma de garantir o livre comércio e de forma legal é que atualmente quase a totalidade dos países têm leis de proteção à concorrência, sem prejuízo de Tratados Internacionais sobre o tema, como por exemplo: A Convenção da União de Paris, o Tratado da União Européia, Sherman Act nos Estados Unidos e o Acordo de Tarifas – GATTs.

O direito da concorrência, embora tenha sua importância crescida nos últimos tempos com o crescimento do comércio mundial, já data desde a República Romana, de 50 A.C, com a *Lex Julia de Annona*, Digesto 48.12.12, cujo objetivo era proteger o mercado do milho, estabelecendo punições a quem tentasse manipulá-lo.<sup>11</sup>

A concorrência não pode ser definida com um simples terminativo conceito, contudo há três modelos de concorrência para defini-los:

A política de concorrência deve assegurar a mais larga difusão do poder económico. As empresas devem ter a maior liberdade de acção e os consumidores a maior liberdade de escolha. No outro extremo, a política da concorrência deve proteger ou reconstituir uma concorrência pura e perfeita... Para uma terceira via, mais realista, não há concorrência pura e perfeita. A noção de concorrência não é abstracta, deve ser vista numa forma evolutiva, aberta a adaptações.<sup>12</sup>

Em todos os aspectos, a deslealdade concorrencial não é tolerada e, mesmo na teoria mais radical, o que deve ser o interesse é “preservar

uma concorrência praticável, efetiva, eficaz, uma vez que a concorrência pura e perfeita é tida como inexistente”.<sup>13</sup>

A concorrência pode ainda ser definida, segundo Bischoff-Everding citado por Augusto Jaeger Jr.

Um processo no qual, em determinado mercado, vários (ao menos dois) ofertadores e compradores de um produto tentam, através do uso de ao menos um parâmetro de ação diferente (como preço, serviço, qualidade), com o encargo de um outro sujeito econômico, melhorar o grau de seu almejado objetivo (normalmente lucros)<sup>14</sup>

Assim, pode se dizer que a concorrência é conceito aberto e indefinido, mas que é indispensável no mercado, sendo este que impulsiona a economia, o avanço tecnológico e a melhoria dos produtos e serviços.

Definir concorrência desleal igualmente não é tarefa das mais fáceis, especialmente no âmbito internacional e tendo em vista a extensão do conceito.

Na legislação internacional, a Convenção da União de Paris de 1883, revisada por último em Estocolmo em 1967 e que estabelece regras de proteção à propriedade industrial conceitua concorrência desleal como sendo “qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”<sup>15</sup>.

Esta mesma convenção em seu Art. 10 ter estabelece como obrigação dos países membros da União combaterem e represarem eficazmente as práticas de concorrência desleal.

Na doutrina nacional, Fabio Ulhoa Coelho<sup>16</sup> a respeito de concorrência desleal assim aduz:

Não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de

11 GOMES, José Luis Caramelo. *Lições de Direito da Concorrência*. Livraria Almedina. Coimbra 2010. P.76.

12 CAMPELLO, Dyle. *O direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: Uma Contribuição ao Mercosul*, p.9-12 *apud* JUNIOR, Augusto Jaeger. *Direito Internacional da Concorrência*. Juruá Editora. Curitiba. 2008. P. 287.

13 JAEGER JR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência*. *Op. Cit.* p. 287.

14 BISCHOFF-EVERDING, Peter. *Wettbewerbsrecht im Mercosur*, p. 26. *apud* JUNIOR, Augusto Jaeger. *Direito Internacional da Concorrência*. Juruá Editora. Curitiba. 2008. P. 288.

15 Convenção da União de Paris de 1883, revisada em Estocolmo em 1967, Art. 10 bis, item 2.

16 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol 1. Editora Saraiva. 7ª edição. 2003. São Paulo. p. 190-191.

prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. De fato, a concorrência desleal se diferencia da leal no tocante ao meio empregado pelo empresário para conquistar a clientela do outro. São os meios adotados – e não a intenção do ato ou seus efeitos – que conferem a ilicitude a determinada prática concorrencial.

A concorrência desleal, dessa feita, não é um ato específico em si legalmente previsto, mas a conduta por parte de um concorrente que se utiliza de meios considerados desonestos para obter vantagem frente a seus concorrentes.

Portanto, a deslealdade se caracteriza por ser uma conduta desonesta que põe um concorrente em vantagem perante os demais, utilizando-se de formas indevidas de concorrência, que geram risco à própria atividade comercial.

Para se verificar a lealdade ou deslealdade de uma conduta, não importa o fim, visto que é o mesmo – conquistar mercado –, mas sim os meios utilizados para tanto.

#### 4. BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA COMO FORMA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL INTERNACIONAL

De acordo com as bases aqui estabelecidas de que toda a forma de concorrência que se utiliza de meios errôneos, reprováveis, ilegais ou que representam riscos e prejuízos à coletividade, ainda que seja para obter um fim lícito – conquista de mercado consumidor –, é considerado prática de concorrência desleal.

Nesse cenário, a utilização desregrada de bandeiras de conveniência pelos navios que atuam no comércio marítimo internacional se constitui como prática desleal de concorrência por inúmeros motivos, a citar: desrespeito a normas trabalhistas e condições de trabalho da tripulação, inobservância de regras de segurança marítima de navegação e da própria embarcação, evasão de divisas dos países onde se situam os verdadeiros proprietários dos navios, ocultação de reais proprietários, possibilidade de

fraudes documentais e favorecimento a cometimento de ilícitos.

Importante trazer a opinião de Osvaldo Agripino, que concorda que pode se caracterizar o uso de bandeiras de conveniência como prática de concorrência desleal:

Verifica-se, dessa maneira, um cenário complexo, de grande dependência do transporte marítimo de outras bandeiras, violação da concorrência leal, pela bandeiras de conveniência e os cartéis na indústria de transportes marítimos e omissão dos governos no combate aos mesmo, que inibem o desenvolvimento de empresas de navegação de países em desenvolvimento, que é dinâmico e de alto risco.(AGRIPINO JR., 2011, 599)

Dados históricos demonstram que os maiores acidentes marítimos com danos ambientais foram causados por navios ou embarcações sob bandeiras de conveniência, a citar: Plataforma Deepwater Horizon – maior desastre ambiental da era moderna –, Amoco Cadiz, Torrey Canyon, Haven, Érika e Prestige – a partir dos quais iniciou-se no ano de 2000 um movimento na Europa a fim de se impedir a atracação de navios de bandeiras de conveniência e portos europeus – e Doña Paz – maior acidente com vítimas fatais da história naval.

Posto que embarcações que operam sob bandeiras de conveniência acabam por ter vantagens perante os demais concorrentes por fragilidades legais que possibilitam danos e desastres marítimos, imperioso se concluir que esta utilização e as vantagens advindas daí é forma desleal de concorrência.

Fixadas essas bases, verifica-se que esta situação não pode permanecer da forma como está hoje. A omissão dos países, das entidades marítimas internacionais, da Organização Mundial do Comércio e da própria Organização das Nações Unidas tem criado solo fértil para a ocorrência de novos acidentes com navios de bandeiras de conveniência.

Embora não haja ainda uma Resolução ou posição forte da comunidade internacional no sentido de se regular a utilização e concessão do direito de arvorar bandeiras, há norma que pode ser utilizada para o início dessa regulação.

O Art. 91 da Convenção Das Nações Unidas Sobre Direito Do Mar, ao exigir vínculo substancial entre o Estado e o navio, está visando combater as bandeiras de conveniência. Quanto a isso, salutar as lições de Eliane Martins<sup>17</sup>

17 MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de Direito Marítimo. Op. Cit.* p. 156.

Em se tratando de ato administrativo cuja concessão depende exclusivamente do Estado, constata-se, no plano internacional, efetiva diversidade de critérios e requisitos para registro, situação que tem causado problemáticas de concorrência desleal por parte de alguns Estados que adotam exigências mínimas de controle e medidas de estímulo ao registro, dando ensejo ao fenômeno das “bandeiras de conveniência”, que é uma das espécies de registro aberto.

A indústria de shipping internacional tem se preocupado em combater esse fenômeno que vem afetando a segurança da navegação e a competitividade da Marinha Mercante.

Trata-se de matéria extremamente complexa que foi considerada pelo direito internacional marítimo nas versões do CNUDM, que determina princípios da regulação internacional.

Quanto a este mesmo tema, Osvaldo Agripino<sup>18</sup> assim leciona:

Por sua vez, uma emenda ao texto da Convenção acima poderia tornar mais forte o vínculo entre a nacionalidade dos acionistas da empresa registrada e o país. A entidade competente para tal proposta é a IMO. Ocorre que esse organismo depende da contribuição dos países que dele fazem parte e que é calculada na proporção da quantidade de tpb registrada na bandeira do país, de forma que é difícil tal iniciativa partir da IMO, especialmente porque mais de 65% da tonelagem mundial é composto por bandeiras de conveniência.

Assim, o primeiro passo para a regulação eficaz dessa utilização desregrada de bandeiras de conveniência foi dado com a Convenção de Montego Bay, entretanto, é necessário que novas medidas sejam tomadas para a eficácia plena de haver vínculo substancial entre o Estado e o navio.

A International Maritime Organization, vinculada à ONU, de fato, seria competente para tais propostas, contudo sua dependência dos países do comércio marítimo retira um pouco de sua autonomia.

O objetivo da IMO é possibilitar cooperação entre os governos para regulação e procedimentos referentes à navegação marítima comercial, adotar padrões de segurança da navegação e prevenir e controlar ações de embarcações com vistas à preservação ambiental.<sup>19</sup>

Cumprir ainda salientar que conforme a Resolução A. 1011(26), que dispõe sobre o Plano Estratégico para a IMO de 2010 a 2015, consta o seguinte:

“A missão da Organização Marítima Internacional (IMO) como uma agência especializada das Nações Unidas é a de promover o transporte seguro, ambientalmente segura, eficiente e sustentável através da cooperação. Isto será realizado adotando os mais elevados padrões possíveis de segurança e de segurança marítima eficiência da navegação e prevenção e controle da poluição por navios, bem como através da consideração das questões legais relacionadas e implementação eficaz dos instrumentos da OMI, com vista à sua aplicação universal e uniforme. “

Diante do risco global da utilização desregrada das bandeiras de conveniência, não se pode esperar que um determinado organismo internacional tomasse alguma medida. Uma ação direta e eficaz deve ser tomada para que essa situação de incerteza, risco e falta de regulação seja finalizada e se evite prejuízos econômicos e ambientais à economia mundial, em especial ao comércio marítimo internacional.

Dessa feita, uma vez caracterizada a utilização desregrada de bandeiras de conveniência como prática de concorrência desleal no comércio marítimo internacional, não há empecilho para a coibição e a tomada de medidas a fim de se evitar esta prática nefasta ao mercado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que, ao menos de forma imediata, a coibição de utilização dessas bandeiras é utópica.

18 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento*. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2011.p.596.

19 Histórico da IMO disponível em <http://www.imo.org/About/HistoryOfIMO/Pages/Default.aspx>. Acesso em 15/05/2013.

Contudo há formas de se reduzir essa utilização e consequentemente os riscos que essa prática traz ao mercado marítimo internacional.

De início, é indiscutível que cabe à Organização Mundial do Comércio regular e estabelecer critérios mínimos para a concessão de bandeiras, haja vista que esta prática é perfeitamente caracterizada como concorrência desleal e por isso teria a OMC atribuição para intervir.

Ora, diante desse contexto, seria relevante um estudo sobre a concorrência desleal na indústria de transporte marítimo (*shipping*), ademais, não há como estudar a economia do transporte marítimo desvinculada da economia mundial, o que faz tal setor importante para países emergentes e que possuem alto grau de dependência como o Brasil. Como transporte marítimo é serviço, pode-se estudar a possibilidade de aplicação de sanção pela OMC em face de possível violação do GATS.<sup>20</sup>

Não se discute ainda a possibilidade da *International Maritime Organization (IMO)*, bem como de qualquer dos países constantes da OMC, a iniciativa para regulação e posicionamento internacional desta questão, uma vez que à OMC cabe posicionar-se sobre litígios e disputas de interesses no comércio internacional.

Saliente-se que a Organização das Nações Unidas iniciou essa caminhada rumo a vedação de bandeiras de conveniência com a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de dezembro de 1982.

Entretanto, a partir dessa data pouquíssimos avanços foram feitos nessa matéria, exceto quando ocorre novo acidente marítimo, ocasião em que projetos são lançados, a discussão volta à tona, mas da mesma forma que surge, desaparece sem que haja continuidade.

Já se verificou quer seja por critérios econômicos, quer seja por critérios ambientais ou humanos, que essa prática necessita de ser regulada, em nome da segurança marítima comercial mundial.

A forma possível para combate e solução dessa questão internacional das bandeiras de conveniência chama-se regulação. Contudo, essa regulação não deve ser feita de qualquer forma, tendo em vista o risco de engessar a atividade internacional de comércio e com isso beneficiar apenas grandes empresas, o que violaria igualmente a concorrência justa.

20 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento*. Op. Cit.p.598.

Portanto, em face de as assimetrias no âmbito das relações econômicas internacionais, no que tange à regulação no âmbito internacional do transporte marítimo, deve-se ter cautela, especialmente, pois o processo de normatização pode acarretar desequilíbrios externos que agravam a vulnerabilidade das economias dos países dependentes. Assim, se a economia é globalizada a regulação também deve ser, porém para que haja regulação internacional em qualquer setor é preciso que internamente o setor regulado tenha rumo, pois aquela regulação de ser expressão externa da regulação doméstica.<sup>21</sup>

Nesse diapasão é que se verifica a importância da Organização das Nações Unidas, da *International Maritime Organization* e da Organização Mundial do Comércio, que em união de forças podem fazer com que a utilização desregrada de bandeiras de conveniência seja regulada, e assim haja mais segurança à navegação marítima internacional.

Para que isso ocorra, entretanto e conforme já sustentado, há que se ter uma cooperação global. Embora ainda haja pouca movimentação política e governamental nesse sentido, essa regulamentação multilateral de direito da concorrência não é fato recente.

Várias tentativas com vistas à regulamentação internacional da concorrência em prol do desenvolvimento do comércio e da sociedade internacionais puderam ser mais observadas já após a Primeira Guerra Mundial, com a Liga das Nações de 1927. Cada vez mais globais, foram sendo observadas com mais frequência no período pós Segunda Guerra Mundial, os exemplos da Organização das Nações Unidas (ONU) e de acordos como os de Bretton Woods e o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT). Nesse momento histórico, verificou-se um enorme esforço dos Estados no sentido de estabelecerem normas sobre direito da concorrência, com o objetivo de impedir a ocorrência e a proliferação de práticas comerciais prejudiciais ao desenvolvimento do comércio e à livre concorrência<sup>22</sup>.

É de se ressaltar que é justamente decorrente dessa época a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, onde restou iniciada a questão das bandeiras de conveniência no âmbito normativo internacional, ao exigir-se vínculo substancial entre o Estado e a embarcação.

21 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento*. Op. Cit.p.78-79.

22 JAEGER JR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência*. Op. Cit. p. 171.

Com a positivação das regras mínimas para concessão de bandeiras por parte dos Estados, via Convenção Internacional, a Organização Mundial do Comércio (OMC) teria condições de intervir para solucionar disputas, exigir o cumprimento das regras ou até mesmo impor sanções a países que as descumprissem, haja vista constar isso de seus princípios e funções.

Augusto Jaeger<sup>23</sup> quanto a isso salienta que a extensão da jurisdição de um Estado, a aplicação extraterritorial de um direito da concorrência e a interposição de reações por parte de alguns Estados soberanos a essas atitudes não conseguiram solucionar o problema da lacuna do direito da concorrência quanto ao trato das questões de amplitude internacional em definitivo. Todas essas tentativas apenas fornecem soluções paliativas e insuficientes, o que não garante que novos conflitos não venham a ocorrer. Em função dessas insuficiências, diversos Estados e a doutrina vêm defendendo o tratamento da matéria concorrencial que atinja contornos internacionais por um organismo internacional. A OMC tem sido indicada como o foro mais indicado para o tratamento do tema da concorrência internacional.

A verdadeira forma de se solucionar esta questão é regulando-se a matéria em nível internacional e, em especial, por intermédio das Nações Unidas, através da Organização Mundial do Comércio, que tem em suas características, fundamentos, princípios e funções o escopo para a regulação internacional desta questão que aflige o comércio marítimo internacional.

Enquanto isso não ocorre, vive-se um estado de constante apreensão internacional, uma vez que o uso das bandeiras de conveniência tem crescido anualmente, alcançando hoje 71% das embarcações, assim como o transporte de carga pelo modal marítimo, o que deixa a incerteza para o futuro, no que tange às evasões de divisas, possibilidade de aumento do frete e produtos, ataques terroristas e desastres ambientais, tudo isso causado pela utilização desregrada das bandeiras de conveniência.

Outra medida que pode ainda ser utilizada

é a tese lançada nos Estados Unidos<sup>24</sup> e que já parte para o lado jurisprudencial, que é estabelecer uma co-responsabilidade ou culpa concorrente do país que concedeu a bandeira em casos de danos causados por navios de bandeira de conveniência.

Assim sendo, não resta dúvidas de que a utilização das bandeiras de conveniência de forma desregrada, tal qual se observa atualmente, é uma forma desleal de concorrência, ante os riscos trazidos para a navegação, motivo pelo qual estaria a ONU e OMC autorizadas a intervir a fim de regularem e fiscalizarem tal prática.

## REFERÊNCIAS

BISCHOFF-EVERDING, Peter. Wettbewerbsrecht im Mercosur, p. 26. apud JUNIOR, Augusto Jaeger. **Direito Internacional da Concorrência**. Juruá Editora. Curitiba. 2008.

CAMPELLO, Dyle. **O direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: Uma Contribuição ao Mercosul**, p.9-12 apud JUNIOR, Augusto Jaeger. **Direito Internacional da Concorrência**. Juruá Editora. Curitiba. 2008.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento**. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol 1. Editora Saraiva. 7ª edição. São Paulo. 2003.

Convenção da União de Paris de 1883, revisada em Estocolmo em 1967, Art. 10 bis, item 2.

24 A tese foi lançada no caso da explosão da plataforma marítima de extração de petróleo Deepwater Horizon, operada pela empresa Transocean e de propriedade da empresa British Petroleum, de bandeira de conveniência das Ilhas Marshall, que em decorrência de uma explosão, deixou que cerca de 4 bilhões de barris de petróleo vazassem no oceano, causando a maior maré negra da história dos Estados Unidos. Os danos nesse caso, somente com multas e indenizações ambientais superaram os 5 bilhões de dólares. O Judiciário americano entendeu que a fiscalização e averiguação da embarcação cabe ao país de registros. Por esse motivo entende-se que pode se estender essa interpretação e buscar a responsabilização pela omissão do Estado de bandeira.

DESOMBRE, Elizabeth. **Flagging Standards: Globalization and Environmental, Safety, and Labor Regulations at Sea**. Cambridge, MA: MIT Press. ISBN 978-0-262-54190-9. 2006.

DE SOUZA, François Armand. **Noções de Economia dos transportes marítimos**. Rio de Janeiro: CIAGA, p. 79. In JUNIOR, Osvaldo Agripino de Castro. **Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência**. Disponível em [http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo\\_seguranca\\_maritima\\_e\\_bandeiras\\_de\\_conveniencia\\_osvaldo\\_agripino\\_revisado.pdf](http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo_seguranca_maritima_e_bandeiras_de_conveniencia_osvaldo_agripino_revisado.pdf). acesso em 07/04/2013.

GEORGE, Rose. Traduzida por Celso Parcionik. Disponível em <http://www.blogmercante.com/2011/05/bandeiras-de-conveniencia-mar-sem-lei/>. Acesso em 07/04/2013.

GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1998. p 61.

GOMES. José Luís Caramelo. **Lições de Direito da Concorrência**. Livraria Almedina. Coimbra 2010.

IMO – International Maritime Organization: [www.imo.org](http://www.imo.org)

ITF – International Transport Worker’s Federation: [www.itfglobal.org](http://www.itfglobal.org)

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito Internacional da Concorrência**. Juruá Editora. Curitiba. 2008.

LACERDA, J.C. Sampaio. **Curso de Direito Privado da Navegação**. Vol 1. Direito Marítimo. 3ª edição. Livraria Freitas Bastos. Rio de Janeiro.1984.p.57.

MARTINS, Eliane M. Ocatviano. **Curso de Direito Marítimo**. Vol. 1. 4ª Edição. Manole. São Paulo. 2013.p. 154.

METAXAS, B.N. **Flags of Convenience – A study of internationalization**. Aldershot: Gower Pu.,

1985 *Apud* DE SOUZA, François Armand. **Noções de Economia dos transportes marítimos**, p. 79. In JUNIOR, Osvaldo Agripino de Castro. **Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência**. Disponível em [http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo\\_seguranca\\_maritima\\_e\\_bandeiras\\_de\\_conveniencia\\_osvaldo\\_agripino\\_revisado.pdf](http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo_seguranca_maritima_e_bandeiras_de_conveniencia_osvaldo_agripino_revisado.pdf). Acesso em 07/04/2013.

MONTIEL, Luis Beltrán. **Curso de Derecho de La Navegacion**. Editora Astrea. Buenos Aires. 1976. p. 94.

NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os Países em Desenvolvimento**. Ed.Aduaneiras.2003. São Paulo.

TALLEDA, Hector Adolfo Schuldreich. **Derecho de La Navegacion**. Lumen. Buenos Aires. 1954.p.99.

United Nations Union – [www.un.org](http://www.un.org)

World Trade Organization – <http://www.wto.org>. Acesso em 16/05/2013.

# INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E OS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

## Arlindo Severino Teixeira de Oliveira

Professor da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, da Faculdade Joaquim Nabuco – Centro Universitário Maurício de Nassau, da Academia Integrada de Defesa Social de Pernambuco e da Pós-graduação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy da Costa Antunes – OAB/PE. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Delegado de Polícia do Estado de Pernambuco. arlindo.s.teixeira@gmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre os crimes alcançados pelo Tribunal Penal Internacional e seu esforço como trincheira de garantias dos Direitos Humanos. Aborda o Direito Penal Internacional como fenômeno cultural e seu comportamento perante o consagrado princípio da legalidade, tecendo observações quanto ao surgimento deste princípio. Trata o fenômeno da internacionalização do Direito Penal, bem como contextualiza o surgimento do Direito Penal Internacional. Comenta, por fim, os crimes em espécie elencados no Estatuto de Roma, ou seja, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estatuto de Roma. Genocídio. Guerra. Humanidade. Agressão.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. Princípio da Legalidade e a Internacionalização do Direito Penal; 1.1. Princípio da legalidade como conquista libertária e o Tribunal Penal Internacional; 1.2. Internacionalização do Direito Penal - 2. Crimes no âmbito do Tribunal Penal Internacional – 3. Crimes em espécie: 3.1. Genocídio; 3.2. Crimes contra a humanidade; 3.3. Crimes de guerra; 3.4. Crime de agressão – 4. Conclusão – Referências

### INTRODUÇÃO

O Direito como fenômeno cultural sofre constante mutação, ora garantindo direitos, ora limitando-os. O Direito Penal como ramo mais humanizado da ciência jurídica não foge a isto. Neste contexto está o que se convencionou chamar de Direito Penal Internacional.

Neste trabalho investigamos uma fração dessa disciplina que apesar das referências históricas

longínquas, guarda em sua essência o germe da contemporaneidade. Até porque é no nosso tempo que se consolidam as políticas multilaterais entre nações, a formação de blocos econômicos com afinidades regionais, econômicas e financeiras, o combate conjunto da poluição, das catástrofes, e, sobremaneira da criminalidade que extrapola as fronteiras locais.

Como forma de avanço e para garantir minimamente a garantia dos direitos humanos, ou Direito Humanitário Internacional, foi instituído a partir do Estatuto de Roma o Tribunal Penal Internacional. Apesar de se encontrar em tenra idade vem sinalizar pela intolerância as atrocidades que indivíduos falaciosamente em nome do Estado e de grupos venham a praticar. Demonstra um grau de amadurecimento que deve ser levado a efeito para podermos delimitar diretrizes de convivência pacífica entre os povos, garantindo mecanismos de repressão internacional a criminalidade atentatória aos direitos humanitários em tempos de paz ou de guerra.

Aqui traçaremos em largas linhas a relação entre o princípio da legalidade e o Direito Penal Internacional, onde apresentamos a origem do referido princípio e a problemática de sua aplicação na seara do Direito Penal Internacional.

Abordamos também a discussão entorno da internacionalização do Direito Penal, notadamente o seu avanço e consolidação a partir do século passado. Por fim, comentamos os crimes previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ou seja, o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão.

### 1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

### 1.1 Princípio da legalidade como conquista libertária e o Tribunal Penal Internacional

O princípio da legalidade se relaciona com a tipicidade, trazendo para esta a função de garantia<sup>1</sup>. Desenvolve-se juntamente com a dogmática penal a partir do iluminismo, no século XIX, pela obra de Anselm von Feuerbach, datada de 1801.

Em verdade, o embrião do Princípio da Legalidade pode ser devidamente observado desde 1764, século XVIII, através da obra de Cesare Bonesana Beccaria – Marquês de Beccaria, intitulada como “Dos Delitos e das Penas”. Todavia, a referida obra retrata um Direito Penal como um instrumento de controle social, instituindo um conceito de legalidade meramente político.

Em síntese, o que Beccaria pretendia com sua obra era romper com um Direito Penal ilimitado do Estado Absoluto, para que se pudesse garantir a esse ramo do Direito a legitimidade que ele merecia. Desse modo, a limitação seria uma forma de legitimar a violência da pena aplicada pelo Estado. Como a necessidade do Princípio da Legalidade é afirmada por esse autor antes mesmo de seu surgimento como princípio formal, é possível se dizer, pois, que Beccaria foi fundamental para a formação da dogmática penal.

O princípio da legalidade<sup>2</sup> é visto como base do próprio Estado de Direito e do Direito Penal, encontrando sua inscrição na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e nas Constituições modernas, dentre elas, a Constituição Brasileira. Toma uma concepção de garantia individual.

Na sua função de garantia da liberdade, expressa na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, fato algum poderá ser digno de pena, sem lei que o tenha estabelecido como punível. Crime e pena devem ser previamente estabelecidos. Ba-

cigalupo<sup>3</sup> destaca que Feuerbach ligava o princípio da legalidade a uma coação psicológica, no estudo da teoria da pena, devendo a lei penal preceder as ações delitivas. Neste diapasão estaria a pena exercendo o papel de prevenção geral.

O sujeito saberia previamente que se cometesse uma ação reprovável pelo direito estaria se submetendo a uma sanção em retribuição. Haveria contida na norma incriminadora uma ameaça que inibiria o cometimento da conduta delitiva. Decorrente da *lex praevia* a proibição da retroatividade da lei penal. Sendo o corolário do multirreferido princípio. Atinge a pena e as medidas de segurança.

É possível, também, editar as consequências práticas do princípio da legalidade.<sup>4</sup> A de *Lex certa*, isto é, a exigência não se dirige apenas ao julgador, mas alcançam o legislador no momento da elaboração da norma. Só atenderá o princípio da legalidade se o parlamento elabora a norma penal de modo a contemplar o fato a ser reprimido em sua integridade, isto é, não se pode deixar nas mãos do julgador algo tão amplo que possa ser interpretado sem precisão do que é proibido, sua pena e consequências.

A proibição da analogia *in malam partem* encontra respaldo no princípio da legalidade na expressão *lex stricta*. Proíbe-se também a punição baseada no direito consuetudinário, ou seja, para a previsão penal de reprimenda se observa a *lex scripta*. A lei formal e positivada é a única forma contemporânea de penalização. Contudo, como no caso anterior, é possível argumentar e fazer uso do costume quando este se põe *in bonam partem*.

O princípio da legalidade é dotado de uma expressiva natureza política, conforme esclarece Reale,<sup>5</sup> sendo “pedra angular do pensamento liberal”, protegendo o cidadão do poder arbitrário do Estado e, especificamente, dos juízes. Por isso, deve a lei penal ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata, para submeter a todos o seu manto.

Antolisei<sup>6</sup> atribui ao princípio da legalidade, ou estrita legalidade, o papel de domínio quanto às fontes do direito. Destaca também a máxima

1 Cláudio, BRANDÃO, **Teoria jurídica do crime**, p. 57.

2 José Henrique Guaracy, REBÊLO, **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial**, p. 13-18. Como ensina Antolisei (**Manuale di diritto penale**, p. 31-32) apesar do princípio da legalidade vir expresso num brocardo latino, sua origem não remonta ao Direito Romano, pois entre os romanos se aplicava a analogia – “*punire a exemplum legis*”. A roupagem latina teria sido oferecida por Anselmo Feuerbach. Indica, o mestre italiano, a origem mais remota do princípio da legalidade a Magna Carta do Rei João Sem Terra em 1215 e mais recentemente no período iluminista.

3 Enrique, BACIGALUPO, **Direito penal: parte geral**, p. 87. Indica o autor como consequência prática do princípio da legalidade: “nenhuma sentença condenatória pode ser elaborada aplicando uma pena que não está fundada em lei prévia, ou seja, uma lei na qual o fato imputado ao autor seja ameaçado com pena. Em outras palavras, o arrazoado judicial deve começar com a lei, pois somente desta maneira a condenação poderá se fundar em uma lei penal.” (p. 88)

4 Enrique, BACIGALUPO..., p. 109-122.

5 Miguel, REALE JR, **Teoria do delito**, p. 164.

6 Francesco, ANTOLISEI, **Manuale di diritto penale, parte generale**, p. 30.

*nullum crimen, nulla poena sine lege*, enumera que um fato não pode considerar-se crime, nem atribuído uma pena, se uma lei no sentido material não o preveja como tal; o fato previsto pela lei como crime deve ser sancionado nos limites da previsão; o fato que dá ensejo a aplicação da lei penal deve ter previsão expressa, não podendo ser presumido de normas que regem fatos diversos.

Ao vedar a analogia, proíbe a aplicação de pena além do previsto pelo legislador, impõe a obrigatoriedade da taxatividade, acabando, assim, por demonstrar que a única fonte do Direito Penal é o direito positivo, constituindo-se num ordenamento fechado.

Outra denominação atribuída ao princípio da legalidade é o da reserva legal.<sup>7</sup> Surge com as revoluções burguesas que caracterizaram a contemporaneidade, respondendo aos abusos do absolutismo e fundando uma nova ordem. Apresenta duas funções: a função de garantia – excluindo penas ilegais – e a função constitutiva, isto é, constitui a pena legal. Destaca Nilo Batista esta última como a principal função do referido princípio.

Enquanto Luiz Luisi<sup>8</sup> afirma que contemporaneamente o princípio da legalidade se desdobra em três postulados: da reserva legal – referente às fontes das normas penais incriminadoras; da determinação taxativa – referente à enunciação das respectivas normas; e, por fim, da irretroatividade – referente à validade das disposições penais no tempo.

Seguindo estes postulados, oferecidos por Mantovani, Palazzo<sup>9</sup> acrescenta que o princípio da legalidade formal encontra guarita em todas as constituições modernas dos países do *civil law*.

Indica Nilo Batista<sup>10</sup> que o princípio da legalidade ao ser visto como garantia individual pode ser avaliado em quatro funções: proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); proibir a fixação de crime ou pena pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); proibir a analogia para criar crime, instituir ou agravar pena (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); proibir incriminação vaga e indeterminada (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). Lembra, inclusive, que uma das críticas firmadas ao Tribunal de Nuremberg foi exatamente à violação deste princípio, quanto a

irretroatividade da lei penal.

Esta mesma indagação é trazida por Margarida Cantarelli<sup>11</sup> ao indicar o princípio da legalidade como “um dos pontos polêmicos desde o Tribunal de Nuremberg”. Contudo, o Tribunal Penal Internacional em seu Estatuto, nos arts. 22, 23 e 24, prevê as garantias do multirreferido princípio. Senão vejamos:

### CAPÍTULO III

#### Princípios gerais de direito penal

##### Artigo 22.º

##### *Nullum crimen sine lege*

1 - Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.  
2 - A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada.

3 - O disposto no presente artigo em nada afectará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

##### Artigo 23.º

##### *Nulla poena sine lege*

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

##### Artigo 24.º

##### Não retroactividade *ratione personae*

1 - Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

2 - Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais

7 Nilo, BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 65-68.

8 Luisi, LUISI, *Os princípios constitucionais penais*, p. 17-18.

9 Francesco C, PALAZZO, *Valores constitucionais e direito penal*, p. 43-49.

10 , Nilo, BATISTA, ..., p. 68.

11 Margarida de Oliveira, CANTARELLI, *O princípio da legalidade e o tribunal penal internacional*, p. 354 e ss.

favorável à pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada.

## 1.2 Internacionalização do Direito Penal

Jorge Figueiredo Dias<sup>12</sup> constata que o Direito Penal é essencialmente direito intra-estadual, encontrando sua fonte formal e orgânica na produção legislativa estadual, sendo aplicado pelos órgãos nacionais.

Contudo, destaca o professor lusitano que a relevância do direito internacional em matéria penal se deu significativamente a partir da última década do séc. XX. Momento em que começaram a surgir diplomas nesta seara, notadamente: a Convenção para a prevenção e a sanção do delito de genocídio, a Convenção para a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a Convenção contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, a Convenção relativa à extradição entre estados membros da União Europeia.

Estes instrumentos de direito internacional de natureza penal são incorporados ao ordenamento interno através de mecanismo de recepção, próprio de cada estado.

O Direito Internacional Penal conheceu enorme desenvolvimento recentemente via a instituição de Tribunais Penais Internacionais para a antiga Iugoslávia e Ruanda, estes criados pelo Conselho de Segurança da ONU, bem como com a instituição do Tribunal Penal Internacional, por meio do Estatuto de Roma, criado em 1998 por uma Assembleia de Estado.

Diferenciando dos outros Tribunais instituídos pela Organização das Nações Unidas, pelo reconhecimento de dois princípios marcantes desta nova jurisdição, ou seja: o princípio da vinculação voluntária e o princípio da subsidiariedade. O primeiro denota que os Estados se submetem voluntariamente, não sendo imposta a jurisdição a não ser para as Nações que adiram ao seu Estatuto. Enquanto, o princípio da subsidiariedade informa que o Tribunal Penal Internacional só exercerá sua jurisdição se os Estados da ocorrência do fato não o conhecerem ou estiverem impossibilitados de fazê-lo. Significa, assim, que o direito penal não é mais um monopólio da legislação e da jurisdição dos Estados.

12 Jorge de Figueiredo, DIAS, **Direito penal: parte geral: tomo I**, p.10-13.

Conforme as lições de Luiz Luisi<sup>13</sup> é quase pacífico que a introdução do Direito Penal na seara internacional, ou seja, o início do que se chama hoje de Direito Internacional Penal, deu-se com o acordo de Londres de 08 de agosto de 1945. Este acordo foi firmado entre as grandes potências para julgamento dos nazistas e seus colaboradores, logo após a 2ª Guerra Mundial, instituindo o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio. Em seu artigo 60 estão previstos: os crimes contra a paz, os crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Japiassú<sup>14</sup> conceitua o Direito Penal Internacional como sendo o ramo do direito que define os crimes internacionais e prevê suas penas. Acrescenta que desde a antiguidade se verifica este fenômeno. Atribui-se sua primeira ocorrência na cláusula de extradição de um tratado de paz, celebrado em 1280 aC, entre Hatussilli – rei dos Hititas e Ramsés II – do Egito. Mas de fato, como frisado acima, ganha impulso a partir das duas Grandes Guerras e os tribunais que se seguiram. Sendo sua estrutura influenciada pelo sistema do *common Law*. Só após a queda do muro de Berlin - flexibiliza assim a guerra fria entre as até então grandes potências – EUA e URSS - foi possível pensar num tribunal penal internacional de caráter permanente.

Para Kai Ambos<sup>15</sup> é o Direito Penal Internacional uma junção entre direito penal e direito internacional, este de consequência jurídico-penal.

Lembra Margarida Cantarelli<sup>16</sup> que a própria denominação Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal encontra especulações e críticas entre os doutrinadores. Surgiram várias outras expressões como, por exemplo: direito penal interestatal, direito penal supranacional, direito penal internacional público, direito penal internacional privado.

Apesar das referências históricas trazidas pela doutrina é certo afirmar que o reconhecimento de um ramo do Direito que supra-nacionalmente pune violações no âmbito penal é algo novo para as nações contemporâneas e que, mesmo com a instituição de um tribunal permanente – Tribunal Penal Internacional, instituído pelo Estatuto de Roma –, deverá sofrer resistência. Tanto é verdade esta afirmação que podemos numa investigação do perfil dos que foram

13 Luiz, LUISI ..., p. 234-235.

14 Carlos Eduardo Adriano, JAPIASSÚ, **O Direito penal internacional**, p.01-04.

15 Kai, AMBOS, **A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática**, p. 42.

16 Margarida de Oliveira, CANTARELLI, **Da territorialidade à transnacionalidade – a desterritorialização da jurisdição penal**, p.103 e ss.

ou estão em julgamento perante aquela Corte, com poucas exceções, verificar que apenas os líderes de países menos robustos no cenário internacional têm sido alcançados quando do cometimento dos crimes elencados em seguida.

## 2. CRIMES NO ÂMBITO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A princípio se pode compreender o grau de dificuldade em estabelecer critérios para elencar crimes na seara internacional e a competência de um tribunal para seu julgamento. Como afirma Jean-Paul Bazelaire<sup>17</sup> as fraquezas da justiça penal internacional residem nessas questões de competência e de âmbito processual.

Enquanto, Kai Ambos<sup>18</sup> indica a existência de uma macro-criminalidade ou “comportamentos macro-criminais” e acusa a necessidade de se estabelecer os pressupostos fundamentais para uma parte geral que viabilize a aceitação por parte dos diversos ordenamentos desta ordem internacional.

Antes mesmo da criação do Tribunal Penal Internacional é possível identificar a existência de 24 categorias de delitos previstas nas mais diversas convenções desde 1815. Estas podem ser catalogadas em: proteção da paz (crimes de agressão); proteção humanitária (contido aqui os crimes de guerra); proteção dos direitos humanos fundamentais (genocídio, crimes contra a humanidade, apartheid, escravidão e tortura); proteção contra terror-violência; proteção de interesses sociais; proteção de interesses culturais; proteção ao meio ambiente; proteção aos meios de comunicação e proteção dos interesses econômicos<sup>19</sup>.

Em seu artigo 5º o Estatuto de Roma elenca os crimes que são de sua competência.

### Crimes da competência do Tribunal

1 - A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Os crimes contra a Humanidade; c) Os crimes de guerra; d) O crime de agressão.

17 Jean-Paul, BAZELAIRE, **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia**, p.68.

18 Kai, AMBOS, **A construção de uma parte geral do direito penal internacional**, p. 7 e ss..

19 Margarida de Oliveira, CANTARELLI..., 2000, p.222-223.

2 - O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121.º e 123.º, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

O genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra ou violações graves às Convenções de Genebra são encontrados nos estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda que já encontravam referência nos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio. Assim, as quatro referências descritas nas alíneas do item 1 do artigo acima conformam condutas já por demais sublinhadas em diplomas internacionais.

O Estatuto de Roma traz a institucionalização do princípio da responsabilidade penal individual. Ou seja, o Tribunal Penal Internacional julgará apenas as condutas das “pessoas singulares”, conforme a previsão do seu artigo 25. Isto se deu devido aos precedentes abertos pelo julgamento do Tribunal de Nuremberg, tomando como fundamentação que é a pessoa natural que atua em nome ou não do Estado, devendo aquela ser punida<sup>20</sup>.

Agora comentaremos, trazendo elementos da doutrina e da legislação internacional, as condutas acima trazidas para sua melhor compreensão.

## 3. CRIMES EM ESPÉCIE

### 3.1. O crime de genocídio

O crime de genocídio é tipicamente um atentado contra a humanidade, ação de lesa-humanidade, mas foi alçado a um tipo isolado na tentativa de destacar sua importância. A primeira menção de crime contra a humanidade se deu em 1915, na declaração conjunta da França, Inglaterra e Rússia, censurando o massacre turco na Armênia<sup>21</sup>.

A ONU (Organização das Nações Unidas) através de Resolução aprovada por sua Assembleia Geral, em 11 de dezembro de 1946, reconhece o genocídio como crime internacional. Dois anos depois

20 Sandra Cristina da Silva Moreira e, FERREIRA, **O estatuto do tribunal penal internacional**, p.15.

21 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, op. cit., p. 25-26.

foi aprovada a Convenção contra o Genocídio que entrou em vigor em 02 de janeiro de 1951. O seu conceito já se encontrava firmado em bases consuetudinárias internacionais.

Com a instituição do Tribunal Penal Internacional (TPI) o crime de genocídio é reafirmado como crime de caráter internacional. Contudo, manteve os mesmos termos da Convenção anterior, isto é, não incluiu o genocídio de caráter político ou cultural. Diz o artigo 6º do Estatuto de Roma que criou o TPI:

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «genocídio» qualquer um dos actos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rário ou religioso, enquanto tal: a) Homicídio de membros do grupo; b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Kai Ambos<sup>22</sup>, ao comparar os dois diplomas, ou seja, Convenção contra o Genocídio e o Estatuto de Roma, entende, a partir de uma interpretação teleológica, que qualquer ataque mesmo contra um só membro do grupo referido na norma criminal internacional, desde que compreendido o fim a que se presta – proteção étnica, racial ou religiosa – cumpre com os requisitos devendo ser alcançado pelo Estatuto de Roma.

Há uma discussão em torno de se saber que para a tipificação do crime de genocídio é necessário ou não a intervenção estatal na ação. Kai Ambos<sup>23</sup> leciona que não é preciso que o estado onde se deu a violação intervenha nela. Isto é, os indivíduos podem ser responsabilizados individualmente, desde que aja com a intenção de destruir os grupos elencados, destacando o aspecto subjetivo realçado. Há o repúdio à doutrina do *act of state* para argüir a irresponsabilidade de individual.

### 3.2. Os crimes contra a humanidade

Os crimes contra a humanidade são atenta-

dos voltados à eliminação total ou parcial de coletividades humanas por quaisquer razões<sup>24</sup>.

A formulação da expressão crimes contra a humanidade foi utilizada, originariamente para caracterizar as atrocidades cometidas pelos turcos contra os armênios na 1ª Grande Guerra, sendo referenciado como crime contra a humanidade e a civilização, na Declaração do Império Otomano – composta pelos russos, franceses e britânicos – em 1915, conforme descrito anteriormente. Este conceito também lastreou os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio que julgou os derrotados da 2ª Guerra Mundial<sup>25</sup>.

Com o Tribunal Penal Internacional os crimes contra a humanidade tomaram maior amplitude. Contudo, o conceito de crimes contra a humanidade levou a discussões intensas durante a Conferência de Roma que lastreou o estatuto. Isto se deu pela falta de uma discussão prévia e mesmo devido ausência de documentos anteriores que trouxesse com precisão o tema. Sendo seu resultado final uma delicada composição entre os diversos Estados<sup>26</sup>.

O Estatuto de Roma prevê no seu artigo 7º:

#### Crimes contra a Humanidade

1 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «crime contra a Humanidade» qualquer um dos actos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência à força de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional;

24 LUISI, Luiz..., p. 235.

25 Valerio de Oliveira, MAZZUOLI, **O Tribunal penal internacional e o direito brasileiro**, p.58-59.

26 Carlos Eduardo Adrian, JAPIASSÚ, p.36-38.

22 Kai, AMBOS..., 2008, p. 139.

23 Kai, AMBOS..., 2008, p. 153-154.

- f) Tortura;
- g) Violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, tal como definido no n.º 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional, relacionados com qualquer acto referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros actos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afectem a saúde mental ou física.

No item seguinte o Estatuto do Tribunal Penal Internacional traz a interpretação autêntica do item acima, numa tentativa de uniformizar o entendimento do que vem a ser “crimes contra a humanidade”.

#### 2 - Para efeitos do n.º 1:

- a) Por «ataque contra uma população civil» entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de actos referidos no n.º 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses actos ou tendo em vista a prossecução dessa política;
- b) O «extermínio» compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
- c) Por «escravidão» entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes

que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por «deportação ou transferência à força de uma população» entende-se a deslocação coerciva de pessoas através da expulsão ou de outro acto coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido em direito internacional;

e) Por «tortura» entende-se o acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controlo do arguido; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas acidentalmente;

f) Por «gravidez à força» entende-se a privação de liberdade ilegal de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afectando as disposições de direito interno relativas à gravidez; g) Por «perseguição» entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da colectividade em causa;

h) Por «crime de apartheid» entende-se qualquer acto desumano análogo aos referidos no n.º 1, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo rácico sobre um ou outros e com a intenção de manter esse regime;

i) Por «desaparecimento forçado de pessoas» entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa em reconhe-

cer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a protecção da lei por um longo período de tempo.

Para se alcançar estas definições foi necessário superar graves controvérsias. Japiassú<sup>27</sup> indica quatro características fundamentais que podem ser destacadas neste diploma:

... a ausência do requisito da conexão com um conflito armado; o carácter generalizado ou sistemático do ataque contra uma população civil; a ausência do requisito da existência de motivos discriminatórios; o elemento subjetivo do conhecimento do referido ataque.

### 3.3. Os crimes de guerra

Ao observar o Estatuto de Londres de 1945<sup>28</sup> verifica-se a definição de que os crimes de guerra são violações das leis e dos costumes de guerra. Incluem-se assassinatos, maus tratos, deportação para trabalho forçado ou qualquer outro fim, tanto da população civil ou de prisioneiros militares; execução de reféns, despojamento de propriedade privada ou pública; injustificada destruição de cidades, povoados e aldeias; devastação não justificada por necessidades militares.

A previsão dos crimes de guerra ou crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados se caracteriza como avanço das relações internacionais, enfatizando a evolução do direito internacional humanitário, teve como seu defensor o Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Em 1949 as Convenções de Genebra normatizaram o tema, tomando como referência o direito costumeiro de guerra<sup>29</sup>.

O Estatuto de Roma em seu artigo 8º elenca os “crimes de guerra”.

O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

[...]

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «crimes de guerra»: a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes actos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

[ . . . . . ]

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional [...]

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos actos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo.

[...]

e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm carácter internacional, no quadro do direito internacional [...]

Seguindo a jurisprudência do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia foi incorporado à penalização de crimes de guerra para conflitos internos. Outro avanço indicado pela doutrina é a sistematização, ampliação e atualização do conteúdo dos chamados crimes de guerra<sup>30</sup>.

### 3.4. O crime de agressão

O artigo 5º do Estatuto de Roma prevê:

27 Carlos Eduardo Adriano, JAPIASSÚ..., p.41.

28 Luiz, LUISI..., p. 235.

29 Valerio de Oliveira, MAZZUOLI..., p.62.

30 Carlos Eduardo Adriano, JAPIASSÚ..., p.48-49.

2 - O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121.º e 123.º, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Na verdade há apenas uma previsão para uma futura tipificação. Diferentemente dos outros crimes alçados ao Tribunal Penal Internacional, para o crime de agressão o estatuto não diz o que vem a ser esta figura. É sabido, contudo, que tal situação foi propositalmente colocada, visto a ausência de consenso durante a Conferência de Roma.

Também é certo afirmar que a Assembleia Geral da ONU, através de sua Resolução 3314 de 1974, já definira o que vem a ser “agressão”<sup>31</sup>:

Artigo 1º - Agressão é o uso de força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou qualquer outra atitude que seja inconsistente com a Carta da Nações Unidas, conforme determinado por esta definição.

De fato, se esta definição fosse levada a cabo traria embaraço ainda maior as nações - a exemplo dos Estados Unidos que inauguraram o conceito de guerra de prevenção para justificar incursões bélicas sob outras nações, ao arripio das instâncias da ONU. Daí a dificuldade em encontrar consenso para tal tipificação.

Acredito que haja uma semelhança entre a previsão – imprecisa e condicional – do “crime de agressão” do Estatuto de Roma e do que já previa o Estatuto de Londres com o título de “crimes contra a paz”. Este consistia num planejamento, preparação, desencadeamento e execução de uma guerra de agressão ou de uma guerra violadora de tratados internacionais, acordos e segurança, ou a participação no plano comum, ou numa conspiração para executar qualquer das referidas ações.

#### 4. CONCLUSÃO

As condutas delitivas previstas no Estatuto de

Roma, apesar de toda a discussão quanto à violação ou flexibilização do princípio da legalidade - mesmo considerando que a dogmática penal, inserida em todos os Códigos Penais ocidentais, está intimamente ligada com o Princípio da Legalidade por dois motivos, a saber: além de a dogmática ter se desenvolvido concomitante com o mencionado princípio, ainda, traz em sua estrutura tripartida (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), como integrante do conceito de crime, o elemento tipicidade que deriva, sem sombra de dúvidas da Legalidade - é por demais alvissareira a existência no âmbito internacional de um tribunal permanente que venha otimizar os mecanismos de repressão aos atentados aos direitos humanos, cometidos pelos indivíduos, surgindo aí o princípio da responsabilidade penal individual.

Constata-se no rol das previsões do Tribunal Penal Internacional a imprecisão dos tipos e mesmo, no caso dos crimes de agressão, a inexistência do que vem a ser na prescrição do Estatuto.

Compreende-se, contudo, que este diploma – Estatuto de Roma- possa vim a ser o início da consolidação de um código internacional balizador do Direito Penal Internacional. Estamos, de fato, diante de algo a ser construído nesta difícil e complexa seara das relações internacionais.

#### REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. A construção de uma parte geral do direito penal internacional. **Tribunal Penal Internacional**, possibilidades e desafios. Orgs. Kai Ambos e Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 1-31, 2005.

\_\_\_\_\_. **A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**, parte generale. Milano: Giuffrè, 1952.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAZELAIRE, Jean-Paul. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia**. Barueri: Manole, 2004.

31 Valerio de Oliveira, MAZZUOLI..., p.67.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CANTARELLI, Margarida de Oliveira. **Da territorialidade à transnacionalidade** – a desterritorialização da jurisdição penal. Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife (tese). 2000.

\_\_\_\_\_. O princípio da legalidade e o tribunal penal internacional. **Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito** / coordenadores: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERREIRA, Sandra Cristina da Silva Moreira e. O estatuto do tribunal penal internacional. **Seminário de Direito Internacional Público** – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Direito penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LUISI, Luiz. **Os Princípios constitucionais penais**. 2ª ed., rev. e aum. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

REALE Jr, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância**: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

# (IN) JUSTICIABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À ALIMENTAÇÃO?

## Ney Rodrigo Lima Ribeiro

Mestre e Especialista em Direito Público e Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Especialista em Direito Público (ESMAPE/FMN). Especialista em Formação de Educadores (UFRPE). Autor de 4 (quatro) e Coautor de 2 (duas) obras jurídicas. Tenente-Coronel da PMPE. Professor da Academia Integrada de Defesa Social (ACIDES) e da UNINASSAU.

*Proporcionar alimentos e justiça são missões cogentes que merecem a imprescindível atenção do Estado, da OAB, da Defensoria Pública, do “Parquet”, dos Tribunais e de Todos Nós, porquanto se almeja e se concita que os cidadãos brasileiros permaneçam proativos e cobrem pacificamente políticas públicas eficientes que assegurem o indispensável direito fundamental social à alimentação, pois é inaceitável o humanismo desumano que vivem milhões de pessoas no Brasil e no mundo. E mais: dê-se um basta aos que jejuam por falta de comida e água potável!*

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo discorrer, por meio de linguagem clara e didática, uma visão panorâmica sobre a (in) justiciabilidade do direito fundamental à alimentação, *jus* imprescindível à vida e à saúde, erigido expressamente à categoria de direito social com a nova redação dada ao art. 6º da Constituição Federal de 1988, por intermédio da Emenda Constitucional n.º 64, de 4 de fevereiro de 2010, para além de ser protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Justiciabilidade. Direito fundamental social à alimentação. Princípio da dignidade da pessoa humana.

**Abstract:** This article aims to discuss, through clear and didactic language, an overview about the (in) justiciability of the paramount right to food, essential to life and health *jus* expressly erected to the category of social law with new wording given to article 6th of the Federal Constitution of 1988, through the Constitutional Amendment. 64th of February 4, 2010, in addition to being protected by the principle of

human dignity.

**Key words:** Justiciability. Paramount right to food. Principle of human dignity.

**Sumário:** Introdução. 1. Sucinto tratamento da justiciabilidade. 2. O ponto nodal da questão: (in) possibilidade de judicialização do direito fundamental social à alimentação? 3. Conclusões. Referências

## Introdução

À partida, na cátedra de Jean Ziegler, a Convenção de Genebra de 1864 sobre direito humanitário foi o primeiro documento internacional a referir-se ao direito humano à alimentação, evidentemente, não com a abrangência hodierna, mas nela foi reconhecida a condição humana dos presos de guerra, garantindo-se, dentre outros, o direito à alimentação.

Destarte, no sistema universal ou global de proteção dos direitos humanos, o direito do homem à alimentação é inaugurado<sup>2</sup> na gramática dos direitos humanos por meio da DUDH<sup>3</sup>, de 10 de dezembro

2 A maioria da doutrina destaca que o direito à alimentação foi previsto inicialmente no art. 25 da DUDH. No entanto, convém ressaltar que a Carta das Nações Unidas de 1945, designadamente nos seus arts. 55 e 56, tendo como um dos principais objetivos o de promover melhores padrões de vida, neste, inclui-se, que as pessoas estejam livres da fome, aliado ao fato que seu próprio preâmbulo “reafirmara a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla”.

3 MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito internacional dos direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 126-128.

1 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. **Direito fundamental social à alimentação**: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 255.

de 1948, especificamente no seu art. 25, n.º 1, com a seguinte dicção:

Art. 25

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida adequado para a saúde e o bem estar próprio e de sua família, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, na doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (destaque-se)

Muito bem, a partir da Declaração<sup>4</sup> em destaque, marcada pela sua importância política, moral e jurídica<sup>5</sup>, e, dentre outras características, pela universalidade, indivisibilidade e interdependência, aliado ao fato de ser texto constitucional geral, com vida própria, devendo ser interpretada como pedra angular da humanidade, cuja finalidade, de um direito humanista e pautado na fraternidade, é almejada por todos nós, começa a se desencadear o direito internacional dos direitos humanos, por intermédio de diversos instrumentos, destacando-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966<sup>6</sup>.

Pontifica-se, entretanto, que o PIDESC expressamente previu o direito à alimentação no seu art. 11, n.ºs 1 e 2, *ipsis litteris*:

Art. 11

1. Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de todos a um padrão de vida adequado para si e sua família, inclusive alimentação, vestuário e habitação, e para a melhoria contínua das condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre

consentimento. (destaque-se)

2. Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar livre da fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas específicos, que são necessários: a) Para melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de alimentos através da plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão dos princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de forma a alcançar o desenvolvimento mais eficiente e utilização dos recursos naturais; b) Tendo em conta os problemas de ambos os importadores de alimentos e de alimentos dos países exportadores, para garantir uma distribuição equitativa dos recursos alimentares mundiais em relação às necessidades<sup>7</sup>.

Nesse condão, o art. 11 do PIDESC supra foi clareado com o Comentário Geral (CG) n.º 12, de 1999, do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) da ONU, no qual, em síntese, versa sobre o direito à alimentação adequada, sendo também o Pacto em epígrafe, especificamente seus arts. 11 e 12 tornados inteligíveis pelo CG n.º 15, de 2002 do mesmo Comitê, que dispõe sobre o direito à água<sup>8</sup>.

Registra-se, que ainda no espaço global de proteção, o reconhecimento do direito à alimentação adveio progressivamente por intermédio de importantes conferências mundiais, destacando-se, a Conferência de Alimentação de *Hot Springs* em 1943, a Declaração Universal sobre a Erradicação da Fome e Desnutrição em 1974, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento em 1986, a Cúpula Mundial das Crianças em 1990, a Conferência Internacional para Nutrição em 1992, a Declaração de Viena e o Programa de Ação em 1993, a Declaração de Roma sobre Segurança Alimentar Mundial em 1996, o Plano de Ação da Cúpula Mundial de Alimentação em 1996, a Resolução da Assembleia Geral n.º 51/171 de 1996 (alimentação e desenvolvimento agrícola sustentável), a proposta do Código de Conduta Internacional sobre o Direito Humano à Alimentação em 1997, a

4 HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. O sistema regional africano de direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ, 2008, p. 1459.

5 CASANOVAS, Oriol; RODRIGO, Ángel J. **Compendio de derecho internacional público**. Madrid: Tecnos, 2012, p. 439-440.

6 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, **Op. cit.**, p. 13.

7 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 406-407.

8 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, **Op. cit.**, p. 15.

Convenção de Ajuda Alimentar de 1999, o Protocolo sobre Água e Saúde em 1999 e a Conferência de Berlim em 2004<sup>9</sup>.

Ademais, observa Asbjorn Eide, que o avanço mais importante em relação ao direito à alimentação surgiu com a Cúpula Mundial de Alimentação em 1996, que teve lugar em Roma, a convite da FAO, na qual adotou a Declaração de Roma sobre Segurança Alimentar Mundial e o Plano de Ação da Cúpula Mundial, sido, portanto, considerado pelos líderes participantes de significado predominante em termos legais, políticos e morais, na comunidade mundial<sup>10</sup>.

Nesse momento, convém destacar que a FAO, na qualidade de organismo especializado, líder da ONU para assuntos pertinentes à alimentação, declara no preâmbulo de sua Constituição que um dos objetivos básicos é assegurar que a humanidade esteja livre da fome. Logo, os direitos relacionados com a alimentação são de interesse primordial para a FAO, mormente que além de promover a alimentação, por meio de cooperação na área de segurança alimentar, visa, dentre outros, o fomento de pesquisas agrícolas, melhoria nas técnicas de produção de alimentos e a conservação dos recursos naturais<sup>11</sup>.

No cenário do direito internacional humanitário, destacam-se as Convenções de Genebra III (relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra)<sup>12</sup> e IV (pertinente à proteção das pessoas civis em tempo de guerra)<sup>13</sup> de 1949, as quais asseguram taxativamente

o direito à alimentação suficiente aos prisioneiros e aos cidadãos civis, em tempo de guerra.

Vale averbar que a essas convenções foram adicionados, em 1977, os Protocolos I (relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais)<sup>14</sup> e II (concernente à proteção das vítimas de conflitos armados não internacionais)<sup>15</sup>.

Sublinhem-se, também, alguns Grupos Específicos ou Fontes Especiais em razão de categorias de pessoas humanas protegidas pelo direito à alimentação, senão vejamos:

a) Crianças, amparadas pela Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 (art. 24/2, “c” e 27/1 e 3), aliado à Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, Proteção e Desenvolvimento da Criança, de 1990 (art. 20, n.º 3);

b) Mulheres, cuja guarida legal reside nos seus arts. 12/2e 14/2, “h”, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1978;

c) Indígenas, esteado pelo art. 1º da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007;

d) Idosos, apoiados pelos Princípios das Nações Unidas para Pessoas Idosas, de 1991;

e) Portadores de Deficiência, estribados pelo art. 28, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos das

9 *Idem, ibidem*, p. 15.

10 EIDE, Asbjorn. **A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais**: o direito à alimentação adequada e a estar livre da fome. In: VALENTE, Flavio Luiz Schieck (Org.). *Direito humano à alimentação: desafios e conquistas*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 217-218.

11 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 16.

12 **III. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra**. Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/spanish/law/convenio\\_ginebra.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/law/convenio_ginebra.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014. Art. 20. “[...]” A Potência detentora proporcionará aos prisioneiros de guerra evacuados água potável e alimentos em quantidade suficiente “[...]”; Art. 26. A ração diária básica será suficiente, em quantidade, qualidade e variedade, para manter os prisioneiros de boa saúde e impedir uma perda de peso ou o desenvolvimento de doenças por carência de alimentação. “[...]” Será fornecida aos prisioneiros de guerra suficiente água potável “[...]”.

13 **IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra**. Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/spanish/law/personas\\_civiles.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/law/personas_civiles.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014. “Art. 89. A ração alimentar diária dos internados será suficiente em quantidade, qualidade e variedade “[...]”. Ser-lhe-á fornecida suficiente água potável “[...]”.

14 Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/protocolo1.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2014. Art. 54º (Proteção de bens indispensáveis à sobrevivência da população civil): 1. É proibido, como método de guerra, fazer sofrer fome as pessoas civis; 2. É proibido atacar, destruir, subtrair ou inutilizar os bens indispensáveis à sobrevivência da população civil, tais como artigos alimentícios e as zonas agrícolas que os produzem, “[...]”, as instalações e reservas de água potável “[...]”. Cf. GOUVEIA, Jorge Barcelar. *Direito internacional humanitário: Introdução – textos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 217.

15 Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/protocolo2.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2014. Cf. Art. 14º (Proteção dos bens indispensáveis à sobrevivência da população civil). “[...]” É proibido atacar, destruir, subtrair ou inutilizar “[...]” os objetos indispensáveis à sobrevivência da população civil, tais como artigos alimentícios “[...]”, instalações e reservas de água potável “[...]”. Cf. GOUVEIA, Jorge Barcelar. *Direito internacional humanitário: introdução – textos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 256-257.

Pessoas com Deficiência, de 2006;

f) Refugiados, protegidos conforme art. 20 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951;

g) Apátridas, amparados pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas, de 1954 (art. 20);

h) Reclusos, apoiados pelas Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, adotadas em 1955 (art. 20/1 e 2);

i) Deslocados Internos, consoante os Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos, de 1999 (art. 18/2, “a”).

Particulariza-se, aqui, que na Oceania, nenhum país do continente protege o direito à alimentação, em seus textos constitucionais<sup>16</sup>.

Na Ásia, todavia, segundo a FAO, 5 (cinco) países incluíram referências ao direito à alimentação em seus textos constitucionais, designadamente, Bangladesh (art. 15, “a”), Índia (art. 47), Iran (art. 43/1), Paquistão (art. 38, “d”) e Sri Lanka (art. 27/2, “c”)<sup>17</sup>.

Adentrando de forma sucinta nos sistemas regionais, é de observar, de logo, que relativamente aos sistemas regionais de proteção, o movimento foi lançado pela primeira vez no europeu, mas este, nomeadamente a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), de 1950, bem como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), não asseguraram categoricamente e, sequer, autonomamente, o direito humano à alimentação<sup>18</sup>.

No ordenamento nacional europeu, apenas a Ucrânia reconhece o direito à alimentação na sua Carta Magna; logo, vem à baila o inteiro teor do art. 48 da Constituição da Ucrânia, de 1996, *in verbis*:

*Artículo 48. Toda persona tiene el derecho a una norma de vida suficiente para él y su familia que incluya suficiente comida, vestimenta y vivienda*<sup>19</sup>.

Sendo assim, defende-se, que apesar dos demais países do continente europeu não preverem expressamente o direito fundamental à alimentação

16 Protección constitucional del derecho a la alimentación. Disponível em: <[http://www.fao.org/righttofood/kc/maps/Map1\\_es.htm](http://www.fao.org/righttofood/kc/maps/Map1_es.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

17 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, Op. cit., p. 21.

18 Idem, *ibidem*, p. 22.

19 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, Op. cit., p. 21.

na Carta Política, o dito direito social não está desprotegido, vez que, implicitamente, está contido no princípio da dignidade da pessoa humana, cite-se, a Constituição portuguesa (art. 1º), a Constituição espanhola (art. 10/1) e a Constituição italiana (art. 3º), conforme será justificado no capítulo IV desta obra.

O sistema interamericano previu expressamente o direito à alimentação, por meio do Protocolo de San Salvador<sup>20</sup> (PSJCR) ou Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988 (art. 12, n.º 1 e 2, e art. 17), estipulando:

Art. 12 (Direito à Alimentação):

1. Toda pessoa tem direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual.

2. A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados-partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais sobre o tema<sup>21</sup>.

Art. 17 – (Proteção do Idoso) – Toda pessoa tem direito à proteção especial na velhice. Nesse sentido, os Estados-partes comprometem-se a adotar de maneira progressiva as medidas necessárias a fim de pôr em prática este direito e, especialmente, a:

a. Proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que careçam delas e não estejam em condições de provê-las por seus próprios meios; “[...]”<sup>22</sup>.

Comparando o art. 11/1 e 2 do PIDESC com os arts. 12/1 e 2, e 17 do Protocolo Adicional suso, constata-

20 CASANOVAS, Oriol; RODRIGO, Ángel J. Op. cit., p. 456-457.

21 KWEITEL, Juana. Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (1988) – Protocolo de San Salvador. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ, 2008, p. 1325.

22 Idem, *ibidem*, p. 1327.

se que neste o direito à alimentação foi definido com maior detalhe que o primeiro instrumento<sup>23</sup>.

Ora, segundo percuciente estudo realizado pela FAO/ONU, nenhum país da América do Norte protege o direito à alimentação ao nível Constitucional<sup>24</sup>.

Em contrapartida, 9 países da América, especificamente 5 nações da América do Sul (Colômbia, Bolívia, Brasil, Equador e Paraguai) e 4 da América Central (Cuba, Guatemala, Nicarágua e República Dominicana), consagraram o direito à alimentação em suas Constituições para todos os cidadãos ou para as crianças<sup>25</sup>.

Nesse encarte, convém ressaltar que a maioria dos países da América Latina, segundo a FAO, estão empenhados e sensibilizados na luta contra a fome, em homenagem ao PIDESEC, pois quando não previram expressamente o direito à alimentação no bojo da Constituição do país, sancionaram Lei de Segurança Alimentar, consoante sinótico<sup>26</sup>, a seguir:

a) Países que protegem o direito à alimentação no texto da Constituição: Brasil (arts. 6º, 208, 212 e 227); Bolívia (art. 16, 82 e 321); Equador (art. 3º/1, 12, 13 e 66/2); Guatemala (art. 99); Honduras (art. 150); Nicarágua (art. 63); Panamá (art. 56 e 110); México (art. 4º);

b) Países que protegem o direito à alimentação no texto da Constituição e têm lei ou projeto de lei de segurança alimentar: Brasil; Bolívia; Equador; Guatemala; Honduras; Nicarágua; Panamá; México;

c) Países que não protegem o direito à alimentação no texto da Constituição, mas possuem lei ou projeto de lei de segurança alimentar: Argentina; Colômbia; Costa Rica; El Salvador; Paraguai; Peru; República Dominicana; Venezuela;

d) Países que não protegem o direito à alimentação no texto da

Constituição e não possuem lei ou projeto de lei de segurança alimentar: Chile; Uruguai.

Nesse sentido, merecem destaque os distintos dispositivos da *Lex Fundamentalis* do Brasil (art. 6º), Bolívia (art. 16) e Equador (art. 3º/1, 12, 13 e 66/2), as quais protegem de forma concludente o direito fundamental à alimentação, respectivamente:

#### Brasil

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 64, de 4 fev. 2010)<sup>27</sup>.

#### Bolívia

Art. 16.

- I. Toda pessoa tem direito à água e à alimentação.
- II. O Estado tem a obrigação de garantir a segurança alimentar, através de uma alimentação saudável, adequada e suficiente para toda a população<sup>28</sup>.

#### Equador

Art. 3º. São deveres primordiais do Estado:

1. Garantir sem discriminação alguma o efetivo gozo dos direitos estabelecidos na Constituição e nos instrumentos internacionais, em particular a educação, a saúde, a alimentação, a segurança social e a água para seus habitantes.

Art. 12. O direito humano à água é fundamental e irrenunciável. A

23 *Idem, ibidem*, p. 1331.

24 **Protección constitucional del derecho a la alimentación.** Disponível em: <[http://www.fao.org/righttofood/kc/maps/Map1\\_es.htm](http://www.fao.org/righttofood/kc/maps/Map1_es.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

25 *Ibidem*.

26 **Marco institucional de lucha contra el hambre en America Latina y el Caribe.** Disponível em: <<http://www.rlc.fao.org/iniciativa/pdf/marcoinst.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

27 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 26.

28 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 26.

água constitui patrimônio nacional estratégico de uso público, inalienável, imprescritível, inegociável e essencial para a vida.

Art. 13. As pessoas e coletividades têm direito ao acesso seguro e permanente a alimentos saudáveis, suficientes e nutritivos; preferentemente produzidos a nível local e em correspondência com suas diversas identidades e tradições culturais. O Estado Equatoriano promoverá a soberania alimentar.

Art. 66. Se reconhece e garantirá às pessoas:

“[...]”

2. O direito a uma vida digna, que assegure a saúde, alimentação e nutrição, água potável “[...]” e outros serviços sociais necessários<sup>29</sup>.

No âmbito do sistema africano, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (CADHP), de 1981 ou Carta de Banjul, apesar de sua característica única e singular na inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais em um instrumento regional de direitos humanos junto com os direitos civis e políticos, aduzindo no seu preâmbulo a indissociabilidade entre estas categorias, sequer previu expressamente o direito de caráter deveras relevante como à alimentação<sup>30</sup>.

O Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África, de 2003, categoricamente no seu art. 15, previu o direito à alimentação nutritiva e adequada, bem como o acesso à água potável:

Art. 15 (Direito à Segurança Alimentar). Os Estados-partes deverão assegurar que as mulheres tenham o direito a uma alimentação nutritiva e adequada. A este respeito, devem tomar medidas apropriadas para: a) proporcionar às mulheres o acesso à água potável, as fontes de combustível doméstico,

à terra e aos meios de produção de alimentos nutritivos; b) estabelecer sistemas adequados de abastecimento e armazenamento para assegurar a segurança alimentar<sup>31</sup>.

No plano regional em evidência, sobressai-se a Carta Africana dos Direitos e Bem Estar da Criança, de 1999, designadamente no seu art. 14, n.º 2, alínea “c”, que garante claramente o fornecimento de alimentação adequada e água potável a todas as crianças do continente africano, veja-se:

Art. 14: “[...]”

2. Estados-partes na presente Carta comprometem-se a prosseguir a implementação integral deste direito e, em particular, deverão tomar medidas para: “[...]”

(C) garantir o fornecimento de nutrição adequada e água potável.

No direito africano, pontifica Christof Heyns, o *ius* à alimentação foi patenteado, por exemplo, nas Constituições da África do Sul (art. 27), Etiópia (art. 90), Uganda (art. XXII, “c”), Gâmbia (art. 216, n.º 4), Malawi (art. 13, “b”), Gana (art. 36, n.ºs 1 e 2, “e”), e Nigéria (art. 16, n.º 2, “d”), porquanto, no momento, far-se-á o devido destaque:

África do Sul

Art. 27. (Os cuidados de saúde, alimentos, água e segurança social). Toda pessoa tem direito a ter acesso: “[...]” b) Suficiente alimento e água”;

Etiópia

Art. 90. (Objetivos Social): 1. Na medida do país, os recursos da autorização, as políticas têm por objetivo proporcionar o acesso da Etiópia para a saúde pública e educação, água potável, habitação, segurança alimentar e social<sup>32</sup>;

29 *Idem, ibidem*, p. 27-28.

30 *Idem, ibidem*, p. 28.

31 MURRAY, Rachel; EVANS, Malcolm. **Documents of the african commission on human and peoples' rights**. Oregon: Hart publishing, 2009. v. II: 1999-2007, p. 70.

32 HEYNS, Christof. **Human rights law in Africa**. London: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. v. Two (domestic human rights law in Africa), p. 1093.

## Uganda

XXII. Segurança alimentar e nutricional: O Estado tomará: (a) as medidas adequadas para encorajar as pessoas a crescer e fornecer alimentação adequada; “[...]” (c) incentivar e promover a alimentação adequada através da educação de massa e outros meios adequados, a fim de construir um estado saudável<sup>33</sup>;

## Gâmbia

Art. 216. (Objetivos Sociais): (4) O Estado deve empenhar-se para facilitar igual acesso à água limpa e segura, saúde adequada e serviços médicos, abrigo habitável, alimento suficiente e segurança para todas as pessoas<sup>34</sup>.

## Malawi

Art. 13 (Princípio da Política Nacional) - O Estado deve promover ativamente o bem estar e desenvolvimento do povo de Malawi pela progressiva adoção e implementação de políticas e legislação que visam atingir os seguintes objetivos: (a) A Igualdade de Gênero - Para obter a igualdade de gênero para as mulheres com os homens através de: “[...]” (b) Nutrição - Para obter uma nutrição adequada para todos, a fim de promover a boa saúde e auto-suficiência<sup>35</sup>;

## Gana

Art. 36. (1) O Estado deve tomar todas as medidas necessárias para assegurar que a economia nacional seja gerida de forma a maximizar a taxa de desenvolvimento econômico e para garantir o máximo de bem-estar, liberdade e felicidade de cada pessoa em Gana e fornecer meios adequados de subsistência e emprego adequado e assistência pública aos

necessitados. (2) O Estado, em particular, deve tomar todas as medidas necessárias para estabelecer uma economia sólida e saudável, cujos princípios devem incluir – “[...]” (e) o reconhecimento de que para democracia, o mais seguro é aquele que assegura as necessidades básicas de vida para seu povo como um direito fundamental<sup>36</sup>;

## Nigéria

Art. 16. “[...]” (2) O Estado deve orientar a sua política no sentido de assegurar: “[...]” d) que abrigos adequados e suficientes, alimentação adequada e satisfatória, razoável salário mínimo nacional, os cuidados e as pensões de velhice e de desemprego, prestações de doença e bem-estar das pessoas com deficiência sejam fornecidos para todos os cidadãos<sup>37</sup>;

Aqui chegado, apesar de dezenas de instrumentos protetivos do direito à alimentação, afirme-se, lamentavelmente e hodiernamente, vive-se numa humanidade flagelada ou num humanismo desumano<sup>38</sup>, por dezenas de razões evidentes, por exemplo, a maioria dos Estados federativos sequer envidam esforços no sentido de implementarem políticas públicas eficientes, desconsiderando,

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*, p. 1150.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem*, p. 1403-1404 e 1480.

<sup>38</sup> El derecho a la alimentación adecuada - **Folleto informativo nº 34**. Disponível em: <<http://www.fao.org/righttofood/publi10/FactSheet34sp.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2014. Segundo a FAO, *por alimento adecuado se entiende que la alimentación debe satisfacer las necesidades de dieta teniendo en cuenta la edad de la persona, sus condiciones de vida, salud, ocupación, sexo, etc. Por ejemplo, si la alimentación de los niños no contiene los nutrientes necesarios para su desarrollo físico y mental no es adecuada. La alimentación con gran densidad de energía y escaso valor nutritivo, que puede contribuir a la obesidad y otras enfermedades, podría ser otro ejemplo de alimentación inadecuada. Los alimentos deben ser seguros para el consumo humano y estar libres de sustancias nocivas, como los contaminantes de los procesos industriales o agrícolas, incluidos los residuos de los plaguicidas, las hormonas o las drogas veterinarias. La alimentación adecuada debe ser además culturalmente aceptable. Por ejemplo, la ayuda que contiene alimentos que desde el punto de vista religioso o cultural están prohibidos a quienes los reciben o no se ajustan a sus hábitos de comida no sería culturalmente aceptable.*

<sup>33</sup> *Idem, ibidem*, p. 1656.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*, p. 1125.

<sup>35</sup> HEYNS, Christof. **Human rights law in Africa**. London: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. v. Two (domestic human rights law in Africa), p. 1252.

contudo, suas obrigações de assegurarem o direito fundamental à alimentação, englobando o *jus* à água, especificamente, o núcleo essencial mínimo destes direitos, frise-se, o *minimum core obligation*, para que as pessoas vulneráveis ou desprovidas de recursos tenham o privilégio de desfrutarem uma existência digna, usando como escudo a escassez de recursos e a reserva do possível<sup>39</sup>.

Segundo a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação (FAO), no mundo, hodiernamente, existem quase 870 milhões de pessoas cronicamente subnutridas<sup>40</sup>, e, no Brasil, 13 milhões de pessoas em situação de extrema pobreza<sup>41</sup>.

Postas essas breves digressões, o artigo tem como delimitação do objeto, o estudo da problemática jurídica do direito fundamental social à alimentação, onde objetivas referências serão apresentadas a respeito do direito internacional e nacional de outros países concernentes a temática, não tendo a investigação a pretensão de esgotar o complexo estudo, mas será ressaltado, objetivamente, sucinto tratamento da justiciabilidade do direito à alimentação, porquanto o objetivo específico é discorrer: é possível ou impossível a judicialização do direito fundamental social à alimentação?

Em sucessivo, apresentar-se-ão as conclusões sumárias que se defende e bibliografias consultadas.

Utilizou-se, outrossim, na construção deste artigo científico o método hipotético-dedutivo, haja vista que se optou por formular conclusões por intermédio de algumas conceituações trabalhadas pela doutrina nacional e comparada, buscando aplicá-las aos fins deste trabalho acadêmico.

## 1. Sucinto tratamento da justiciabilidade

Consolidado o que já se viu até aqui, é possível afirmar, a princípio, que à luz da exegese do art. 11/1 e 2 do PIDESC, conjuntamente com os CGs n.ºs 3/90, 12/99 e 15/02, todos do CDESC da ONU, os Estados partes têm o dever de respeitar, proteger e promover o direito à alimentação, além deste ser exercido sem discriminação.

Para além das normas supra, tratando do tema

39 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 4-5.

40 **The state of food and agriculture 2013**. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/018/i3300e/i3300e.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

41 **Quase 870 milhões de pessoas no mundo estão subnutridas** – novo relatório sobre a fome. Disponível em: <<https://www.fao.org.br/q870mpmesnrsf.asp>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

sob exame, merece atenção, também, o CG n.º 09/98, no qual, a propósito, destaca no seu item 10 a respeito da justiciabilidade, aduzindo, em suma, que em relação aos direitos civis e políticos, em geral se parte do pressuposto de que é fundamental a existência de recursos judiciais frente à violação destes direitos, e que, lamentavelmente, no que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais, com considerável frequência se parte da premissa contrária. Com efeito, esta discrepância não se justifica, quer pela natureza dos direitos, quer pelas disposições pertinentes ao PIDESC. Logo, ainda que seja necessário levar em conta a orientação geral de cada um dos sistemas jurídicos, não há nenhum direito reconhecido pelo PIDESC que não se possa considerar que possui, na grande maioria dos sistemas, algumas dimensões significativas, no mínimo, de justiciabilidade<sup>42</sup>.

Deve-se acentuar, porém, que discorre o CG n.º 09/98 que às vezes se afirma que as questões envolvendo a alocação de recursos devem ser confiadas às autoridades políticas, em vez dos tribunais. Contudo, ressalva, ainda, que se devam respeitar as competências respectivas dos diversos poderes; é necessário reconhecer que os tribunais já intervêm geralmente em uma gama considerável de questões que têm implicações importantes para os recursos disponíveis, pelo que a adoção de uma classificação rígida dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os coloca, por definição, fora do alcance dos tribunais, seria, inegavelmente, arbitrária e incompatível com o princípio de que os dois conjuntos de direitos humanos são indivisíveis e interdependentes, bem assim se reduziria drasticamente a capacidade dos tribunais para proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e desfavorecidos da sociedade<sup>43</sup>.

Observa-se, dentro desse cenário, que embora o PIDESC aparentemente trate o direito humano à alimentação adequada como direito distinto do direito a estar livre da fome, compreende-se que este é apenas uma dimensão do direito à alimentação adequada e como tal deve ser considerado no momento de sua realização para que se possa alcançar, no instante de se eliminar a fome de um ser humano, mais que o mero suprimento de suas necessidades calóricas suficientes

42 **General comment n.º 09/1998 (the domestic application of the covenant)**. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/4ceb75c5492497d9802566d500516036?OpenDocument>>. Acesso em: 1º abr. 2014. Cf. SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 181.

43 *Idem, ibidem*, p. 181.

para que permaneça vivo. Este raciocínio é lógico, à vista disso é indispensável que se elimine a fome pensando em alcançar o direito à alimentação, pois este resguarda a dignidade humana<sup>44</sup>.

O direito à alimentação, segundo Christophe Golay, é perfeitamente justiciável, sendo este violado quando uma das obrigações correlativas dos Estados, mencionem-se, as obrigações de respeitar, proteger e de promover, não forem respeitadas. Inclusive, as violações do direito à alimentação, como a dos outros direitos humanos, podem ser, portanto, consequência de uma ação ou de uma omissão do Estado, no qual um órgão judiciário ou quase judiciário pode identificar as violações do direito em referencia e decidir as medidas a serem tomadas para corrigi-las, sem violar a esfera de competência dos poderes políticos nacionais<sup>45</sup>.

Impende-se transcrever a seguir o item 9 – obrigações mínimas essenciais, definidas nas Diretrizes de Maastricht sobre violações dos direitos econômicos, sociais e culturais:

### Obrigações mínimas essenciais

#### 9. Um Estado incorre em uma violação

44 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 184-185.

45 GOLAY, Christophe. *Op. cit.*, p. 20-21. Assinala Christophe Golay que as violações dos direitos econômicos, sociais e culturais foram definidas pelas Diretrizes de Maastricht, segundo as quais, como no caso dos direitos civis e políticos, o não respeito por um Estado de uma obrigação decorrente de um tratado relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais constitui, em direito internacional, uma violação desse tratado. Seguindo, esclarece que as Diretrizes de Maastricht definiram em seguida essas violações em relação com a tipologia das obrigações dos Estados de respeitar, proteger e fazer cumprir esses direitos, porquanto a partir dos exemplos do direito à habitação, do direito ao trabalho e do direito à saúde, as diretrizes em menção ressaltaram o seguinte: “A obrigação de **respeitar** impõe ao Estado não restringir o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, o direito à habitação é violentado quando o Estado procede a expulsões arbitrárias. A obrigação de **proteger** exige do Estado que ele previna as violações desses direitos por terceiros. Todavia, o fato de não zelar para que os empregadores privados respeitem as normas elementares do trabalho podem constituir uma violação do direito ao trabalho ou do direito a condições de trabalho justas e favoráveis. A obrigação de **executar** impõe ao Estado tomar medidas legislativas, administrativas, orçamentárias, judiciais e outras que se impõem para assegurar a realização plena desses direitos. Logo, a deficiência do Estado em fornecer cuidados de saúde primários essenciais àqueles que deles necessitam pode constituir uma violação”. Pontua, em seguida, de forma correta, que o mesmo raciocínio se aplica à definição das violações do direito à alimentação. Cf. **Diretrizes de Maastricht sobre violações dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Disponível em: <<http://www.legislacion.bvsalud.org/php/level.php?lang=pt&component=37&item=13>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

do Pacto quando não cumpre o que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais denomina “uma obrigação mínima essencial de assegurar a satisfação de, pelo menos, os níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos [....]. Por exemplo, incorre em uma violação do Pacto, um Estado Parte em que um número significativo de pessoas são privadas de alimentos essenciais, cuidados básicos de saúde, moradia e habitação mínima ou as formas mais básicas de educação”. Estas obrigações mínimas essenciais são aplicáveis independentemente da disponibilidade de recursos no país em causa ou de qualquer outro fator ou dificuldade<sup>46</sup>.

Mantendo-se ainda num plano geral, a justiciabilidade do direito à alimentação, pode ser demonstrada, assim:

Justiciabilidade da obrigação de garantir que o direito à alimentação será exercido sem discriminação<sup>47</sup>;

Justiciabilidade da obrigação de respeitar o direito à alimentação<sup>48,49</sup>;

46 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 186.

47 GOLAY, Christophe. *Op. cit.*, p. 21.

48 *Idem, ibidem*, p. 22. Concernente a justiciabilidade da obrigação de respeitar o direito à alimentação destaca-se o caso *Ogoni*, segundo o qual a CADHP concluiu que o governo da Nigéria havia violado o direito à alimentação das comunidades Ogonis ao destruir as bases de sua alimentação, fundamentando que o direito à alimentação exige que o governo nigeriano não destruía nem contamine as fontes alimentares e que o governo em epígrafe cometeu violação do direito à alimentação dos Ogonis ao destruir as fontes de alimentação através de agentes de segurança e de companhias petrolíferas estatais e, por meio do terror, criou sérios obstáculos para as comunidades em referência.

49 GOLAY, Christophe. *Op. cit.*, p. 22. Sobreleva destacar, também, o insigne caso *Kenneth George*, na África do Sul, onde comunidades de pescadores tradicionais que haviam perdido seu acesso ao mar após a promulgação de uma lei sobre os recursos marinhos, recorreram à Alta Corte da Província de *Cape of Good Hope*. Entretanto, as comunidades de pescadores acusavam o governo de violar as obrigações de respeitar o direito à alimentação e de não tomar medidas regressivas no cumprimento desse direito. Assim, a Corte, em decisão prolatada, no dia 2 de maio de 2007, ordenou que os pescadores tivessem acesso imediato ao mar e que o governo redigisse uma nova lei, com a participação das comunidades de pescadores tradicionais, para que seu direito à alimentação fosse respeitado.

Justiciabilidade da obrigação de proteger o direito à alimentação<sup>50</sup>

Justiciabilidade da obrigação de promover o direito à alimentação<sup>51</sup>

50

*Idem, ibidem*, p. 23. Para além disso, a obrigação de proteger o direito à alimentação é uma obrigação positiva, pelo que sua justiciabilidade é, *a priori*, mais difícil de demonstrar. Em vários casos, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CourEDH, *Akkoç c. Turquie*, 2000) considerou que a obrigação de proteger o direito à vida era perfeitamente justiciável. No mesmo sentido, especificamente quanto ao direito à alimentação, a justiciabilidade foi confirmada pela jurisprudência em nível nacional e regional, por exemplo, a saber: a Corte Suprema da Índia protegeu os direitos dos pescadores tradicionais de ter acesso ao mar, à terra e à água contra as atividades da indústria do camarão (Índia, Supreme Court, *S. Jagannath Vs. Union of India and Ors*, 1996); e os modos de subsistência das populações tribais contra as concessões outorgadas pelo Estado às companhias privadas (Índia, Supreme Court, *Samatha Vs. State of Andhra Pradesh and Ors*, 1997).

51 *Idem, ibidem*, p. 24-25. Destaca Christophe Golay que a Corte Europeia de Direitos Humanos em várias hipóteses protegeu o núcleo duro dos direitos civis e políticos, mesmo acarretando em tarefas positivas e dispêndios elevados para os poderes públicos, citando, destarte, o caso *Airey c. Irlanda*, 1979. Assim, dentro da justiciabilidade da obrigação de promover o direito à alimentação, nomeadamente no controle da realização do direito fundamental social de estar ao abrigo da fome, merecem realce as duas decisões a seguir sintetizadas: (i) *Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra* – neste caso a Corte Suprema Argentina forçou os governos nacional e o da Província do Chaco a adotarem providências de urgência no sentido de garantir o acesso à comida e à água potável das comunidades indígenas que residem na Província. Logo, frise-se, onze pessoas já tinham morrido das conseqüências das condições de vida deploráveis em que viviam e havia, contudo, urgência. Com efeito, a Corte justificou-se por ordenar medidas positivas aos poderes políticos, ao invocar a gravidade da situação e seu papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais que nela estão consagrados; e (ii) *Abel Antonio Jaramillo y otros contra La Red de Solidaridad Social y otros* - a Corte Constitucional da Colômbia assentou que a situação em que viviam milhares de famílias deslocadas correspondia a um estado de coisas inconstitucional. Essas famílias viviam em condições de dificuldades, sem auxílio alimentar do Estado, apesar dos pedidos repetidos às autoridades encarregadas das pessoas deslocadas. Essas autoridades replicavam que não podiam ajudá-las, pois os recursos que lhes haviam sido reservados pelo Estado não eram suficientes. A Corte Constitucional, todavia, com espreque nos direitos assegurados na Constituição, interpretados à luz do PIDESC e dos Comentários Gerais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, para concluir que as condições de extrema vulnerabilidade da população deslocada, e a omissão permanente de uma proteção efetiva das diversas autoridades responsáveis pela sua proteção, constituíam, entre outros, uma violação do direito à alimentação. E mais: aduziu a Corte, entre os direitos fundamentais que o Estado tem a obrigação de garantir em quaisquer circunstâncias está o núcleo duro do direito à alimentação, definido como o direito a um mínimo de subsistência.

Para Christophe Golay, a obrigação de garantir que o direito à alimentação será exercido sem discriminação é uma obrigação imediata e não onerosa, sendo, portanto, sua justiciabilidade dificilmente contestável<sup>52</sup>.

A obrigação de respeitar, em síntese, obsta ao Estado que viole o direito à alimentação<sup>53</sup>, *id est*, pode ser sintetizado num dever de abstenção, de não interferência, de liberdade, de bem estar e de não afetar negativamente<sup>54</sup>.

O dever de proteção, porém, cabe ao Estado evitar e impedir que terceiros ou atores não estatais violem estes direitos. Não significa apenas proteger contra as ameaças ou agressões de outros, mas na denominada sociedade de risco, dirige-se, por exemplo, em face de eventualidades naturais, catástrofes, atividades perigosas ou de efeitos não sabidos ou incertos que afetem o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos<sup>55</sup>.

Pela obrigação de promover, anote-se, o Estado deixa de ser visto como ente indiferente, passando a agir como verdadeiro Estado social, promovendo o acesso à alimentação dos necessitados e, portanto, preocupado com as desigualdades e compromissado efetivamente com a igualdade real. Evidentemente que a obrigação de promover o direito à alimentação implica, necessariamente, na disponibilidade de recursos orçamentários e progressividade da prestação, porém é a justiciabilidade mais contestada e difícil de demonstrar. No entanto, a proteção do núcleo duro dos direitos humanos é uma das missões primordiais dos órgãos julgadores em nível nacional, regional e internacional<sup>56</sup>.

Entretanto, existem 2 vias

52 *Idem, ibidem*, p. 21. Cita o autor o notável caso *Khosa & Ors v Minister of Social Development*, onde a Corte Constitucional da África do Sul concluiu que a legislação sobre a assistência social, que previa que somente os cidadãos Sul Africanos tinham direito aos benefícios sociais, violava a obrigação de não discriminação.

53 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 188.

54 *Idem, ibidem*, p. 189.

55 *Idem, ibidem*, p. 189.

56 *Idem, ibidem*, p. 189.

principais de recursos que permitem invocar o direito à alimentação em nível internacional, a saber:

1) As queixas individuais e coletivas diante dos órgãos de tratados. Nestas 3 tratados beneficiam de um processo quase judiciário: a) O PIDCP, em virtude do Protocolo Facultativo ao PIDCP; b) A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial; c) A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação em relação às mulheres. Em síntese, estes 3 processos preveem certas condições para a admissibilidade, sendo a principal delas que o autor tenha esgotado as vias de recurso internas, ou seja, que ele tenha tentado ter acesso à justiça em nível nacional. Logo, se essas condições forem respeitadas, um processo contraditório é instaurado, no fim do qual o órgão de controle pode concluir pela violação do direito à alimentação e fazer suas contratações ao Estado parte<sup>57</sup>.

2) As queixas entre Estados diante da Corte Internacional de Justiça (CIJ). A CIJ é órgão judiciário principal das Nações Unidas. Todos os Estados membros da ONU são automaticamente partes de seu estatuto, mas a CIJ não tem jurisdição obrigatória, isto é, não tem competência para julgar um Estado que não o aceitou. Assim, a CIJ tem 2 funções principais: contenciosa e consultiva. No que tange a contenciosa, a CIJ só pode ser acionada pelos Estados. Noutras palavras, os indivíduos só podem ter acesso à justiça diante da CIJ por meio de seu Estado (Art. 38 da CIJ)<sup>58</sup>.

Pontuadas essas breves digressões, deve-se salientar que após 60 anos da DUDH e 5 anos de árduas negociações, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou finalmente um Protocolo Facultativo ao PIDESC (PF-PIDESC). Assim, o PF-PIDESC é um instrumento internacional, adicional ao Pacto, que institui mecanismos de denúncia

individual aos Estados pelas violações dos direitos humanos enunciadas no PIDESC<sup>59</sup>.

Sem dúvidas, essa adoção representa um avanço da maior importância para o reconhecimento da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente o direito à alimentação no cenário internacional.

O PF-PIDESC, esclareça-se, foi aprovado, à unanimidade, pela Assembleia retro, por intermédio da Resolução nº 63/117, de 10 de dezembro de 2008<sup>60</sup>, e aberto à ratificação por parte dos Estados em 24 de setembro de 2009, mas só entrará em vigor depois de ser ratificado por 10 Estados partes do PIDESC. Dos 160 Estados membros do PIDESC, cerca de 40 assinaram o PF-PIDESC (Espanha, Portugal, Itália, Ucrânia, Chile, Equador, Guatemala, Paraguai, Uruguai, Finlândia, Cabo Verde, Congo, Senegal, Gana, Madagascar e outros), e, até o dia 4 de fevereiro de 2013, apenas 9 países ratificaram, primeiro Espanha, Equador, Mongólia, El Salvador, Argentina, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Eslováquia, Portugal e Paraguai<sup>61</sup>.

O Brasil, portanto, sequer assinou e, tampouco, ratificou o PF-PIDESC, revelando injustificável omissão e falta de compromisso com o respeito e a efetivação à garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, mormente que essa adesão à pluralidade de países que já ratificaram o Protocolo, expressa que os direitos humanos e fundamentais são um clamor internacional dos diferentes

59 *Idem, ibidem*, p.191.

60 CASANOVAS, Oriol; RODRIGO, Ángel J. *Op. cit.*, p. 446.

61 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p.191.

57 *Idem, ibidem*, p. 189-190.

58 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 190

povos<sup>62</sup>.

A Entrada em vigor do PF-PIDESC está gizada no seu Art. 18/1 e 2:

1. O presente Protocolo entrará em vigor três meses depois da data do depósito junto do Secretário-Geral das Nações Unidas do décimo instrumento de ratificação ou de adesão.
2. Para cada Estado que ratifique ou adira ao presente Protocolo após o depósito do décimo instrumento de ratificação ou de adesão, o Protocolo entrará em vigor três meses após a data do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão<sup>63</sup>.

Dito isso, esperava-se, num futuro próximo, ser também possível apresentar queixa individual, coletiva ou em nome das vítimas em caso de violação do direito à alimentação perante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC) em razão do imprescindível PF-PIDESC<sup>64</sup>.

Ocorre que no dia 5 de fevereiro de 2013, o Uruguai concluiu seu processo de ratificação do PF-PIDESC, tornando-se o décimo país a ratificar o documento, o que permitiu à luz do Art. Art. 18/1 e 2, a sua entrada em vigor, exatamente no dia 5 de maio de 2013, após o interregno de três meses da data do depósito do último instrumento de ratificação ou de

62 Não é despiendo anotar que no dia 15 de junho de 2010 o Consea se pronunciou, por meio de uma Exposição de Motivos, frise-se, E.M. nº 006-2010/CONSEA, dirigida à Presidência de República, nestes termos: “entendemos como natural que o Governo Brasileiro adote uma posição proativa no processo de assinatura e ratificação do Protocolo Facultativo, tanto na América Latina como no mundo. Contudo, e levando em consideração o papel preponderante que o governo brasileiro teve neste processo, é preocupante que o Brasil ainda não integre a lista de países que apoiam o envio da mensagem para adoção do Protocolo Facultativo do PIDESC ao pleno da Assembleia Geral da ONU”. Em sucessivo, a plenária do Consea deliberou as seguintes recomendações ao governo Brasileiro: “que o Estado brasileiro assine e ratifique o Protocolo Facultativo, sem reservas, a fim de assegurar que o mesmo entre em vigor o mais breve possível em âmbito internacional; e que o Estado brasileiro adote todas as medidas necessárias para implementar integralmente o Protocolo Facultativo ao PIDESC em âmbito interno”.

63 **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Disponível em: < [http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117_sp.pdf)>. Acesso em: 07 abr. 2014.

64 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 192.

adesão ao Protocolo multicitado, e, por decorrência lógica, a competência judiciária ou justiciabilidade perante o Comitê DESC em caso de violação ao direito à alimentação<sup>65</sup>.

Volvendo ao ordenamento jurídico brasileiro, é curial anotar que a Carta Magna de 1988, além de acolher a ideia da universalidade dos direitos humanos, incluir os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos e considerar o valor da dignidade da pessoa humana como âmago e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional, anote-se, de forma inédita, ergueu os direitos e as garantias individuais à categoria de cláusulas pétreas, noutra dizer, passaram estes a compor o núcleo material intangível da *Lex Mater* (art. 60, § 4º), abrangendo, destarte, os direitos sociais<sup>66</sup>.

Tem-se, então, em resumo, que tanto os direitos e garantias individuais, quantos os direitos sociais, são *jus* intangíveis e irredutíveis, de forma que qualquer norma do Poder Constituinte derivado que afetar, abolir ou suprimir os direitos sociais suportará o vício de inconstitucionalidade<sup>67</sup>.

Apresentadas essas considerações, antes de enfrentar a problemática seguinte, é necessário dizer que o papel do Poder Judiciário não é o de substituir os Poderes Legislativo e Executivo, transformando os atos destes em discricionariedade judicial, porém cumpre-lhe dirimir conflitos nos termos da lei, aliado ao fato de que aquele Poder não cria dinheiro, e sim, redistribui o dinheiro, de forma que medidas de caráter urgente devam ser proferidas visando salvar vidas ou resolver situações emergenciais no que concerne o direito à alimentação.

## 2 O ponto nodal da questão: (im) possibilidade de judicialização do direito fundamental social à alimentação?

Como se pontuou linhas atrás, o direito à alimentação adequada, englobando a água, foi erigido à categoria de direito social do homem nos termos da DUDH, PIDESC, dentre outros instrumentos de direito internacional, e, sobretudo, estando taxativamente previsto ou não, sempre estará protegido

65 *Idem, ibidem*, p.193.

66 *Idem, ibidem*, p.193.

67 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 565 e 577-578.

pelo princípio da dignidade da pessoa humana, além disso, não é despidendo anotar, a relevância jurídica de caráter positivo e negativo que possui.

Por judicialização, entende-se, que questões relevantes do ponto de vista político, social e moral são decididas pelo judiciário, pelo que, por exemplo, o direito à alimentação no ordenamento jurídico brasileiro, significou, de certa forma, retirá-lo da política e trazê-lo para o direito, permitindo a justiciabilidade<sup>68</sup>.

Evidentemente que a judicialização jamais deverá substituir a política, mas o judiciário só deve interferir quando o executivo e o legislativo falham, no caso, na omissão ou ausência de políticas públicas em prol do *jus* à alimentação. Cogita-se, contudo, que o problema brasileiro atual não é o excesso de justiciabilidade, e sim, a escassez de política eficiente<sup>69</sup>.

Reconhece-se que a questão envolvendo a efetividade é, sem dúvida, uma das preocupações dos direitos sociais, especificamente em razão de seus custos de implementação e as limitações orçamentárias do Estado, impedindo, contudo, sua realização em grau máximo ou, sequer, em um grau satisfatório<sup>70</sup>.

Nesse prisma, registra-se, que o custo de implementação e as limitações dos Entes federativos fazem com que os direitos prestacionais (caráter positivo) tenham uma efetividade menor que os direitos de defesa (caráter negativo), mas, ainda que presente em todas as espécies de direitos fundamentais, o fator custo nunca se constitui em um elemento impeditivo da efetivação, pela via jurisdicional, devendo, porém, ser considerada a neutralidade econômico financeira

dos direitos de defesa<sup>71</sup>.

Posto isso, convém, brevemente, discorrer sobre a atuação do Poder Judiciário com vista a efetivar a observância dos direitos fundamentais sociais, em particular o direito à alimentação.

Por primeiro, é consabido que o Judiciário não se manifesta de ofício, mas quando provocado<sup>72</sup>, porém diante da incitação não pode deixar de decidir o conflito de interesse levado a sua análise<sup>73</sup>, a fim de que possa dizer o direito aplicável ao caso concreto, pautado, evidentemente, dentro de uma exegese normativa e sistemática, sujeita, entretanto, à observância do princípio da juridicidade, notadamente que não é dado ao Poder Judiciário deixar de reconhecer a supremacia da *Lex Fundamental*.

Por segundo, lembra-se, a Carta brasileira, nos termos do seu art. 5º, inciso XXXV, assegura o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do controle judicial, também conhecido por princípio do acesso à justiça ou princípio do direito de ação, ao afirmar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Por este vetor, juízes e tribunais são chamados a decidir o caso concreto, acolhendo ou rejeitando a pretensão formulada.

A inafastabilidade do controle judicial, esclareça-se, é a expressão máxima de reivindicação de direitos, numa ordem jurídica democrática, cujo escopo é a justiça social, em que todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente<sup>74</sup>.

Nesse instante, indaga-se: mesmo provocado

68 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 194.

69 *Idem, ibidem*, p. 194.

70 NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 526-527. Pontua este autor que a impossibilidade de exigir do Estado prestações individuais fundadas em normas de direitos sociais consideradas de caráter programático foi o entendimento majoritário até pouco tempo, sintetizando as seguintes objeções à sindicabilidade: as normas de direitos sociais possuem eficácia negativa (aptidão para impedir a prática de atos contrários ou invalidar atos preexistentes incompatíveis), mas não desprovidas de eficácia positiva (aptidão para ser aplicada diretamente ao caso concreto), motivo pelo qual não seriam capazes de conferir direitos subjetivos; a interferência do Poder Judiciário nas demandas a serem priorizadas por meio de políticas públicas seria antidemocrática e incompatível com o princípio da separação dos poderes, por significar uma usurpação de competências do Legislativo e do Executivo, cujo argumento, em razão da escassez de recursos orçamentários, a escolha sobre quais direitos merecem ser priorizados deveria recair sobre esses representantes do povo eleitos democraticamente para tal fim; desorganização da Administração Pública, já que os gestores, em vez de se devotarem ao planejamento e à execução de políticas públicas, acabariam por se dedicar ao atendimento de demandas individuais decorrentes de decisões do Judiciário, onde a realização da justiça no caso concreto traria indesejáveis consequências para a realização de uma macrojustiça, melhor alcançada com o planejamento das políticas públicas; e a atuação judicial mais efetiva na concretização dos direitos sociais privilegia injustamente setores da sociedade com maior acesso à justiça, excluindo exatamente aqueles que mais precisam dessas prestações.

71 *Idem, ibidem*, p. 526.

72 BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, os costumes e aos princípios gerais de direito.

73 BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942** (Lei de Introdução ao Código Civil - LICC): Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 124. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114-161. Registra-se, por oportuno, que a conhecida LICC, com a entrada em vigor da Lei n.º 12.376, de 30 de dezembro de 2010, passou a ser denominada, como muita pertinência, de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), vez que esta se refere a todos os ramos do direito, não se limitando apenas ao Direito Civil. Cf. Art. 2º da Lei n.º 12.376/10. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2014.

74 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 197.

o Poder Judiciário, como deve se posicionar o julgador quando no conflito entre o dever constitucionalmente previsto *versus* a não existência de previsão orçamentária para efetivação dos direitos fundamentais sociais?

O Supremo Tribunal Federal, a respeito, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 273.834 – RS, pronunciou-se o Ministro Celso de Mello: “A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz, ao qual incumbe a administração da justiça, mas apenas o administrador, que deve atender equilibradamente às necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes”<sup>75</sup>.

Ora bem, assiste razão o Ministro em destaque, vez que por mais relevantes que sejam as questões orçamentárias, não é possível desprezar a Carta Magna e serem dados ao administrador público os poderes para decidir se deve ou não observá-la, para além da alegação de escassez de recursos não deve comprometer a racionalidade do sistema e gerar o descrédito da própria Constituição.

Assaz ilustrativo excerto de outra decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na ADPF n.º 45 MC/DF, na qual o mesmo Ministro Celso de Mello, quando ponderou que o processo de concretização dos direitos fundamentais sociais se traduz em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão deduzida em juízo, e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas essas pretensões, aduziu: “Não obstante a formulação de políticas públicas dependa de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder Executivo”<sup>76</sup>.

É esse, aliás, o raciocínio de Regina Ferrari, que se os Poderes do Estado agirem de modo irrazoável, ou com a intenção de comprometer a eficácia dos direitos sociais, pode existir a possibilidade de intervenção do Judiciário para viabilizar a fruição injustamente recusada, o que significa dizer que a questão da escassez de recursos fica submetida à observância dos direitos fundamentais<sup>77</sup>.

Não parece haver dúvida de que no ordenamento jurídico brasileiro compete ao Judiciário zelar pelo

respeito à Constituição e a Corte Constitucional pátria, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ação de controle de inconstitucionalidade por omissão<sup>78</sup>, declarar a inconstitucionalidade na hipótese de não observância dos preceitos constitucionais que veiculam direitos fundamentais sociais, em particular a alimentação, tanto na atuação em desconformidade com a *Lex Magna*, quanto na inércia que caracterize o plausível desrespeito da norma constitucional que determina ação. Assim, é possível o controle de constitucionalidade das políticas públicas que não efetivem o direito fundamental social à alimentação, mesmo quando se identifique uma omissão parcial ou na atuação de modo insuficiente ou incompleto do comando constitucional<sup>79</sup>.

De mais a mais, parafraseando Jorge Reis Novais, na hipótese de não havendo consagração expressa no direito internacional ou no *jus* nacional do direito à alimentação, é possível, por intermédio das vigas mestras estruturantes da dignidade da pessoa humana, solidariedade, do direito ao desenvolvimento da personalidade ou o próprio direito à vida fazer decorrer um direito justiciável, a um mínimo existencial, em razão da necessidade de delimitar em cada direito social um conteúdo normativo suficientemente determinado, isto é, o mínimo social que seria subtraído à disponibilidade do legislador, porém acessível ao magistrado e que seria imune às opções políticas<sup>80</sup>.

Isso posto, reafirme-se, sendo o direito ao acesso à alimentação correspondente à garantia das condições materiais básicas da vida, compreende-se que o direito em análise, evidentemente, apesar de vinculativo ao Estado, não implicam num direito imediato, vez que, diante da escassez de recursos, não há como prestar todos os direitos sociais no seu grau máximo, mas que deve ser desencadeado gradativamente, consoante disponibilidade financeira do erário, ou seja, pautada na reserva do possível<sup>81</sup>. No entanto, os Estados têm a obrigação mínima de garantir o conteúdo essencial do direito social à alimentação aos indivíduos, famílias e grupos vulneráveis e desfavorecidos que não podem suprir suas próprias necessidades.

Em outras palavras, o Estado está, todavia, obrigado a assegurar as condições que permitam a realização mínima do direito social à alimentação, *id est*, só o conteúdo mínimo dos direitos sociais

75 *Idem, ibidem*, p. 197.

76 *Idem, ibidem*, p. 197-198.

77 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 198.

78 *Idem, ibidem*, p. 198.

79 *Idem, ibidem*, p. 198-199.

80 NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 200.

81 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 199.

fundamentais pode considerar-se constitucionalmente determinado no que tange ser judicialmente exigível<sup>82</sup>.

Não justifica a omissão Estatal, pois na hipótese de insuficiência de recurso o Estado parte poderá buscar ajuda Internacional, por exemplo, por meio da FAO, do Comitê Mundial de Segurança Alimentar (CFS), do Programa Mundial de Alimentos (PMA), do Fundo Internacional para o Desenvolvimento da Agricultura (FIDA), dentre outros, corolários dos princípios da humanidade e solidariedade.

Hodiernamente, não é concebível em relação aos direitos do homem e fundamentais sociais mais básicos, como a alimentação e a saúde, diante do *status* de bens juridicamente protegidos, que estes não possam ser concebidos e valorados como direitos prestacionais de natureza subjetiva naquilo que neles possa ser tido por eminentemente pessoal, diretamente decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana na sua dupla dimensão individual e social, numa palavra como ser socialmente integrado<sup>83</sup>.

Adere-se, outrossim, ao pensamento de Roberto Alexy, no qual afirma com lucidez que “a existência de um direito não pode depender exclusivamente de sua justiciabilidade, pois não importa como ela seja definida, pelo contrário, se um direito existe, ele é justiciável”<sup>84</sup>.

Inexiste razoabilidade para se defender que o direito fundamental social à alimentação não é justiciável, em razão de que ele apresenta a mesma taxionomia que os outros direitos sociais, estando protegido pela mesma intensidade de força normativa. Inclusive, nem o fato de que eles necessitam de prestações materiais, ao encargo da administração pública, serve para retirar a veracidade desta afirmação. Portanto, havendo um afronta ao seu cumprimento, o Poder Judiciário tem a obrigação de garantir a tutela prestacional dessa prerrogativa, assegurando a

prestação da densidade suficiente da demanda<sup>85</sup>.

De fato, estando o direito à alimentação expresso, na qualidade de direito fundamental imprescindível à vida e à saúde dos cidadãos, além de proporcionar a inclusão social, garante o mínimo para uma existência digna, mormente em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, eles são sim sindicáveis, sob pena de não ter qualquer sentido o postulado do Estado de Direito Democrático, bem como este direito não deve ser interpretado restritivamente, mas no sentido da máxima proteção ao ser humano e, na dúvida, entre proteger a inviolabilidade do direito sob examine, que se encontra assegurado pela Constituição da República, ou fazer prevalecer, contra essa expressa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, por razões de ordem ético jurídica, impõem ao julgador, como melhor exegese no caso concreto, uma só possível opção: o respeito indeclinável à vida<sup>86</sup>.

Observa-se que cabe ao judiciário assumir a tarefa de verificar o cumprimento de padrões jurídicos na execução de políticas públicas, porquanto seu cumprimento dar-se-ia nas situações a seguir delineadas:

a) Um primeiro tipo seriam as intervenções judiciais que tendem a dar conteúdo jurídico a medidas de políticas públicas assumidas pelo Estado sem valorar a política pública, isto é, o tribunal se limitaria a alterar medidas, transformando-as em obrigações legais;

b) Um segundo tipo de situação se configuraria quando o tribunal examinasse a compatibilidade da política pública com o princípio jurídico aplicável. Logo, destaque-se, os princípios de avaliação seriam a adequação, a razoabilidade, a não discriminação, a progressividade, a não retroatividade e a transparência;

c) No terceiro tipo, o próprio judiciário ver-se-ia forçado a estabelecer a providência a ser adotada, ou seja, a passividade dos demais poderes, diante da vulnerabilidade de um direito social, levaria o tribunal a verificar a existência de uma medida de política pública adequada, na inexistência de alternativa à questão, ordenando sua execução;

d) Um quarto tipo de intervenção judicial

82 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 374.

83 QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais:** funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 155 e 207. Cita a autora que “J. J. Gomes Canotilho qualifica a dignidade da pessoa humana de princípio de defesa das condições mínimas de existência e de direito à obtenção de prestações públicas de condições de subsistências mínimas com a mesma densidade jurídica subjetiva dos direitos de defesa”.

84 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 514.

85 AGRA, Walber de Moura. Direitos sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 535-536. Esclarece, porém, que os direitos sociais são justiciáveis como as demais normas, apenas seu âmbito de incidência não pode ser determinado *a priori, prima facie*, demandando maior elaboração dogmática para indicação de sua densidade suficiente.

86 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 201.

se limitaria a declarar que a omissão do Estado é ilegítima, sem propor medidas de reparação<sup>87</sup>.

Ademais, o papel constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil, da Defensoria Pública e do Ministério Público é deveras importante na proteção do direito social à alimentação, notadamente na proteção de pessoas hipossuficientes, haja vista suas capacidades postulatórias, porquanto se trata de direito fundamental e indisponível, cuja relevância interessa à sociedade<sup>88</sup>.

Opina-se que as políticas públicas são imprescindíveis à efetivação do direito fundamental social à alimentação e, apesar das limitações do instituto da reserva do possível, em homenagem ao mínimo existencial, a proibição de retrocesso, sobretudo considerando que a dignidade da pessoa humana foi guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, passando o Estado a servir como instrumento para respeitar, garantir e promover o *jus* em relevo, defende-se que é possível, na hipótese de real necessidade, violação ou ameaça de violação, a judicialização para resguardar o conteúdo mínimo deste direito, evidentemente, sem custo e acessíveis a qualquer pessoa, por si mesma, ou por intermédio de um terceiro que interceda em seu favor, ou em prol de grupos de pessoas vulneráveis<sup>89</sup>.

### 3 Conclusões

O presente artigo procurou ser preciso e objetivo, ocupando-se, todavia, com a (im) possibilidade de judicialização do direito fundamental social à alimentação, repita-se, não se pretendeu exaurir o assunto, porém, desenvolver os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais a respeito deste importantíssimo tema, instigando a reflexão e o diálogo crítico, razão pela qual se anotarà, a seguir, as conclusões sumárias que se defende:

1. O direito à alimentação, à luz do direito internacional, é perspectivado como um *jus* mais amplo a um padrão de vida adequado;

2. O *jus* à alimentação não é um direito a ser alimentado, tampouco simplesmente um direito a uma razão mínima de calorias, proteínas e outros

elementos nutritivos concretos, e sim, o direito a alimentar-se em condições dignas, ou melhor, almeja-se que os cidadãos satisfaçam suas próprias necessidades com seu próprio esforço, utilizando seus meios disponíveis, para além de ser um *jus* inclusivo, devendo conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa necessita para viver uma vida saudável e ativa, e haver meios para ter acesso;

3. Nos termos dos instrumentos mencionados, doutrinas, jurisprudências, combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana e os CGs n.ºs 3, 12 e 15 do CDESC da ONU, é indubitável que os Estados, no âmbito Universal, Regional e Nacional têm a obrigação de respeitar, proteger e promover o direito à água potável, e, sobretudo, devem garantir o conteúdo essencial ou núcleo mínimo do direito em relevo, especificamente, quando se tratar de indivíduos ou de grupos de pessoas vulneráveis, desfavorecidas ou que não estejam em condições de prover por seus próprios meios para sobrevivência;

4. Sem dúvida, sempre que um bem inerente à pessoa humana se encontre oprimido ou ameaçado surge a necessidade de sua proteção jurídica. Dito isto, apesar de ser espantoso que somente por meio da EC n.º 64/2010, o direito à alimentação foi erigido à categoria de *jus* social, corolário, destarte, do significativo número de brasileiros em situação de extrema pobreza, renova-se, 13 milhões, acordando, portanto, o Poder Constituinte derivado a transformar o direito humano à alimentação em um direito autônomo e fundamental, cuja perspectiva é de enfrentamento das situações de emergência de combate à fome e à miséria, sem, contudo, mexer na base estrutural do sistema econômico e político;

5. Mesmo com a recente previsão expressa do direito à alimentação no rol dos direitos fundamentais sociais da Constituição e não ter ainda assinado e ratificado o Protocolo Facultativo ao PIDESC, infere-se que o Brasil se encontra, em tese, no cenário internacional, numa posição de vanguarda e destaque no que concerne à proteção do *jus* à alimentação, para além de pautar-se em consonância com a concepção contemporânea de direitos humanos, designadamente respeitando e em real sintonia com a DUDH, o PIDESC, o PSJCR, os CGs n.ºs 12 e 15 do CDESC das Nações Unidas, dentre outros instrumentos correlatos, porquanto muito precisa ser feito;

6. No ordenamento jurídico brasileiro, após o advento da EC n.º 64/10, o direito à alimentação passou a ser um *jus* autônomo, concomitantemente

87 *Idem, ibidem*, p. 202-203.

88 *Idem, ibidem*, p. 203.

89 RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Op. cit.*, p. 203-204.

irradiado pelo postulado da dignidade da pessoa humana; outrora, diante da sua omissão ou não previsão expressa, integrava o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, ou seja, implicitamente contido nesta norma, em razão da ideia nuclear de que este princípio constitui o cerne material aglutinador da normatividade de direitos humanos e fundamentais, *id est*, inegável parametrizador que se projeta num princípio normativo de igualdade, liberdade e solidariedade, além dele assumir a função de uma norma geral inclusiva;

7. Cuida-se o direito fundamental social à alimentação de um *jus* de segunda dimensão ou geração, contido em uma das normas programáticas da Constituição brasileira;

8. O direito à alimentação, no ordenamento jurídico brasileiro, não deve ter a exegese de que seja um favor, nem uma concessão, tampouco faculdade; apenas traduz uma conquista que perdurou simplesmente mais de 185 anos desde a primeira Constituição de 1824 até o advento da EC n.º 64, de 2010, para o Poder Constituinte derivado expressamente incluí-lo como direito fundamental social;

9. É inegável a possibilidade de justiciabilidade em nível universal, regional e nacional do direito à alimentação, incluindo a água potável, todavia deseja-se que o Brasil assine e ratifique, sem reservas, o Protocolo Facultativo ao PIDESC, tornando a justiciabilidade do direito humano à alimentação, inserida a água potável, mais completa e exemplar no cenário internacional;

10. Apesar de o Judiciário não se manifestar de ofício, mas quando provocado, porém, diante da incitação, não pode deixar de decidir o conflito de interesse levado à sua análise, a fim de que possa dizer o direito aplicável ao caso concreto, pautado, evidentemente, dentro de uma exegese normativa e sistemática, sujeita, entretanto, à observância do princípio da juridicidade, notadamente que não é dado ao Poder Judiciário deixar de reconhecer a supremacia da *Lex Fundamentalís*, aliado ao fato de que esta norma, nos termos do seu art. 5º, inciso XXXV, assegura o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do controle judicial, também conhecido por princípio do acesso à justiça ou princípio do direito de ação, razão pela qual juízes e tribunais são chamados a decidir o caso concreto, acolhendo ou rejeitando a pretensão formulada, no que concerne o direito à alimentação;

11. A inafastabilidade do controle judicial, registre-se, é a expressão máxima de reivindicação de direitos, numa ordem jurídica democrática, cujo escopo é a justiça social, em que todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente;

12. A existência de um direito, portanto, não pode depender exclusivamente de sua justiciabilidade, pois não importa como ela seja definida, pelo contrário, se um direito existe, ele é justiciável;

13. O papel constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil, da Defensoria Pública e do Ministério Público é deveras importante na proteção do direito social à alimentação, notadamente na proteção de pessoas hipossuficientes, haja vista suas capacidades postulatórias, porquanto se trata de direito fundamental e indisponível, cuja relevância interessa à sociedade, buscando a garantia do mínimo existencial e a salvaguarda da vedação de retrocesso, a fim de que os cidadãos vivam com um pouco de dignidade;

14. Almeja-se o ativismo judiciário na efetivação do direito fundamental social à alimentação, designadamente com uma justiciabilidade razoável, proporcional e, sobretudo, equânime, bem assim aguarda-se que o judiciário na intervenção das políticas públicas não seja parcimonioso com a inércia estatal injustificável ou a abusividade governamental, tampouco tolere que o caráter pragmático deste direito social seja transformado em promessa constitucional inconsequente;

Dê-se um basta aos que jejuam por falta de comida e água potável!

## REFERÊNCIAS

### a) Livros

AGRA, Walber de Moura. Direitos sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 510-554.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALSTON, Philip. **Internacional law and the human right to food**. In: ALSTON, Philip; TOMASEVSKI, K (eds). The right to food. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

\_\_\_\_\_. **The right to development at the international level**. In: Coloque, La Haye, 1979. Le droit au développement au plan international/The right to development at the international level, Alphen aan den Rijn: Sijthoof & Noordhoff, 1980, p. 99-114.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONTEMPO, Alessandra Gotti; BARBIERI, Carla Bertucci; RICARDO, Carolina de Mattos; QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais (1966)**. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Código de direito internacional dos direitos humanos anotado. São Paulo: DPJ, 2008, p. 133-192.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. CASANOVAS, Oriol; RODRIGO, Ángel J. **Compendio de derecho internacional público**. Madrid: Tecnos, 2012.

CONTI, Irio Luiz. Introdução. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coords.). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-13.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.

EIDE, Asbjorn. **A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais: o direito à alimentação adequada e a estar livre da fome**. In: VALENTE, Flavio Luiz Schieck (Org.). Direito humano à alimentação: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002.

GOUVEIA, Jorge Barcelar. **Direito internacional humanitário: Introdução – textos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2006.

HEYNS, Christof. **Human rights law in Africa**. London: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. v. Two (domestic human rights law in Africa).

HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. O sistema regional africano de direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ, 2008, p. 1459-1509.

HOFFMANN, Florian. Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (1950): Convenção europeia de direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ, 2008, p. 1419-1446.

KAMIMURA, Akemi; OLIVEIRA, Helena Pires de. Pacto internacional dos direitos civis e políticos (1966). In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ, 2008, p. 21-47.

KWEITEL, Juana. Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (1988): Protocolo de San Salvador. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ, 2008, p. 1321-1331.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito internacional dos direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2011.

MURRAY, Rachel; EVANS, Malcolm. **Documents of the african commission on human and peoples' right**. Oregon: Hart Publishing, 2009. v. II: 1999-2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-20, 159-190 e 353-412.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. **Direito fundamental social à alimentação**: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179-215.

VALENTE, Flavio Luiz Schieck. Do combate à fome à segurança alimentar e nutricional: o direito à alimentação adequada. In: VALENTE, Flavio Luiz Schieck (Org.). **Direito humano à alimentação**: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002, p. 37-70.

\_\_\_\_\_. Comentário geral n.º 12: o direito humano à alimentação. In: VALENTE, Flavio Luiz Schieck (Org.). **Direito humano à alimentação**: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002, p. 261-272.

VALENTE, Flavio Luiz Schieck; FRANCESCHINI, Thaís; BURITY, Valéria. Instrumentos e mecanismos não judiciais de exigibilidade do direito humano à alimentação adequada no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coords.). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-173.

b) Sítios Eletrônicos

**III. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra**. Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/spanish/law/convenio\\_ginebra.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/law/convenio_ginebra.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

**IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra**. Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/spanish/law/personas\\_civiles.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/law/personas_civiles.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

El derecho a la alimentación adecuada - **Folleto informativo n.º 34**. Disponível em: <<http://www.fao.org/righttofood/publi10/FactSheet34sp.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

**General comment n.º 03/1990**. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

**General comment n.º 09/1998 (the domestic application of the covenant)**. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/4ceb75c5492497d9802566d500516036?Opendocument>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

**General comment n.º 12/1999 (the right to adequate**

food). Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/3d02758c707031d58025677f003b73b9>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

**General comment n.º 15/2002 (the right to water).** Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf)>. Acesso em: 1º abr. 2014.

**General comment n.º 14/2000 (the right to the highest attainable standard of health).** Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

GOLAY, Christophe. **The right to food and access to justice: examples at the national, regional and international levels.** Disponível em: <[http://www.fao.org/righttofood/publi09/justiciability\\_en.pdf](http://www.fao.org/righttofood/publi09/justiciability_en.pdf)>. Acesso em: 04 abr. 2014.

**Marco institucional de lucha contra el hambre en America Latina y el Caribe.** Disponível em: <<http://www.rlc.fao.org/iniciativa/pdf/marcoinst.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

**Protección constitucional del derecho a la alimentación.** Disponível em: <[http://www.fao.org/righttofood/kc/maps/Map1\\_es.htm](http://www.fao.org/righttofood/kc/maps/Map1_es.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

**Protocolo adicional a la convencion americana sobre derechos humanos en materia de derechos economicos, sociales y culturales “protocolo de san salvador”.** Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>>. Acesso em: 05 abr. 2014.

**Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (protocolo I), 8 de junio de 1977.** Disponível em: <<http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-I>>. Acesso em: 05 abr. 2014.

**Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (protocolo II).** Disponível em: <<http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-II>>. Acesso em: 05 abr. 2014.

**Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117_sp.pdf)>. Acesso em: 07 abr. 2014.

**Quase 870 milhões de pessoas no mundo estão subnutridas – novo relatório sobre a fome.** Disponível em: <<https://www.fao.org.br/q870mpmesnrsf.asp>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

**The state of food and agriculture 2013.** Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/018/i3300e/i3300e.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

# JUDICIALIZANDO A POLÍTICA: LIMINAR QUE MERECE LOUVOR POR TRAZER FUNDAMENTOS COM BASE EM EXEGESE PÓS-POSITIVISTA, NO CASO DA MENOR ANNY.

**Andrey Stephano Silva de Arruda**

Graduado em Direito e Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade ASCES, Advogado inscrito na OAB/PE.

## 1. Resumo

O trabalho em tela traz a baila um caso que chamou atenção na sociedade brasileira, após ter sido levado ao conhecimento público por meio do programa Fantástico da emissora de TV Rede Globo, que uma criança de apenas cinco anos de idade, portadora de uma doença denominada de Encefalopatia Epiléptica Infantil, cujo traz ao seu portador inúmeras crises convulsivas, deficiência mentais, psicomotoras e conseqüentemente atrofia muscular, que por meio de seus pais após inúmeros tratamentos sem sucesso, após o conhecimento de uma medicação nos Estados Unidos que tem como principal componente a CBD – Canabidiol, que é um dos quatrocentos derivados da Maconha passou a usar tal terapia, e por ser proibido no Brasil, os pais da menor conhecida por Anny começaram a importar esta medicação de forma clandestina, mas foi em uma destas importações que tiveram a proibição pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, algo que trouxe a família os mesmos transtornos de antes, tendo em vista que após o uso deste medicamento a criança teve uma melhora bastante avançada no seu quadro clínico, então só restou a família de Anny ingressar no Judiciário para tentar legalizar tal condição e lhe foram concedida uma Liminar para que tal tratamento prosseguisse, proibindo a ANVISA de vedar tal importação neste caso específico, no qual explanaremos infra tal decisão liminar e seus fundamentos, bem como se a mesma afronta ou não o Ordenamento Jurídico Pátrio.

Palavras chave: Judicialização da Política, Direito à vida e à saúde

## The Abstract

The screen work brings to the fore a case that drew attention in Brazilian society, having been brought to public attention by the Fantastic program

of TV station Rede Globo, a child of only five years old , a carrier of a disease called Infantile epileptic Encephalopathy, which brings the bearer numerous seizures , motor impairment and atrophy , which by their parents after numerous unsuccessful treatments , after knowing a medication in the United States whose main component CBD - Cannabidiol , which is one of four derivatives of Marijuana started to use such therapy , and for being banned in Brazil , the parents of the minor Anny started importing this medication covertly, but it was in one of these imports had the ban by ANVISA - Agência national Health Surveillance, which brought the family the same disorders as before, considering that after using this medication the child had a very advanced improvement in their clinical condition , then only left the family Anny joining the judiciary to try to legalize such condition and you an injunction were granted for such treatment continue , ANVISA prohibiting such importation of seal in this particular case, in which explanaremos infrastructure such injunction and its grounds, as well as the same offense or not the legal system Parenting .

Keywords: Legalization of Politics, Right to life and health

## 2. Introdução

O estudo traz a tona, questões de bastante relevância na seara jurídica brasileira, bem como na seara social e política, tendo em vista o grande crescimento na discussão existente entre a Judicialização daquilo que se é político, no qual se conflita para muitos com a Reserva do possível e o princípio da Separação dos Poderes concretizado no constitucionalismo pelo Estado Liberal contra o absolutismo, como também a excusável confusão com o instituto do ativismo judicial.

Traz a baila um grandioso caso concreto que choca os interesses da família Fischer, principalmente da filha menor de cinco anos conhecida por Anny, haja vista, a mesma ser portadora de doença rara que compromete em demasia sua vida com problemas, mentais, psicomotores, incluindo surtos convulsivos estaremcedores, no qual uma medicação chamada CBD – Canabidiol, importada ilegalmente por ser proibida aqui no Brasil por ordem da ANVISA, vem trazendo enormes benefícios a esta criança, que de no máximo 80 surtos semanais passou após o uso da terapia com o Canabidiol a surto zero conforme documentário da família e relato do médico José Alexandre Crippa que é um dos poucos pesquisadores desta substância aqui no Brasil<sup>1</sup>, mas o órgão administrativo supracitado, em uma das importações do medicamento pela família Fischer, apreendeu o Canabidiol com o fundamento que o mesmo é ilegal no país por ser ele derivado da *cannabis sativa* (maconha), vindo a menor recair no quadro estaremcedor de surtos novamente, motivo que chamou a atenção da imprensa e demais meios de comunicação do país, aonde impetraram os pais com ação na 3ª Vara Federal do Distrito Federal, para tornar a importação antes ilegal deste medicamento em importação legal, para que a menina pudesse ter controlado a sua enfermidade, bem como ter direito a uma digna saúde e conseqüentemente a uma vida melhor e normal, mas que por ser um processo em segredo de justiça devido ser a mesma uma menor conforme determina nosso Ordenamento pátrio, não podemos citar o número deste, para um melhor acompanhamento dos que se interessarem ao caso, vindo assim a família logo em decisão Liminar a ter certo êxito na importação do CBD, no qual será abaixo explanado trechos do conteúdo e fundamentação da decisão e se a mesma choca-se com a Reserva do possível, com o princípio da Separação dos Poderes, ou se teve o magistrado do caso um atuar ativista.

O presente trabalho partiu-se da realização de pesquisas bibliográficas, documentários, artigos científicos e noticiários jornalísticos conforme foi acima elencado, cujo daí chegou ao seu resultado conclusivo.

### 3. Judicialização da Política no Ordenamento Jurídico Pátrio

É cediço no cotidiano doutrinário, que muitos juristas ainda confundem Judicialização da Política com Ativismo Judicial, mas não é o mesmo

instituto, pois o Ativismo Judicial é um atuar proativo do Poder Judiciário que invade a esfera dos Poderes Executivo e Legislativo, tratando de temas de natureza política, ferindo assim a Separação dos Poderes caso os poderes políticos não tenham ferido o texto constitucional, que segundo Elival da Silva Ramos

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.<sup>2</sup>

Já na Judicialização da Política, o Poder Judiciário aprecia questões políticas que lhe são levados a cabo, por estarem os poderes políticos maculando a Constituição e causando danos aos cidadãos que provocaram tal apreciação do Judiciário destas questões, para que seja ela por este órgão solucionado, aonde não terá o Judiciário outra saída a não ser apreciar o pedido que lhe foi endereçado, devido ser ele o guardião da Constituição, sem que isto provoque um choque com o princípio da Separação dos Poderes.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, assim definiu tal confusão entre judicializar o que é político e Ativismo Judicial, “são primos, freqüentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens”<sup>3</sup>, ou seja, só ratifica o explanado acima.

2 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117

3 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Artigo publicado em pdf na <http://www.oab.org.br/editora>. Acessado em 20.04.2014

A Judicialização da Política é um instituto que teve sua origem nos Estados Unidos em 1995, com a política do *The global expansion of judicial Power*, elaborada por Neal Tate e Torbjörn Vallinder, e segundo Flávia Lima citando os dois doutrinadores informa que

Os autores, conjuntamente com outros pesquisadores, traçam as características de um fenômeno ocidental de recrudescimento da interação entre Poder Judiciário e Política. (...) Para os autores, esta expansão da arena judicial pode ser creditada a maior visibilidade dos Estados Unidos, a pátria da revisão judicial, como modelo democrático, após a falência dos regimes políticos comunistas. Ainda que cientes da diversidade de causas a proporcionar o fenômeno, a depender de cada contexto político e social, ponderam outros fatores, de ordem geral, que também contribuíram para a popularidade da esfera judicial, como a crise pós-guerras na Europa e as transformações no âmbito da teoria jurídica. A judicialização da política decorre de dois aspectos. O primeiro relaciona-se aos controles que os tribunais exercem da atividade legislativa e executiva quando provocados, desde que tenham respaldo constitucional. Já o segundo refere-se a influencia que o procedimento judicial – caracterizado pela existência de duas partes opostas, pela decisão de um terceiro imparcial e pelas garantias da ampla defesa e do contraditório – passou a ter hoje na formulação dos procedimentos da Administração e dos Parlamentos de forma geral.<sup>4</sup>

Para Andrea Lazzarini a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais é o mesmo que Judicialização da Política, aonde informa à jurista que

A justiciabilidade ou

acionabilidade nada mais é do que a possibilidade de buscar a concretização e o respeito de um direito por meio do Poder Judiciário, ou seja, é a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos para conferir-lhe efetividade.<sup>5</sup>

Destarte, trazendo tal tema ao caso da Anny que gerou bastante repercussão nacional, tiveram os pais da menina, ter que ingressarem na 3ª Vara Federal do Distrito Federal, com respaldo constitucional no direito à vida que é o maior direito fundamental protegido pelo Ordenamento Jurídico, bem como no direito à saúde que é um mínimo existencial previsto no art. 6º da Constituição Federal, mas que por uma política pública do Poder Executivo tal direito está sendo violado, devido este poder político através de uma entidade administrativa sua, proibir um tratamento no qual o medicamento vem surtindo efeito na menina e contra a doença que ela é portadora, mas que por a sua substancia ser um derivado da maconha é vedado em nosso país por determinação desta entidade que é a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, aonde segundo um médico e pesquisador, o Dr. José Alexandre Crippa, que foi um dos poucos que conseguiram a autorização para trazer e estudar o Canabidiol aqui no Brasil

É ele a favor do uso medicinal do Canabidiol, mas contra o uso da maconha da forma fumada, mas defende o uso de derivados que estão beneficiando pacientes como Anny. Para ele, essa menina passou de 80 crises até zero crise, 80 crises por semana até zero crise por semana, o que é absurdo em termos clínicos, ainda mais se considerando que é um tipo de epilepsia muito grave.<sup>6</sup>

Destarte, o que se verifica ao caso em tela, é uma confusão, um conflito de normas que deve ser apreciado, no condão de qual direito deve ser

4 LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate*; in: *Estudantes Caderno Acadêmico*. Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007, p. 224

5 SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 13

6 <http://www.clicapiaui.com> acesso em 23.04.2014

resguardado e que em grau de decisão Liminar, mediante uma minuciosa análise em grau de controle de constitucionalidade difuso, o magistrado Bruno César Bandeira Apolinário decidiu optando por vedar a ANVISA na proibição de importação do Canabidiol, mas que tal decisão só tem efeitos inter partes<sup>7</sup>, ou seja, apenas para o caso de Anny, fundamentando o magistrado tal decisão no princípio da dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, inciso III, CF/88 e no direito à vida (art. 5º, caput da CF/88) e no direito à saúde<sup>8</sup> (art. 6º da CF/88), pois são estes, direitos fundamentais possuidores de eficácia plena, não podendo sofrer violação por parte do Estado, haja vista, gozarem de efeitos imediatos.

Tal decisão se encaixa numa exegese pós-positivista, devido a mesma abrir espaço para que o juiz fundamente uma decisão não pela norma pura ou sua interpretação literal, mas por buscar embasamentos em fundamentos sociais, científicos (no caso em tela fundamentos médicos), filosóficos<sup>9</sup>, entre outros, cujo, para tomar tal decisão o magistrado supracitado possivelmente enxergou ele ao caso, tais questões metajurídicas para assim chegar a conclusão que teve, na fundamentação da Liminar de sua lavra que impediu que uma norma infranconstitucional elaborada mediante política pública pudesse prevalecer sobre o direito à vida, saúde e dignidade da pessoa humana.

#### 4. O Direito à vida e saúde como direitos fundamentais no texto constitucional e sua eficácia

O termo vida é algo bastante complexo de se conceituar, mas a vida compreende elementos materiais como o corpo físico da pessoa, seu estado psicológico, sua intimidade, bem como, elementos imateriais que se define na espiritualidade e na alma do indivíduo, é a essência, existência do próprio ser vivo.

A vida se inicia desde a concepção, ou seja, na esfera intra-uterina, se estendendo ao nascimento, puberdade, fase reprodutiva, envelhecimento até ser extinta com o evento morte, embora em muitas ocasiões este ciclo não se complete, vindo a vida ser encerrada prematuramente.

Para José Afonso da Silva, a vida é assim definida

É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.<sup>10</sup>

Destarte, é a vida, o bem jurídico mais importante para o indivíduo, cujo é a partir dela que se desencadeiam outros bens jurídicos essenciais ao ser humano como o direito de existência, a dignidade da pessoa humana, direito de liberdade, isonomia, saúde, bem como, de não ser a mesma violada por tortura, pena de morte, eutanásia, aborto<sup>11</sup>, bem como por qualquer outro meio que possa lhe ceifar, haja vista, ser a vida o direito mais fundamental dos direitos fundamentais com previsão no art. 5º, caput da Constituição Federal de 1988, pois é ela um direito absoluto, enquanto os demais são apenas relativos, e possui eficácia plena, ou seja possui efeitos de imediato e não necessita de normas infranconstitucionais para restringi-la ou regulamentá-la<sup>12</sup>.

Já o direito fundamental à saúde, é um direito elencado no rol dos direitos fundamentais sociais, sendo ele considerado um mínimo existencial, tendo em vista ser uma ramificação do direito à vida, e se não for garantido ao cidadão tal direito, como ele poderá ter vida, haja vista, não existir vida digna sem um acesso a saúde de qualidade, pois é ela corolário daquela.

Para a professora Andrea Lazzarini Salazar “a saúde se liga umbilicalmente ao direito à vida, vida digna, integrando o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana”.<sup>13</sup> com isso, podemos elencar que a saúde como um mínimo existencial compreende não só o acesso do cidadão ao hospital

7 [agenciabrasil.ebc.com.br](http://agenciabrasil.ebc.com.br) acesso em 12.04.2014

8 <http://g1.globo.com/> acesso em 22.04.2014

9 Visão está, acreditamos também ter sido aquela proferida por Miguel Reale em sua obra *Direito Natural/Positivo*. REALE, Miguel. *Direito Natural/Positivo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

10 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 200.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 201-206

12 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 184.

13 SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 14

público ou privado mais próximo do lugar em que se encontra, mas também o direito de ser atendido por um profissional de qualidade, ter sua enfermidade diagnosticada, tratar desta enfermidade mediante internação ou terapia com medicamentos, ter acesso a estes medicamentos de que necessita o seu tratamento, algo que se trazemos ao caso em tela estava sendo coibido pelo Poder Executivo através de uma entidade sua, tendo em vista ter sido proibido à importação do medicamento Canabidiol dos Estados Unidos, por ele ser ilegal aqui no Brasil, mas que tal atitude do governo colocou em risco a saúde da menor Anny (passou a ter ela novamente os surtos convulsivos) e principalmente sua vida, sua existência e dignidade para se tratar da enfermidade que lhe acomete.

Então, por ser a saúde um direito fundamental social ao mínimo existencial e ter ele eficácia plena<sup>14</sup> conforme já demonstrou também o Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup>, ganhou força juntamente com o direito à vida e dignidade humana, para que fosse escolhido na decisão Liminar do juiz da 3ª Vara Federal do Distrito Federal em face a ilegalidade de que possui o medicamento que está dando um maior resultado no tratamento da menor Anny, no qual será o caso, abaixo comentado de modo mais específico e fidedigno.

### 5. O Caso de Anny e o CBD – Canabidiol, Liminar que merece louvores no universo jurídico do Brasil.

Como já foi explanado em breve resumo supra, o Caso Anny teve o seguinte enredo, a qual iremos descrever abaixo.

Anny é uma criança que nasceu com uma doença rara conhecida como *Encefalopatia Epiléptica Infantil*, que foi descoberta aos 45 dias de vida e só diagnosticada pelos médicos aos quatro anos de idade<sup>16</sup>, vindo a família buscar tratamento para tal enfermidade que trouxe bastante transtorno e preocupação para os pais, tendo em vista a criança ter vários surtos de convulsões diários, ou seja, entre trinta a oitenta surtos convulsivos por semana<sup>17</sup>, então não vendo os pais êxito nas terapias realizadas com medicamentos que os médicos aqui do Brasil prescreviam, conheceram pessoas nos Estados

Unidos com problemas semelhantes ao de Anny e que usavam como terapia o CBD – Canabidiol que é um dos quatrocentos derivados da maconha<sup>18</sup>, mas que não traz nenhum efeito psicotrópico ou colateral, bem como de dependência, mas tal medicamento não é permitido pela ANVISA – Agência de Vigilância Sanitária através de portaria de órgão administrativo, que com isso, passaram eles a importarem ilegalmente tal medicamento e iniciaram a terapia com a criança, vindo ela, em um curto lapso temporal a obter êxito e o seu quadro clínico passou a ter grandes melhoras, seja psíquica, motora e principalmente passou Anny a não mais ter as crises convulsivas desesperadoras, mas tal importação clandestina foi detectada pelo órgão supra e foram apreendidas algumas remessas do Canabidiol, motivo que passou Anny a novamente ter crises convulsivas.

Com isso, os pais da menor procuraram a imprensa e foi transmitido pelo programa televisivo *Fantástico* da Rede Globo todo o caso, isto no dia 31.03.2014 ganhando repercussão nacional, vindo os pais na mesma semana, a ingressarem com uma Ação perante a 3ª Vara Federal do Distrito Federal, e que foi concedida medida Limiar em favor da menor pelo magistrado Bruno César Bandeira Apolinário, aonde este juiz vedou que a ANVISA proibisse a importação do Canabidiol para o caso de Anny, permitindo que a menor faça uso deste medicamento, fundamentando sua decisão com base no direito à vida e à saúde conforme citado item acima.

Esta Liminar concedida para o caso em tela abordado merece demasiados louvores, por ter o magistrado ido de encontro a uma norma administrativa que veda tal medicação perante nosso Ordenamento Jurídico, mas que para ele os direitos fundamentais à vida e a outro direito que dela advém, ou seja, o direito à saúde, ambos respaldados constitucionalmente têm maior eficácia que aquela regra de proibição, e utilizando o princípio da proporcionalidade adotado com base na Teoria de Robert Alexy<sup>19</sup>, os princípios devem prevalecer sobre as regras, cujo com isso, a vida, saúde e dignidade humana falaram mais alto nesta decisão Liminar e a sociedade brasileira obteve um grande avanço quanto estas questões que envolvem matéria política, tendo em vista que em muitos outros casos semelhantes que não se tornam público, pessoas morrem sem ao menos ter dignidade para isso, e esta decisão proferida pelo douto juiz supracitado além de dá

14 NUNES JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 193

15 AGRG. no RE nº 271.286-8; RE 303175; AG nº 597141

16 <http://noticias.r7.com> acesso em 04.04.2014

17 [agenciabrasil.ebc.com.br](http://agenciabrasil.ebc.com.br) acesso em 12.04.2014

18 [WWW.obid.senad.gov.br](http://WWW.obid.senad.gov.br) acesso em 04.04.2014

19 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-94

concretude a direitos fundamentais, não violou a *Reserva do Possível* por não adentrar no orçamento público, não foi ativista, tendo em vista não ter ele usurpado a função dos outros poderes e por ultimo não feriu o princípio da Separação dos Poderes trazido há séculos por Montesquieu<sup>20</sup>, haja vista ser o Judiciário o guardião da Constituição Federal de 1988 e o ocorrido com Anny estava violando dispositivos desta Carta Magna brasileira, motivo que merece ser tal decisão bastante comemorada pelo nosso Ordenamento Jurídico, pelo grande avanço que se deu no universo jurídico tupiniquim.

## 6. Considerações Finais

Em suma, é por demasia louvável a decisão de lavra do Juiz da 3ª Vara Federal do Distrito Federal, trazendo a atualidade uma nova forma de pensar e interpretar o direito, no qual fez prevalecer o direito a dignidade da pessoa humana, direito à vida e saúde, em lugar de uma norma infraconstitucional de natureza administrativa (política pública) que atribuiu ilegalidade ao Canabidiol, por ser ele derivado da *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha, sem que ferisse o magistrado o princípio da Separação dos Poderes, a Reserva do possível e muito menos foi ele ativista, pois resguardou a Constituição Federal do Brasil, para que uma vida não fosse ceifada e sim prolongada, tratada com amor, carinho e esperança não de cura, mas de ter o indivíduo uma vida mais digna, normal e com menos problemas, este foi o drama vivido pela família Fischer, mas que pode ter e está tendo uma nova e melhor rotina, com a Liminar supracitada, proferida pelo magistrado Bruno César Bandeira Apolinário que vedou a ANVISA em proibir a apreensão do Canabidiol usado por sua filha Anny, ou seja, foi declarada a legalidade deste medicamento apenas para este caso em prol da vida e saúde desta menina, decisão que merece muito respeito e aplausos.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo e**

**Legitimidade Democrática**. Artigo publicado em pdf na <http://www.oab.org.br/editora>. Acessado em 20.04.2014

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate; in: Estudantes Caderno Acadêmico**. Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.

MONTESQUIEU, **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Direito Natural/Positivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1984

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

## Referências eletrônicas

[agenciabrasil.ebc.com.br](http://agenciabrasil.ebc.com.br) acesso em 12.04.2014

<http://www.clicapiaui.com> acesso em 23.04.2014

<http://g1.globo.com/> acesso em 22.04.2014

<http://noticias.r7.com> acesso em 04.04.2014

[WWW.obid.senad.gov.br](http://WWW.obid.senad.gov.br) acesso em 04.04.2014

20 MONTESQUIEU, **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2011

# INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM: DIREITOS SUCESSÓRIOS VERSUS PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

**Monaliza Rafaelle Queiroz da Silva**

Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada de Pernambuco; Advogada.

## Sumário

1. Introdução; 2. Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*: direitos sucessórios *versus* princípio da segurança jurídica; 2.1. Direito das Sucessões: Sucessão legítima e Sucessão testamentária; 2.2. Princípio da Segurança Jurídica e Princípio da Igualdade; 2.3. Reprodução Assistida: Espécies; 2.4. Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*; 3. Considerações Finais; 4. Referências.

## Resumo

O presente artigo aborda a inseminação artificial homóloga *post mortem* por meio de um estudo baseado em doutrinadores, como Sílvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz, Roberto Senise Lisboa, Carlos Roberto Gonçalves e Maria Berenice Dias, bem como através da análise de trabalhos científicos sobre o tema, apresentando as diferenças entre os posicionamentos dos citados teóricos. Além disso, expõe conceitos sobre direito sucessório, as espécies de sucessão e a inseminação artificial, trazendo à tona a necessidade de uma efetiva tutela do Poder Público sobre o assunto. O trabalho foi construído através da junção de leitura bibliográfica, teórica e empírica, e entendimentos jurisprudenciais, na tentativa de se responder o questionamento chave desta pesquisa, qual seja: os Direitos Sucessórios dos filhos havidos por inseminação artificial homóloga *post mortem* ferem o Princípio da Segurança Jurídica.

**Palavras-chave:** Inseminação artificial homóloga *post mortem*; Direito Sucessório; Princípio da Segurança Jurídica.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discutir os direitos sucessórios dos filhos havidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, ou seja, quando o filho é concebido após a morte de seu genitor, o que traz à tona diversas discussões acerca da repercussão de tais filiações no âmbito patrimonial.

Ao longo do texto são analisadas questões atinentes ao tema em discussão. Primeiramente, aborda-se o conceito de Direito Sucessório e suas espécies. Dando continuidade, explana-se sobre dois dos princípios que regem as relações jurídicas, os quais são de fundamental importância para o desenvolvimento e elucidação da questão central do artigo – quais sejam, o Princípio da Segurança Jurídica e o Princípio da Igualdade.

Em seguida, apresenta-se, de forma simples, o conceito e as técnicas de reprodução assistida, para maior embasamento crítico do estudo. Por fim, a pesquisa se encerra com uma explanação acerca da reprodução artificial *post mortem* e dos direitos sucessórios daqueles que nascem desta forma, resultado do trabalho empreendido.

## 2. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM: DIREITOS SUCESSÓRIOS VERSUS PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

É sabido que o Direito é uma ciência humana, que regula as relações das pessoas na sociedade, influenciando a vida daqueles que estão sob sua égide. Hodiernamente, e após o advento da Constituição da República de 1988, cada vez mais a ciência jurídica busca se adequar às necessidades e aos avanços sociais, tratando de forma mais ativa os direitos fundamentais inerentes aos seres humanos.

O Direito Sucessório traz, intrinsecamente,

a ideia de morte e de transmissão de bens a quem de direitos os possua, lidando diretamente com o patrimônio dos cidadãos.

Quando o assunto é parentesco e patrimônio, grandes questionamentos nascem no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos sucessórios, já que diversas são as possibilidades de alguém herdar bens de outrem, sendo uma das mais comuns a filiação; existindo, também, diversas formas de estabelecê-la, a exemplo da adoção e dos métodos mecânicos de reprodução, como a inseminação artificial.

No que tange à inseminação artificial homóloga *post mortem*, o aspecto de filiação é livre de discussões, já que há igualdade entre os pais biológicos e do registro civil. Contudo, em relação ao aspecto sucessório, dúvidas pairam acerca da capacidade ou não de herdar do filho que é inseminado e concebido após a morte do genitor, tendo em vista a lacuna legal quanto ao assunto.

Nesse contexto, emerge o debate acerca do direito sucessório do filho que é concebido através de inseminação artificial, após a morte de seu progenitor, tendo em vista que a filiação já lhe é garantida.

O foco desta discussão fundamenta-se no fato de não poderem as relações de direito padecer de eterna insegurança, necessitando o ordenamento pátrio de segurança jurídica nas relações que lhe são caracterizadoras. Entretanto, não pode ficar sem ser disciplinado o direito das pessoas que estão sob sua proteção, sob o risco de incorrer em desigualdade.

Contrapõem-se, claramente ao caso, princípios constitucionais ao se tratar do assunto, já que o Princípio da Segurança Jurídica obsta o reconhecimento dos Direitos Sucessórios dos filhos havidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*; enquanto, por força do Princípio da Igualdade, não poderá existir tratamento desigual entre os filhos, sejam eles havidos no momento do casamento, ou após a morte de seu genitor, por meio dos meios artificiais de concepção.

## 2.1 Direito das Sucessões: Sucessão legítima e Sucessão testamentária

O Direito das Sucessões, disciplinado pelo Código Civil de 2002 (CC/02) a partir de seu artigo 1.784 e seguintes, não possui uma conceituação definida, muitos são os doutrinadores que lhe conferem significado, a quem o considere como “um

conjunto de princípios que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu aos seus sucessores, em virtude de lei ou testamento” (LEITÃO, 2011, p. 13).

Nas palavras de Rodrigues (apud LEITÃO, 2011, p. 13), tem-se:

O direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu aos seus sucessores. Usa-se a palavra patrimônio, em vez de referir-se à transmissão de bens ou valores, porque a sucessão hereditária envolve a passagem, para o sucessor, tanto do ativo como do passivo do defunto.

Já no entendimento de Rizzardo (2007, p. 10), vê-se que:

O Direito das Sucessões compreende a parte do Direito Civil que trata da transmissão do patrimônio de uma pessoa falecida aos seus herdeiros. Envolve o conjunto de regras jurídicas que regula a transmissão do patrimônio por falecimento.

(...)

O Direito das Sucessões regula, pois, a transferência do patrimônio – herança ou legado –, por morte de alguém.

Ora, de tais classificações aufere-se que este ramo do Direito Civil aborda, basicamente, as regras atinentes à transferência de patrimônio em razão do evento “morte”.

Na transmissão da herança, por força do artigo 1.784 do Código Civil Brasileiro<sup>1</sup>, utiliza-se o chamado princípio de *saisine*, ou seja, a imediata e automática transmissão dos bens do *de cujus* para o seu sucessor. Atente-se para o fato que diferem o momento da abertura da sucessão e o momento de

<sup>1</sup> Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

abertura do inventário, pois este efetiva a transmissão da herança, passando os herdeiros a serem os reais donos do patrimônio herdado.

Existem diferentes tipos de sucessão, a depender da forma como o herdeiro sucede o transmitente da herança, conforme ditames do artigo 1.786 “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

A sucessão legítima, prevista no artigo 1.788 do Diploma Civil Pátrio<sup>2</sup>, chamada também *ab intestato*, é a que deriva da lei. Caso o falecido não faça testamento, o modelo de sucessão adotado será a legítima, sendo repassado o patrimônio do *de cuius* àquelas pessoas elencadas pela lei, obedecendo-se a ordem de vocação hereditária.

A respeito desta espécie de sucessão, Monteiro (apud LEITÃO, 2011) assim se pronuncia:

Se não há testamento, se o falecido não deixar qualquer ato de última vontade, a sucessão é legítima ou *ab intestato*, deferido todo o patrimônio do *de cuius* às pessoas expressamente indicadas pela lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária (CCB, art. 1829). Assim estabelece o art. 1788: ‘morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo’.

Outrossim, há também sucessão legítima quando o autor da herança dispõe tão somente de parte dos seus bens por testamento, tendo que a outra parte ser considerada como a legítima dos herdeiros necessários e transferida à estes por meio da sucessão legítima, conforme estabelecem os artigos 1.789 e 1.829 do CC/02:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança

2 Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Art. 1.829 - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III- ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais.

Por seu turno, a sucessão testamentária é a transmissão dos bens do falecido através de ato de última vontade – testamento ou codicilo, revestido pelas solenidades exigidas por lei. Tal espécie de disposição de vontade tem previsão legal no artigo 1.857 do CC/02<sup>3</sup>.

Segundo Madaleno (apud LEITÃO, 2011, p. 19), tem-se:

O testamento é um ato pessoal, unilateral, espontâneo e revogável, sendo disposição de derradeira vontade com que a pessoa determina o destino de seu patrimônio ou de parte dele para depois de sua morte, devendo o testamento atender as exigências formais para não ser posteriormente invalidado, sem chance alguma de ser repetido, porque só tem validade e pertinência depois do óbito do testador. O testamento

3 Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º. A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º. São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

abrange manifestações de cunho pessoal e familiar, cuidando o testador de reger o exato conteúdo de suas preocupações pessoais e econômicas, tratando de dispor no plano patrimonial e pessoal o endereçamento futuro de seus bens, para depois de seu falecimento, cercado-se com a partilha dirigida e se achar necessário, consignando aquilo que gostaria de ter dito em vida ou que mesmo tendo dito em vida, ainda assim gostaria de perpetuar na memória de seus herdeiros e legatários, cientes de que valores morais e a unidade familiar são heranças que transcendem a passagem do homem e o registro histórico de sua construção pessoal.

Diversas são as espécies de testamento que podem ser confeccionados pelo transmitente da herança, a exemplo dos ordinários<sup>4</sup>, quais sejam público, cerrado e particular, e dos especiais<sup>5</sup>, dentre os quais se encontram o marítimo, aeronáutico e militar. Frise-se que não é possível a confecção de nenhuma outra forma de testamento além das previstas em lei.

O testamento pode conter disposições dos mais diversos tipos, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, a exemplo do “[...] reconhecimento de filhos, nomeação de tutor para filho menor, nomeação de testamenteiro, deserdação de herdeiro, instituição de fundação, reabilitação de indigno, dentre outras disposições” (LEITÃO, 2011, p. 18).

## 2.2. Princípio da Segurança Jurídica e Princípio da Igualdade

O Princípio da Segurança Jurídica é o que rege as relações jurídicas em geral, haja vista que estas não podem padecer de eterna inconstância. Tal princípio vem estampado no inciso XXXVI do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, abaixo transcrito:

4 Art. 1.862. São testamentos ordinários:  
I - o público;  
II - o cerrado;  
III - o particular.

5 Art. 1.886. São testamentos especiais:  
I - o marítimo;  
II - o aeronáutico;  
III - o militar.

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Em contrapartida, a igualdade é um dos princípios básicos do sistema constitucional brasileiro, sendo fato notório que este encontra fundamento em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, conforme estatuído no artigo 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal Brasileira<sup>6</sup>.

É com esteio em tal princípio que a CR/88 estatui em seu artigo 227, parágrafo 6º, que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Utilizando a análise de Leitão (2011, p. 36):

O disposto nestes artigos fez com que se afastassem as diferenças existentes anteriormente entre eles, estabelecendo a igualdade absoluta. Assim, os filhos que antes eram divididos em legítimos (aqueles provenientes de pais casados entre si) e em ilegítimos (aqueles provenientes de pais não casados), passaram a ser simplesmente filhos, não se admitindo distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão.

Portanto, como não pode haver distinção entre marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal, também não poderá haver diferenciação entre filhos conjugais e extraconjugais, naturais e adotados, concebidos antes e após a morte do seu genitor.

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)

Logo, conclui-se que o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade possuem interdependência um com o outro, bem como conversam dinamicamente com direitos e garantias fundamentais da Carta Magna Brasileira, pois as relações jurídicas não podem carecer de segurança para se tornarem efetivas, sendo que também não podem ferir a igualdade constitucional entre as pessoas que dela participam.

### 2.3. Reprodução Assistida: Espécies

Os avanços médicos das últimas décadas fez surgir formas diversas de reprodução humana, auxiliando, assim, casais que não conseguem, pelas vias naturais, ter filhos.

No conceito trazido por Leitão (2011, p. 26) tem-se que

A reprodução assistida é o conjunto de técnicas médicas utilizadas com o objetivo de tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar. Pode-se afirmar que a reprodução assistida é uma espécie de substituição da relação sexual na reprodução biológica.

São três as divisões da reprodução assistida, quais sejam, a inseminação artificial (homóloga e heteróloga), fecundação *in vitro* e a gestação de substituição (também denominada doação de útero, ou as chamadas “mães de substituição”).

Na inseminação artificial, seja ela homóloga ou heteróloga, a fecundação ocorre no interior do corpo da mulher submetida à técnica de reprodução assistida. Em situações nas quais é utilizado apenas material genético do casal interessado na reprodução (por exemplo, sêmen do marido), tem-se a inseminação artificial homóloga.

De outra banda, no caso do material genético ser proveniente de um terceiro, de um doador, a inseminação artificial é tida por heteróloga. Em se tratando de inseminação artificial homóloga *post mortem*, acontece a fecundação da mulher com o gameta de um homem que já está morto, possível tão somente porque o sêmen havia sido preservado em

processo de criopreservação.

As outras técnicas de reprodução assistida não serão abordadas, posto não serem objeto deste estudo.

### 2.4. Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*

A cada dia, a sociedade passa por mudanças e o direito, em especial o ramo do Direito de Família tenta ao máximo se adaptar a estas mudanças sociais. Um dos maiores e mais latentes avanços tecnológicos e biomédicos atuais faz referência ao campo da reprodução mecanicamente assistida, tendo em vista que estas técnicas auxiliam efetivamente casais que possuem dificuldades ou qualquer impossibilidade de procriação a se reproduzirem, gerando filhos.

Interessante é a reflexão de Leitão (2011, p. 29/30) acerca do tema:

Assim, os avanços tecnológicos atuais possibilitaram a reprodução desvinculada do ato sexual, ou seja, atualmente é plenamente possível a maternidade/paternidade após a morte, gravidez na menopausa e até mesmo a clonagem, ocasionando problemas éticos e morais. E nesse diapasão surge o Biodireito como instituto voltado para a elaboração de uma legislação sobre as novas técnicas científicas, tendo como enfoque a dignidade da pessoa humana.

A primeira discussão sobre o assunto surgiu na França, por meio do conhecido caso “AFFAIR PARPALAIX”, no ano de 1984, quando Alain Parpalaix foi diagnosticado com um câncer nos testículos, logo após iniciar um relacionamento amoroso com Corine Richard. Assim, na intenção de gerar um filho com a mulher amada, o francês optou por preservar seu material genético em um banco de sêmen, para que depois pudesse utilizá-lo.

Ocorre que, no interregno do tratamento médico, Alain Parpalaix veio a falecer, dias depois de seu casamento. Passados alguns meses da morte de seu cônjuge, a viúva Corine Richard resolveu submeter-se à inseminação artificial, com o fim de ver realizado o plano familiar desejado, tendo negado

sido negada a inseminação por parte do banco de sêmen e iniciando um embate judicial.

A discussão jurídica estava centrada na inexistência de um contrato de depósito passível de obrigar o banco de esperma a restituir o material genético do *de cuius*. Tal discussão teve seu encerramento com a condenação do banco, por parte do Tribunal de Créteil<sup>7</sup>, a entregar o sêmen criopreservado a cônjuge supérstite, para que esta procedesse com a devida inseminação artificial.

Mister esclarecer que a inseminação não pôde ocorrer, pois o material genético já estava imprestável para a fecundação em virtude da demora na solução do litígio. Posteriormente este caso, inúmeros países passaram a discutir a respeito da destinação a ser dada ao material genético congelado, principalmente após o falecimento do doador.

Atualmente, no Brasil, a legislação ainda não tutelou especificamente a reprodução assistida, tendo, no máximo, a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual aborda superficialmente este tema.

A inseminação artificial homóloga é a decorrente do material genético dos próprios cônjuges interessados em ter filhos e que, por qualquer motivo biológico, não conseguem *per se*, sendo assim realiza-se com o sêmen do próprio marido ou companheiro da mulher que fica grávida. Scaparo (apud LEITÃO, 2011, p.30), lecionando sobre o tema, assim define:

A técnica de inseminação artificial homóloga consiste em ser a mulher inseminada com o esperma do marido ou companheiro previamente colhido através da masturbação. O líquido seminal é injetado pelo médico, na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher, na época em que o óvulo se encontra apto a ser utilizado. Entre as indicações para a inseminação artificial homóloga, destacam-se: a incompatibilidade ou a hostilidade do muco cervical; a oligospermia, quando é baixo o número ou reduzida a motilidade dos espermatozoides; e a retroejaculação, quando embora a taxa de espermatozoides seja normal, eles ficam retidos na bexiga, ao contrário do

que ocorre na ejaculação normal.

Existe a possibilidade da esposa ou companheira ser inseminada após a morte do marido, ocorrendo o que se denomina de inseminação artificial homóloga *post mortem*. No que tange a esse tipo de inseminação, há ausência de legislação específica que a tutele.

A Resolução do CFM, supramencionada, no item V, estipula que, quando da criopreservação do material genético, os cônjuges ou companheiros têm que expressar, claramente e por escrito, sua vontade acerca do destino que será dado aos pré-embriões no caso de falecimento de um deles<sup>8</sup>; além disso, essa mesma resolução, em seu item VIII, preceitua, sobre a reprodução homóloga *post mortem*, que “[...] É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente [...]” (CFM, RESOLUÇÃO 2.013/13).

Como já afirmado anteriormente, não existem dúvidas nem questionamento acerca da paternidade daquele que é concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, já que o Código Civil de 2002 deixa bem esclarecida a questão. Para tanto, observe-se o que dita o artigo 1.597 do diploma legal abaixo:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

**IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial**

8 RESOLUÇÃO CFM, ITEM V: 3 - No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

**homóloga;**<sup>9</sup>

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Ora, conforme bem estabelecido pelo legislador civil de 2002, dúvidas não existem no tocante ao reconhecimento da paternidade, posto que o inciso IV do retromencionado artigo estipula a filiação, proibindo, inclusive, com base no princípio da igualdade, qualquer discriminação entre os filhos nesse aspecto<sup>10</sup>. O problema emerge quando se fala em direito sucessório deste filho.

Em tese, não há que se falar em direitos sucessórios do concebido por meio de inseminação artificial *post mortem*, tendo em vista que a transmissão da herança ocorre por conta da morte e dela participam “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1.798, CC/02).

Defendendo essa interpretação legal aparece Maria Helena Diniz (2012, p. 324):

Adverte CAIO MÁRIO que não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1.784) e dela participam “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1.798).

Outrossim, os partidários desse posicionamento sustentam que reconhecer o direito sucessório do inseminado *post mortem*, é conferir eterna insegurança aos outros herdeiros e à partilha do acervo hereditário, pois a qualquer momento poderia aparecer um novo herdeiro reclamando sua quota-parte, relegando ao nada o princípio da segurança jurídica que deve reger as relações jurídicas.

Em contrapartida a tal opinião, corrente doutrinária, embasada no princípio constitucional da

igualdade entre os filhos, defende que não reconhecer o direito sucessório deste filho é proceder com desigualdade, já que não há vedação legal, apenas uma omissão, e “[...] não se pode, portanto, admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido” (DIAS, 2007, p. 331).

A esse respeito Maria Berenice Dias (2007, p. 331) assim leciona:

Com isso reconhece plenos efeitos à inseminação artificial homóloga *post mortem* e amplos direitos sucessórios, não se restringindo à sucessão testamentária. A possibilidade de não se reconhecerem direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno.

É cediço que o Código Civil Brasileiro traz o instituto da petição de herança, um “recurso” para aqueles filhos que apenas descobrem a identidade de seu genitor após o seu falecimento e quando já houve a partilha dos bens que compõem o acervo hereditário. Veja-se a dicção legal acerca do assunto:

Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

Art. 1.825. A ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários.

Art. 1.826. O possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo, fixando-se-lhe a

9 Grifo do autor.

10 Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

responsabilidade segundo a sua posse, observado o disposto nos arts. 1.214 a 1.222.

Parágrafo único. A partir da citação, a responsabilidade do possuidor se há de aferir pelas regras concernentes à posse de má-fé e à mora.

Art. 1.827. O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados.

Parágrafo único. São eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé.

Pois bem, nesses casos, fazendo uso de tal mecanismo cível, pode o filho “extemporâneo” (posto descoberto/reconhecido após a morte do *de cujus*) reivindicar seus direitos, anulando a partilha já realizada, e, de certa forma, jogar ao vento a segurança jurídica desta<sup>11</sup>.

Totalmente injusto seria se desconsiderar os direitos sucessórios daqueles que são inseminados *post mortem*, enquanto se pode reconhecer, tutelar e reivindicar os daqueles que são reconhecidos após o falecimento do genitor. Tal hipótese é de flagrante desigualdade, ferindo diretamente os ditames constitucionais que estabelecem a igualdade de direitos entre os filhos, sejam eles havidos ou não do casamento.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, são perceptíveis as divergências e discussões que existem sobre o tema, sendo necessária a intervenção da jurisprudência e a tutela por parte do legislador pátrio desta matéria controvertida, a fim de se regularizar a situação e solucionar os conflitos emergentes.

Não pode – e não deve! – continuar sendo omissa a lei civil no tocante ao tema discutido, afinal, com os avanços das técnicas reprodutivas e da genética, a cada dia mais surgem novas relações e novos conflitos, os quais tem que ser tutelados e dirimidos de forma justa e eficaz.

Como resultado da análise despendida ao longo do texto, tem-se que, definitivamente, o reconhecimento dos direitos sucessórios daquele que é inseminado após a morte do seu genitor não choca com a tão buscada segurança jurídica das relações de direito; aliás, se tal choque ocorresse, muito mais importante seria, numa análise ponderada de princípios e regras, o respeito à igualdade entre os filhos e dignidade da pessoa humana.

### 4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 2.013/2013**, 16 de abril de 2013. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: maio. 2013.

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

COCO, Bruna Amarijo. Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3238, 13 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21747>>. Acesso em: ago. 2012.

COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga Post Mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e amp. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5: Direito de Família. SP: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6: Direito das Sucessões. SP: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6: Direito de Família. 9. ed. SP: Saraiva, 2012.

11 PARTILHA - ANULAÇÃO - PETIÇÃO DE HERANÇA - Possibilidade - Aplicação do art. 1.029, do CPC, e do art. 177, do CC de 1916 - Decadência - Inocorrência. PARTILHA - Possibilidade - Acordo realizado entre herdeiros e mãe da herdeira preterida que não pode afetar os direitos desta última. HERANÇA - RENÚNCIA - Inocorrência - Aplicação do art. 1.581, do CC de 1916. (TJSP - Apelação Com Revisão: CR 2009454500 SP. Julgamento: 14/11/2008. Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado)

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro. Vol. 7: Direito das Sucessões. 4. ed. SP : Saraiva, 2010.**

LEITÃO, Camila Bezerra de Menezes. Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório. 2011. 92 f. Monografia (Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza. 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil. v. 5. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.**

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos. 1. ed., 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.**

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Fundamentos da Sucessão Legítima. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (organizadores). Diálogos sobre direito civil. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.**

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Análise jurídica sobre direitos sucessórios decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. **Recanto das Letras**, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: ago. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.**

SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. Direitos sucessórios dos inseminados “post mortem” versus direito à igualdade e à segurança jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1982, 4 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12042>>. Acesso em: ago. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões. Vol. 7. 12. ed. São Paulo : Atlas, 2012.**

# ALIENAÇÃO PARENTAL; TRATAMENTO OU PUNIÇÃO AO GENITOR ALIENANTE?

**Andréa Carla Lima da Silva**

Advogada – OAB/PE 29.104, Especialista em Direito Civil e Processo Civil, pela UNINASSAU/ESA. Sócia Administradora do Escritório de Advocacia Tomaz de Aquino Advogados Associados, situado em Olinda – Contato: andrealimadireito@yahoo.com.br.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Alienação Parental, um tema bastante atual e motivo de muita celeuma nas Varas de Família, estas que na verdade sempre existiram, mas nunca fora tratada com tanta seriedade e rigor pelo Legislativo, bem como pelos Operadores do Direito. Uma abordagem acerca da Alienação Parental e o desenvolvimento de sua Síndrome denominada SAP, descrito neste presente artigo. O Fenômeno inicialmente foi estudado pelo Psiquiatra Richard A. Gardner, ante ao surgimento de vários casos nos Estados Unidos, de crianças vítimas da chamada Alienação Parental e posteriormente pelos conseqüências da Síndrome da Alienação Parental. Fenômeno que se irradiou por todo o mundo com o desenvolvimento da modernidade e as conseqüentes nas transformações das famílias, a inserção em massa das mulheres no mercado de trabalho e como conseqüência divisão de tarefas na relação conjugal, inclusive no cuidado com os filhos, porém com a mudança rápida, os fatos se alteraram e as concepções do papel de mãe continua arraigado.

No Brasil a Síndrome da Alienação Parental, após muitas situações e pesquisas realizadas especialmente pelo IBDFAM ( Instituto Brasileiro de Direito de Família), com a edição da Lei 12.318/2010, começou a ser tratada pelo legislador de forma séria, até podendo dizer bastante severa, porém as questões da psique humana vão além das normas legais, especialmente quando envolvem crianças e adolescentes em disputas judiciais. Onde na verdade estas acabam sendo instrumento de vingança dos próprios traumas e sentimentos de abandono e rejeição dos genitores. Desta feita se faz necessário, analisar o genitor alienador não apenas pelo prisma da legalidade, maldade, como se fosse o vilão dos filmes infantis, onde se levantam todos contra, a fim de punição severa. Porém se faz imprescindível uma abordagem psicológica, onde ali se apresenta uma pessoa doente, emocionalmente desorientada, que lança o próprio filho ao abismo dos distúrbios comportamentais trazendo

graves conseqüências a sua formação. Em regra o genitor alienador necessita de tratamento, afim de que se encontre consigo mesmo e perceba o malefício trazido aos que mais amam, os filhos, em situações como esta. Sem perder de vista a aplicabilidade da lei, com o fito de garantir a integridade física, social e psicológica da criança e do adolescente maior alvo de proteção da família e do Estado. Conceituada por Pisano, da seguinte forma;

A Síndrome da Alienação Parental é um desordem psíquica conhecida há mais de 20 anos pelos norte-americanos e canadenses, estudiosos das conseqüências dos conflitos parentais pós-divórcio na saúde psíquica dos filhos envolvidos. Constitui-se verdadeira forma de abuso psicológico contra crianças e adolescentes que são a eles submetidos. Desconsidera a importância das figuras materna e paterna para o desenvolvimento físico e psíquico sadio da criança e do adolescente. ( PISANO , 2007,p.40-41

A grande celeuma acerca desse tema é o desenvolvimento da Síndrome nas crianças e adolescentes que são vítimas da Alienação Parental, suas conseqüências, bem como as dificuldades das equipes multidisciplinares na identificação desta, analisando os prejuízos causados as vítimas. Ocorre que decorrente do tempo de identificação da Alienação Parental se instala de forma mais comprometidora o desenvolvimento de sua síndrome. E as medidas judiciais tomadas nas Varas de Família, sob o prisma da necessidade de tratamento do genitor alienador, se tornam ineficazes. Uma vez que a própria lei vem apenas com caráter repressor, com uma discreta preocupação com o distúrbio comportamental no inciso IV do art. 6º da Lei da Alienação Parental supra citada, com previsão de Acompanhamento psicológico, quando o correto

seria tratamento psicológico ou psiquiátrico conforme se fizer necessário, assim teríamos determinação legal para tratarmos a causa e não simplesmente paliativo para os efeitos.

### **ANÁLISE DA LEI 12.318/10 E A ALIENAÇÃO PARENTAL:**

A determinação legal, vem como forma de obstar os abusos ocorridos pelo genitor alienador, a fim de garantir a proteção emocional, psicológica e física da criança e do adolescente. Porém de forma fria, sem a abordagem humana e emocional necessária para a garantia de efetivação do instituto. Como acontece com a Lei 11.698/08 que instituiu a Guarda Compartilhada mesmo em caso de litígio e o que a prática das Varas de família nos mostra, é que o desconhecimento conceitual por parte dos magistrados, bem como sua imposição em casos de litígio, a sua efetivação se mostra prejudicada. O que ao final fático da Guarda Compartilhada em casos de litígio, o menor acaba sendo alvo de disputas infundadas e longas, por vezes em situação mais dramática que se a guarda fosse unilateral. Onde o trabalho com a família, A conscientização e o tratamento, caso se faça necessário, é fundamental ou ainda condição sine qua non para a solução satisfatória do litígio com menor prejuízo possível ao menor.

A Alienação Parental versa sobre o comportamento da criança ou do adolescente com também do progenitor alienante, aquele que detém a guarda e “envenena” o filho contra o outro consorte sendo desenvolvida, diante dos fatos, de forma sutil e avassaladora a Síndrome da Alienação Parental, que trata-se dos efeitos danosos causados as crianças vítimas desse “terremoto socioemocional”.

Sendo essa uma patologia, que segundo estatísticas, assolam mais os meninos do que as meninas, tendo em vista que eles sofrerem mais com a ausência do Pai em idades que vem variando entre 8 e 11 anos, uma vez que na grande maioria a guarda é concedida a mãe. Porém já no que se refere às crianças mais velhas essa se mostram mais resistentes a síndrome, pois exige maior habilidade do progenitor alienante na exclusividade da posse dos filhos, com fito de vingança, acredita-se que pelo grau de amadurecimento e consciência dos fatos que ocorrem ao seu redor. O poder de discernimento se encontra mais desenvolvido nas crianças mais velhas e adolescentes, dificultando o desenvolvimento da Síndrome, mas não a impossibilitando.

Tais sintomas carecem de avaliação de profissio-

nais específicos da área do comportamento humano, vez que eles detêm com razoável grau de segurança mecanismos para detectar até que ponto o relato da criança ou do adolescente é verdadeiro, ou é fruto de falsas memórias instaladas pelo genitor alienante. Assim a fundamental importância dos pareceres da equipe psicossocial, nos casos de Alienação Parental, mesmo não estando os juizes das Varas de família vinculadas a esses, porém em grande maioria dos casos são acatados tendo em vista se tratar de parecer técnico ou perícia técnica.

No tocante a identificação da Alienação Parental e o desenvolvimento de sua Síndrome se fazem tarefa árdua e difícil. Diversos motivos levam a dificuldade nessa identificação, face a sobrecarga das equipes psicossociais do judiciário, que atende não só as Varas de família, mas as da Infância e da Juventude. Agravada ainda pela necessidade de identificação mesmo com pouco contato da equipe e magistrados com a criança ou o adolescente, bem como a distância da história de vida e convivência com a família e especialmente do genitor alienante. Ainda um fator crucial é que apesar de regularmente definida em Lei a SAP não se encontra regulamentada oficialmente, vez que não consta na lista de doenças reconhecida pelo Ministério da Saúde, no DSM-IV.

Segundo Magalhães, um dos pontos que deve ser avaliado para a identificação da síndrome é a conduta do genitor alienador, pois mesmo que, sem condição de prevê as conseqüências danosas, as crianças e os adolescentes demonstram sinais e resistência para se submeter às avaliações das equipes psicossociais.

Outros sinais que as crianças e os adolescentes demonstram quando estão sofrendo Alienação Parental, ou por vezes tem a Síndrome se instalando, respeitados às diversas fases caracterizadas por Gardner como leve, severa e moderada. A criança e o adolescente demonstram isolamento, timidez, depressão, baixo rendimento escolar, rebeldia, regressão, inicia uma conduta anti social e por vezes culpa, por acreditar fidedignamente nas falsas memórias neles implantadas se sentindo culpado por não desejar a presença do genitor alienado, vez que essa demonstração de afeto iria ferir gravemente o genitor alienante, que tem os laços mais estreitos com a criança e o adolescente, com a convivência e a confiança estabelecida. Ante a fragilidade emocional da criança que se encontra no “fogo cruzado” da ruptura da relação conjugal, se instala a Síndrome de maneira devastadora do ponto de vista sócio emocional seja na criança seja no adolescente.

Não podia amar meu pai para não magoar minha mãe e naquele momento não queria admitir que sempre amei, para não me magoar... (Autor desconhecido).

### CONSEQUÊNCIAS DA SAP ( SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL):

Uma vez identificada a Síndrome da Alienação Parental, as consequências são devastadoras, como já foi acima assinalada, a criança passa a apresentar doenças psicossomáticas, ansiosa, deprimida, nervosa, agressiva. Podendo inclusive provocar transtorno de identidade, comportamento hostil, desorganização mental, déficit cognitivo, provocando baixo rendimento escolar, podendo chegar muitas vezes ao suicídio, tendo em vista a instalação da depressão associada a culpa. Sem falar em possível dependência de álcool e drogas.

É de se observar que não só a criança e o adolescente adoecem e sim todos que rodeiam, desde o genitor alienante que desorganizado psicologicamente, provoca todo esse dano, até o alienado que acaba por adoecer de raiva, além de sofrer com o afastamento e sofrimento da prole. Sem levar em consideração de todos que rodeiam o menor, como avós, tios, bem como todos que convivem a situação da Alienação e posterior instalação da síndrome.

Na grande maioria das vezes a Alienação se inicia como retaliação aos problemas relativos à prestação de alimentos, gerados com a separação dos consortes, pelos mais variados motivos, disputa de guarda, enfim todos causados pelos traumas e frustrações não superadas, onde as crianças e os adolescentes se tornam alvo para “despejarem” todas as ausências, raivas e mazelas deixadas pelo rompimento da relação.

A punição ao genitor alienante vem determinada de forma clara no art. 6º da Lei 12.318/2010, tendo em vista a necessidade de medidas urgentes, evitando que o Dano ao menor muitas vezes se torne irreparável. Porém a própria lei determina algumas cautelas e prazos para que a Equipe Multidisciplinar, emita parecer diagnosticando a Alienação Parental, como por exemplo em até 90 dias o parecer deve ser emitido, o que já é um tempo considerado longo ante a urgência, porém não há como ser diferente diante da minuciosidade e especificidade, que requer o caso. Em sendo diagnosticada a Alienação Parental, as Varas de Família vem definir a punição para o genitor alienante variando de acordo com gravidade do caso.

O que na maioria das vezes o maior prejudicado acaba sendo o menor.

No momento que foi difundida a SAP no Brasil e no mundo, o maior clamor público é na punição ao alienador, tornou-se tendência marcante. O que indiscutivelmente se faz necessárias as medidas de freio a conduta desse alienante, face a proporção do Dano causado ao menor, que é a maior vítima nesse tiroteio emocional, causado por frustrações dos pais com a ruptura da relação, com isso nasce a sede de vingança do outro genitor, tamanho desequilíbrio que usa os filhos como instrumento de barganha, sem medir as consequências danosas causadas a eles, mesmo amando-os acima de tudo. Com o fito de garantir a qualquer preço o freio a conduta desse alienante a Lei trouxe previsões bastante duras porém, mitigando a possibilidade de tratamento psiquiátrico ou psicológico a esse alienante que pode estar doente;

A situação emocional do genitor alienante pode chegar a ser muitas vezes mais grave que a da própria criança ou do adolescente no início da Alienação, assim se tornaria mais danoso o sofrimento da criança, tendo um rol de punições para aquele que ela mais tem convívio e estreitamento nas relações, como normalmente é a posição do genitor alienante, tendo apenas o inciso IV do art. 6º da Lei 12.318/10, determinando “acompanhamento psicológico”, se omitindo do que deveria estar posto a determinação preponderante seria de “tratamento psicológico e/ou psiquiátrico” conforme se fizer necessário.

Tendo em vista que as punições estabelecidas como, multa, alteração de guarda, chegando até a suspensão da autoridade parental, conforme elenca o referido artigo, não vem contemplar o mais importante dos fatores da Alienação Parental que é o tratamento do Alienante, é como querer tratar a “doença” sem tratar a causa. Observando pela ótica de que ninguém que ama e esteja em perfeito equilíbrio emocional e psicológico causa algo tão danoso, como os efeitos da Síndrome da Alienação Parental aos próprios filhos / netos, no caso de serem praticadas pelos avós.

Ocorre que o desequilíbrio causado pela ruptura da relação, quando os pais não tem atitudes maduras e harmônicas, ou ao menos respeitosa, o início da Alienação se torna uma prática muito mais comum do que nos mostra as estatísticas oficiais.

Mister se faz observar, ainda uma outra dificuldade das equipes Multidisciplinares, vez que o psicólogo deve ser o profissional de confiança, que deve

diagnosticar e direcionar o tratamento, porém vem com mais uma função antagônica de apresentar parecer que venha motivar a punição a ser dada ao genitor pelo Poder Judiciário, tornando-se assim contraditório a conduta de confiabilidade associada ao parecer determinante de punição. Sendo impossível obter resultados satisfatórios em qualquer tratamento do genitor alienante nestas condições, com a confiança totalmente comprometida, até por ausência de previsão legal, vez que a lei prevê apenas acompanhamento, quando o alienador necessita de tratamento. Desta feita é tão importante tal ênfase que por vezes pode ser redundante a afirmativa de tratamento, vez que querer tratar a doença sem cuidar da causa é o mesmo que, como diz a expressão popular “enxugar gelo”.

Com um sério agravante que é o malefício causado ao menor, com a punição do genitor alienante, vez que este está na maioria mais próximo do menor, causa a criança ou ao adolescente maior dano emocional com a punição determinada ao genitor alienante que com a própria alienação, se faz necessário cautela tanto no diagnóstico quanto na aplicação da punição determinada no art. 6º, devendo priorizar o Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

A saudável convivência dos genitores durante e depois da ruptura da relação é direito assegurado a criança e ao adolescente, ante o fato de que os pais são aqueles que tem a obrigação de educar, orientar, garantir a integridade física e mental, proporcionando, segurança, lazer, educação, saúde e principalmente felicidade.

A Alienação Parental vem como uma bomba em meio a um ambiente já desgastado, de uma família destruída, onde os sentimentos e as relações já se encontram minadas, sendo necessária muita cautela na identificação e diagnóstico da Alienação e a posterior Síndrome.

A Lei 12.318 de 2010, demonstra a preocupação do legislador no sentido de punir o genitor alienador, com o fito de preservar a criança e ao adolescente, porém se faz necessário observar o problema de outro prisma, vez que o tema traz vários nuances, pois trata-se aqui de sentimentos, convivência, confiança de alguém que está se formando na personalidade, onde a influência da conduta dos genitores se apresenta de maneira forte e decisiva da formação moral, emocional e psicológica da criança e do adolescente.

Desta feita, tantas punições, postas na legislação, é iniciativa louvável do legislador, porém sem efeito

prático tendo em vista que aquele que em sua grande maioria, o genitor alienante, se encontra desequilibrado, doente, não vem como atitude permeada de coerência. Pois o inciso IV do art.6º é bastante amplo, sem qualquer determinação de tratamento psicológico e/ou psiquiátrico, bem como todo o rol exemplificativo do mesmo artigo, assim se torna frágil sob a ótica prática, tantas punições prevista sem qualquer tratamento ao genitor alienante que se encontra doente. Não sendo possível alguém que tanto ama, vir a prejudicar o filho de forma tão danosa, como é o caso da Alienação Parental e o desenvolvimento de sua Síndrome, a que tanto se ama, estando em sua saúde emocional em perfeito equilíbrio,

### CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Infelizmente a práxis, no judiciário não acompanha o movimento, as mudanças sociais, fazendo com que suas decisões venham nascendo caducas, tendo em vista a velocidade das mudanças frente a um mundo globalizado, especialmente no que se refere aos novos formatos de família, que surgiram com a emancipação da mulher e a evolução do mundo moderno. O lapso temporal necessário para que a Equipe multidisciplinar elabore um parecer o mais fidedigno possível, muitas vezes o dano ao menor já se tornou irreparável, vez que o genitor alienante está doente, assemelhando-se a um trem desenfreado. O quê sem o tratamento adequado, punição será muito prejudicial ao menor, vez que irá sofrer ao ver o genitor que na maioria das vezes é o mais próximo do menor, arcar com punição judicial.

A Guarda Compartilhada, pode ser um caminho, mas não é solução mágica que resolve todos os problemas. Porém trata-se do efetivo modelo capaz de minimizar os danos causados aos filhos, surgindo como uma nova maneira de reorganizar a família. Caso os genitores mantenham o equilíbrio o que definitivamente não é o caso do objeto ora tratado.

No que se refere às Varas de Família acredita-se que com uma apropriação conceitual do presente instituto, tanto nas Centrais de Conciliação e Mediação, para que possam desenvolver seu real objetivo, com palestras de orientação, bem como junto às soluções não contenciosas, de conscientização do que vem a ser o presente instituto, suas vantagens e pressupostos, bem como, a apropriação conceitual por parte dos magistrados a fim de que os pais que se encontram no momento de ruptura da relação sejam orientados na perspectiva das vantagens da Guarda Compartilhada ao invés de manter os filhos como instrumento de barganha e manutenção do poder, levando os efeitos desastrosos da Alienação Parental

podendo desenvolver até as seqüelas inerente da SAP ( síndrome da alienação parental), cujos danos podem ser irreversíveis, já discutidos. Pois estando os pais em sua saúde emocional em perfeito equilíbrio, a atitude seria outra, como nos mostra essa parábola bíblica, em Reis I 3, 16-28. Que reflete a atitude paterno/materna, de amor, respeito, cuidado e proteção;

...Então vieram duas mulheres prostitutas ao rei, e se puseram perante ele. E disse-lhe uma das mulheres: Ah! senhor meu, eu e esta mulher moramos numa casa; e tive um filho, estando com ela naquela casa E sucedeu que, ao terceiro dia, depois do meu parto, teve um filho também esta mulher; estávamos juntas; nenhum estranho estava conosco na casa; somente nós duas naquela casa. E de noite morreu o filho desta mulher, porquanto se deitara sobre ele. E levantou-se à meia noite, e tirou o meu filho do meu lado, enquanto dormia a tua serva, e o deitou no seu seio; e a seu filho morto deitou no meu seio. E, levantando-me eu pela manhã, para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; mas, a tentando pela manhã para ele, eis que não era meu filho, que eu havia tido. Então disse à outra mulher: Não, mas o vivo é meu filho, e teu filho o morto. Porém esta disse: Não, por certo, o morto é teu filho, e meu filho o vivo. Assim falaram perante o rei. Então disse o rei: Esta diz: Este que vive é meu filho, e teu filho o morto; e esta outra diz: Não, por certo, o morto é teu filho e Disse mais o rei: Trazeime uma espada. E trouxeram uma espada diante do rei. E disse o rei: Dividi em duas partes o menino vivo; e dai metade a uma, e metade a outra. Mas a mulher, cujo filho era o vivo, falou ao rei (porque as suas entranhas se lhe enterneceram por seu filho), e disse: Ah! senhor meu, dai-lhe o menino vivo, e de modo nenhum o mateis. Porém a outra dizia: Nem teu nem meu seja; dividi-o. Então respondeu o rei, e disse: Dai a esta o menino vivo, e de maneira nenhuma o mateis, porque esta é sua mãe.” Reis I,3:16;28 Bíblia Sagrada.

Assim, mister se faz necessário aos operadores do direito, uma apropriação conceitual do presente instituto para identificar os casos de Alienação Pa-

rental, fim de que as providências sejam tomadas antecipadamente com muita cautela, orientando e muitas vezes mediando conflitos, indicando cada vez mais o tratamento, tendo em vista que o genitor alienante está doente não se tratando aqui do “lobo mau” das histórias infantis. Afinal como nos retrata a parábola acima nenhuma mãe/pai, em perfeito estado de equilíbrio faria mal a um filho, bem como ao legislador no sentido de corrigir as lacunas legais deste dispositivo ora tratado. Assim resta Ratificar a necessidade de maiores reflexões e apropriação conceitual acerca do tema especialmente aos magistrados das Varas de família, as Centrais de Mediação, bem como aos Advogados atuantes nas varas de Família, a cerca do tema abordado, a fim de humanizar o judiciário especialmente nos litígios de Família, permeados de sentimentos e frustrações.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Junta de Educação Religiosa e Publicações Imprensa bíblica Brasileira, 2006.

BRASIL. Lei : 12.318, de 26.08.2010 disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/.../Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/.../Lei/L12318.htm). Acesso em 21.07.2012.

BRASIL.Lei : 10.406, de 10 de janeiro de 2002, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em 21.07.2012.

Dias, Maria Berenice; Pinheiro, Jorge Duarte – ESCRITO DE DIREITOS DAS FAMÍLIAS, Uma perspectiva luso-brasileira- Ed. Magister - Porto Alegre- 2008

DINIZ Maria Helena, CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO, Direito de Família- 23ª edição- Ed. Saraiva – São Paulo 2008.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos, UM SUJEITO COMO CRIANÇA TESTEMUNHA, PROTAGONISTA E VÍTIMA DO LITÍGIO FAMILIAR: UMA ABORDAGEM PSICANALÍTICA, RBDF n 40, março de 2007 ( IBDFAM)

FONSECA, Priscila m. p. Correa REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA, IBDEFAM-FEV E MARÇO DE 2007, NÚMERO 40 – MEDIAÇÃO FAMILIAR.ed. síntese – Porto alegre

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa

da.Síndrome da Alienação Parental. Revista do cãocível, publicada pelo Ministério Público do Pará Publicação, Ano 11, publicação anual, p. 49 à 60 ano 2009. Disponível em [www.mp.pa.gov.br/caocivil](http://www.mp.pa.gov.br/caocivil). Acesso em 27.03.2012.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela, ALIENAÇÃO PARENTAL: Comentários à Lei 12.318/2010 – Ed. Forense – Rio de Janeiro – 2010.

GARDNER, Dr. , disponível em <http://www.parentalalienation.com/PASfound2.htm>, acesso em 23.03.2010

LEVY, Fernanda Rocha Lourenzo - GUARDA DOS FILHOS, Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar- Ed. Atlas – São Paulo – 2008

MAGALHÃES, Maria Valéria de Oliveira Correia, ALIENAÇÃO PARENTAL E SUA SÍNDROME, Aspectos psicológicos e jurídicos no Exercício a Guarda após a Separação Judicial- Ed. Bargaço- Recife 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva –INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL, Direito de Família- 16ªedição – Ed. Forense – Rio de Janeiro – 2006.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA, IBDEFAM- AGOSTO E SETEMBRO -2006, NÚMERO 38 – PATENIDADE ALIMENTAR.

SOUSA, Analicia Martins, SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL: um novo tema nos juízos de família – Ed. Cortez – São Paulo – 2010.

VENOSA, Silvio de salvo, DIREITO CIVIL, Direito de Família- 5ª edição- Ed. Atlas- São Paulo – 2005.

# A MEDIAÇÃO COMO INSTITUTO PRÉVIO AO PODER JUDICIÁRIO: A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

**Paula Roberta Corrêa dos Santos Arruda**

Advogada, Conciliadora Voluntária no Tribunal de Justiça de Pernambuco, Bacharel pela UNINASSAU, Pós-Graduada em Direito Público pela ESMape.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988, mesmo após 26 anos de sua promulgação, permanece inerte diante de algumas inovações presentes em seu Preâmbulo e em artigos, ideias essas que ainda não foram utilizadas ou bem compreendidas, direitos fundamentais como a utilização de formas pacíficas de resolução de conflitos e a busca pela justiça continuam sem efetividade.

Em um Estado Democrático de Direito que promove os direitos dos cidadãos, o acesso à justiça traduz-se como um direito fundamental, entendido não somente como acesso ao judiciário, mas a uma ordem jurídica justa, esse direito vem paulatinamente ganhando o status de direito fundamental. A Constituição Federal de 1988 assim o admitiu quando em seu artigo 5º inciso XXXV expressamente assegurou: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E é do direito fundamental de acesso à justiça que depende a efetividade de todos os outros direitos elencados na Carta Magna, por tal motivo se coloca em evidência o acesso à justiça como uma pedra fundamental, o mais básico de todos os direitos do estado democrático.

Diante de tal situação se intensificou a busca pelas formas alternativas de resolução de conflitos, - a palavra alternativa está cada vez mais sendo abandonada em favor dos termos, complementar, adicional ou adequada – seja para tratar os assuntos de uma forma mais adequada seja para diminuir as demandas judiciais, a negociação, a conciliação a mediação e a arbitragem estão cada vez mais sendo utilizadas por serem mais baratos, mas rápidos e mais consensuais. Alguns sistemas judiciais vêm institucionalizando em seus ordenamentos determinados métodos de resolução de conflitos, especialmente a mediação, em grande parte pelo

sucesso de utilização que esse método possui nos Tribunais norte-americanos. O Brasil a partir da Resolução 125 do CNJ em 2010 deu um grande passo para efetivamente se utilizar a mediação. No entanto, deve-se ter em mente que o estabelecimento de prazos e sua obrigatoriedade seria um verdadeiro contrassenso com o instituto da mediação.

É notável que para existir uma efetiva proteção do acesso à justiça, é necessário também um trabalho extrajudicial e educativo visando cientificar toda a sociedade de seus direitos e deveres. Essa educação social é fundamental, tendo em vista que muitos desses instrumentos necessários à defesa, proteção e efetivação dos direitos fundamentais são desconhecidos pelos seus titulares.

O Poder Judiciário nos dias atuais vem sofrendo com diversas críticas a morosidade, a formalidade de seus procedimentos, a existência de um ambiente distante da realidade social, ajudam a afastar o Poder Estatal da sociedade e da realidade a que deveriam defender.

Nesse sentido, é necessário que o Estado fomente políticas públicas capazes de garantir a paz social, o Poder Judiciário não pode se limitar a somente exercer a prestação jurisdicional, mas prestar uma justiça efetiva. O acesso à justiça depende, no Brasil, em grande parte a estruturação e ao fortalecimento das várias modalidades de resolução de conflitos que poderão atuar previamente ao judiciário.

Essas modalidades incluem os meios alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a conciliação. O Brasil apesar de caminhar na direção correta, com a instalação de Juizados Especializados, a publicação da Resolução 125 do CNJ e o incentivo à conciliação, ainda não conseguiu alcançar outros países que mantêm a resolução de conflitos pelo meio da mediação e de

outros meios de resolução de conflitos como regra e não como exceção.

## 1 ACESSO À JUSTIÇA

### 1.1 Acesso a Justiça como Direito Fundamental

O direito de amplo acesso à justiça está entre os direitos humanos fundamentais reconhecido por vários ordenamentos jurídicos, tendo sido reconhecido pela nossa Constituição em seu artigo 5º inciso XXXV, quando estabelece: “A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>1</sup>

O termo direito fundamental pode ser encontrado de diversas formas dentro da Constituição, “direitos humanos fundamentais” “direitos do homem”, “direitos individuais”, entre tantos outros encontrados em leis que trazem em seu bojo os direitos fundamentais.

Para Amaral “o princípio da acessibilidade ampla ao Judiciário surgiu com a Constituição de 1946, que tinha a seguinte redação: A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.<sup>2</sup> Com a Constituição de 1988, o legislador ampliou a defesa dos direitos violados, para apreciar também a ameaça ao direito e não somente a lesão.

O legislador na Carta Magna atual fez questão de incluir o direito de acesso à justiça, de uma forma igualitária para toda a sociedade e esse fato ocorreu pela institucionalização da assistência jurídica; da defesa dos direitos difusos, e criação dos juizados especiais; assim como pelas instituições que atuam junto ao Poder Judiciário e são essenciais ao seu funcionamento como o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública.<sup>3</sup>

No Brasil, muito se tem discutido a respeito dos movimentos de acesso a justiça, a perspectiva de tornar o processo mais célere, menos oneroso para as partes, vem sendo tema de debates desde a década de 60, tendo sido incorporado na Constituição de 1988.

Com relação ao acesso a justiça e os direitos fundamentais o professor Leonardo Greco faz a seguinte citação:

“antes de assegurar o acesso á proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo de seus direitos ficando a proteção judiciária, através dos tribunais,

como instrumento sancionatório, no segundo plano acionável, apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos”.<sup>4</sup> Neste Sentido, Cappelletti e Garth:

“De fato, o direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital ante os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”.<sup>5</sup>

Assim, ao considerar o acesso à justiça como direito fundamental, o Estado se vê obrigado a garantir a satisfação plena desse direito, criando políticas públicas e cientificando a população de seu direito, fomentando um trabalho educacional.

### 1.2 Uma Concepção de Acesso à Justiça

O significado da palavra acesso à justiça sofre influência de fatores sociológicos, filosóficos, políticos e religiosos. Por este fato, mesmo após tantas discussões a respeito do tema não é possível encontrar um significado uniforme para o tema.

O acesso à justiça é muito mais do que o acesso ao judiciário ou ao processo, e sim um acesso a uma ordem jurídica justa. Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco:

“O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade de jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em dialogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação”.<sup>6</sup>

Para Cappelletti e Garth é de difícil definição a expressão acesso à justiça:

“Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas

podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob auspícios do Estado.

Primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.<sup>7</sup> Nesse mesmo sentido Rodrigues Junior apud Horácio Wanderley Rodrigues afirma:

“é necessário destacar frente a vagueza do termo acesso à justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diversos sentidos, sendo eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significado de justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário; segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”.<sup>8</sup>

O presente estudo busca adotar o sentido de acesso à justiça de forma mais ampla, no sentido de que esse direito não se limita ao ingresso no judiciário, mais que também possibilita ao cidadão a restauração de seu direito lesado e de uma justiça mais efetiva, onde a resolução de um conflito ocorre de uma forma de uma forma célere e a preservar as relações pessoais, sempre que possível, garantindo uma resolução justa para ambas as partes. No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque preleciona que:

“Acesso à justiça, ou mais precisamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional. E o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo equo, correto e justo”.<sup>9</sup>

Nesse contexto, Tarso Genro defende o uso de praticas cooperativas em processos de resolução de controvérsias:

“o acesso à justiça deve, sob o prisma da autocomposição, difundir e educar seu usuário a melhor resolver seus conflitos por meio de ações comunicativas. Passa-se a compreender o usuário do Poder Judiciário como não apenas aquele que, por motivo ou outro, encontra-se em um dos polos de uma relação processual – o usuário do Poder Judiciário é também todo e qualquer ser humano que

possa aprender a melhor resolverem seus conflitos, por meio de comunicações eficientes – estimuladas por terceiros, como na mediação ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados”.<sup>10</sup>

A satisfação do usuário do sistema judicial com o processo legal depende fortemente de sua opinião sobre se o procedimento foi justo ou não. Pode-se observar que as práticas alternativas ao sistema judicial comum, tentam fazer com que as próprias partes cheguem a um acordo, a sentença não será uma imposição do juiz, mas uma decisão delas mesmas. Dessa forma os conflitos tendem a se resolver de uma forma mais cooperativa estimulando o dialogo e as partes podem sair satisfeitas do processo.

### 1.3 Movimentos de Promoção do Acesso à Justiça

#### 1.3.1 A Primeira Onda: Assistência Judiciária para os Pobres

A assistência judiciária aos mais carentes foi a primeira onda do acesso à justiça, justificada em parte pela necessidade de conhecedores e defensores do direito em uma sociedade que se tornava cada vez mais complexa. A primeira onda visa à superação do obstáculo da pobreza com o oferecimento de serviços jurídicos gratuitos.<sup>11</sup>

A garantia da primeira onda de acesso a justiça, apresentada por Cappelletti e Garht, se dá pela prestação de assistência judiciária previa ao processo e representação no curso deste. Essa problemática foi tratada em diversos ordenamentos jurídicos da antiguidade, segundo Peixoto Faria:

“[...] na Grécia, havia a nomeação anual de dez advogados para defender os pobres, perante os tribunais civis e criminais e, em Roma, a instituição do patronato servia para prestação de socorro quando os cidadãos necessitavam recorrer à justiça. Na idade Medieval, atribuiu-se à justiça eclesiástica a competência para processar e julgar as causas em que fossem interessadas pessoas de poucos recursos, pois nessa época, a justiça prestada pelos aparelhos judiciários exigia a retribuição remuneratória diretamente pelas partes aos juízes. Foi somente na Idade Moderna que surgiu a ideia de patrocínio

gratuito pelos advogados como um dever honorífico [...]”<sup>12</sup>

No Brasil a Carta Constitucional assegura em seu artigo 5º, inciso XXXV, o acesso gratuito à Justiça por meio do direito de petição, bem como em seu artigo 134, garante a prestação de assistência judiciária gratuita e integral - aos que comprovadamente não possuem recursos financeiros para arcar com as despesas processuais - através da Defensoria Pública. Para Rodrigues Junior:

“Não há dúvida de que, formalmente, o ordenamento jurídico brasileiro incorporou as chamadas mudanças apregoadas na primeira onda de Cappelletti e Garth. Infelizmente, na prática a efetivação deixa a desejar. Com a Defensoria Pública má aparelhada e a baixa remuneração dos poucos defensores públicos existentes, o acesso à assistência jurídica integral e gratuita torna-se limitado”<sup>13</sup>

A Defensoria Pública deveria funcionar como mais uma garantia de acesso à Justiça, porém, o que se observa é uma grande defasagem desta instituição, com pouquíssimos profissionais em relação à demanda populacional, com baixa remuneração e sem apoio. Desta forma a instituição que garantiria as pessoas de baixa renda uma assistência processual, não consegue cumprir com seus objetivos e limita o acesso da população ao judiciário.

### 1.3.2 Segunda Onda: Representação dos Interesses Difusos

Refere-se à representação de interesses coletivos ou grupais, denominados interesses difusos. Tendo em vista que a processualista existente na época não possuía espaço para a defesa desses interesses, Cappelletti e Garth com a segunda onda adaptaram o processo para incluir essa novidade.

“Cuidou-se, aqui, de efetivo, de fazer acessível a tutela jurisdicional àqueles direitos e interesses surgidos como particularmente importantes, e especialmente vulneráveis, nas sociedades industriais modernas, tais como o dos consumidores, os atinentes à proteção contra a contaminação ambiental, e, em geral, os coletivos de categorias e grupos não organizados ou dificilmente organizáveis. (...) é necessário permitir e até estimular, ajudar o “acesso” dos representantes (públicos e privados) desses grupos desorganizados e de contornos imprecisos e amiúde imprecisáveis”<sup>14</sup>

A ação governamental é citada pelos autores como uma ação de grande relevância, mas que teria

como obstáculo as inclinações políticas que estão sempre presentes nestas.

### 1.3.3 Terceira Onda: O novo enfoque de Acesso a Justiça

O terceiro movimento trás um novo enfoque sobre o acesso à justiça, buscando novas técnicas processuais, com a simplificação dos procedimentos e a criação de vias alternativas para a solução dos conflitos. Nesse sentido Cappelletti e Garth:

“Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes ou defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar a sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios”<sup>15</sup>

Essa nova visão, leva em consideração que o processo deve se adaptar a cada tipo de conflito, ou seja, deve haver uma análise prévia do conflito e das partes para determinar qual a melhor forma de resolução. Na terceira onda Cappelletti e Garth buscam soluções para algumas das dificuldades do judiciário, entre elas, a adoção de procedimentos especializados e que sejam econômicos e eficientes, e a promoção da justiça mais acessível e que possua uma equidade social e distributiva, tendo como principais métodos para alcançar os objetivos a utilização da conciliação e da mediação.

Cappelletti e Garth defendem que a criação de tribunais especializados é o principal movimento de reforma do processo, tendo em vista que para alguns tipos de demandas é necessário um modo diferenciado que chegue a uma decisão mais justa, levando em consideração que a especialidade torna os juízes e funcionários mais aptos para a solução de demandas por permitir que possuam um maior conhecimento na área.

“É preciso reconhecer, entretanto, que algumas das características do sistema judiciário regular, que o tornam apto para a solução de litígios de direito público, em defesa de interesses difusos da coletividade, frequentemente também o tornam pouco adequado a fazer valer os direitos das pessoas comuns ao nível individual. Procedimentos contraditórios altamente estruturados, utilizando advogados bem treinados e perícias dispendiosas,

podem ser de importância vital nos litígios de direito público, mas colocam severas limitações na acessibilidade de nossos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns. É evidente a necessidade de preservar os tribunais, mas também o é a de criar outros fóruns mais acessíveis”.<sup>16</sup>

O que se busca é a conciliação entre os valores tradicionais do poder judiciário e a proteção dos direitos de pessoas comuns, volta-se assim ao conceito de “justiça social”. O judiciário não pode abrir mão de nenhum dos valores que lhe são inerentes, os procedimentos não devem somente visar às regras procedimentais corretas a cada caso, mas também garantir que o direito das pessoas seja preservado.

## 2. A CRISE NUMÉRICA DO JUDICIÁRIO E SUAS CAUSAS

Muito se tem discutido a respeito da crise do judiciário, e essa crise não é vivida somente pelo Brasil, mas pelo judiciário de todo o mundo – processos que se acumulam, falta de servidores, juízes e defensores públicos, a demora excessiva na resolução dos conflitos – essas são alguns dos principais problemas que o judiciário enfrenta, fazendo com que o acesso à justiça seja um direito mitigado aos cidadãos.

De acordo com Buzaid, a ideia de crise do Judiciário está intimamente ligada a um desequilíbrio entre o aumento do número de demandas ajuizadas e o número de julgamentos proferidos. Em razão do maior número de demandas propostas em face do número de julgados, tem-se um acúmulo de demandas que congestionam o fluxo normal da tramitação processual e prejudicando o cumprimento regular pelo Poder Judiciário dos prazos processuais fixados na legislação processual brasileira.<sup>17</sup>

A reforma do judiciário foi pensada principalmente com a emenda constitucional 45 de dezembro de 2004, com o objetivo de trazer maior eficiência ao Poder Judiciário. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) foram criados com o fito de enfrentar a chamada crise no judiciário. Entre o principal direito reconhecido pela reforma do judiciário foi o direito à razoável duração do processo. De acordo com Lopes de Almeida “a reforma do Poder Judiciário estabelecida pela Emenda Constitucional 45/2004 foi instituída com o propósito explícito de proporcionar maior celeridade na prestação jurisdicional”.<sup>18</sup> Observa Carvalho Dias:

“A eficiência do serviço público jurisdicional prestado pelo Estado tem de ser vista sob duas dimensões, quais sejam, legalidade – conformar-se externamente à lei (ordenamento jurídico) e – legitimidade – atender ao interesse público. Nessa perspectiva, observa-se que na Alemanha, cujo Código de Processo Civil (ZPO) data de 1877, o juiz somente pode ter sob sua direção, no máximo, cerca de 500 a 1.000 processos, viabilizando-lhe a entregar a prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável”.<sup>19</sup>

A própria doutrina concorda em afirmar que cresce a percepção de que o Estado tem falhado em sua missão pacificadora em razão da sobrecarga dos Tribunais, as elevadas despesas com os litígios e o excesso de formalismo processual.<sup>20</sup>

Uma das alternativas criadas visando o diminuir a sobrecarga do judiciário, foram os Juizados Especiais Federais e Estaduais, criados com a esperança de fornecerem uma justiça mais célere, num processo informado pela equidade e predominantemente oral, outra medida estabelecida foi a Resolução 125 do CNJ, que estabelece formas alternativas de resolução de disputas.

O contexto narrado demonstra uma preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional originária de uma verdadeira crise provocada no Judiciário pelo excessivo acúmulo de demandas, por tudo isso o Estado há tempos vem criando reformas legislativas e diversas outras medidas, na tentativa solucionar o problema.

### 2.1 Tempestividade

A morosidade do sistema que rege o processo, utilizado como instrumento de jurisdição pelo Estado, é reconhecida por todos, de maneira que, sobre ela, não resta a menor dúvida de constituir um problema para o acesso às decisões judiciais. Para Mendonça e Florentino:

“O tempo é sem dúvida um elemento a ser considerado pelo processualista contemporâneo preocupado com a aptidão do nosso sistema processual para a realização de justiça, e guiado pelos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, os quais revelam que o processo não é um fim em si mesmo, mas o meio para se alcançar uma finalidade, devendo não só atender o escopo jurídico, mas, principalmente, aos fins políticos e sociais, para os quais foi concebido”.<sup>21</sup>

O tempo como bem observam Mendonça e Florentino é muito importante para o andamento processual, e em relação ao tempo e a morosidade Nicolò Trocker também mostra opinião parecida:

“favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que tem a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por um longo tempo transforma-se também num cómodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar o adversário as condições da rendição”<sup>22</sup>

Tendo em vista a desigualdade social da realidade brasileira, podemos concluir que a demora procedimental, no nosso país se apresenta de uma forma muito mais grave, e gerando muito mais prejuízos e injustiças sócias, que um país de primeiro mundo onde a demora em se encontrara a solução processual já causa grandes transtornos. “porque El grado de resistencia del pobre es menor que el grado de resistencia del rico; esse ultimo, y no el primeiro no pude normalmente esperar sin daño grave una Justicia lenta”<sup>23</sup> É de conhecimento de todos que nas disputas pelo bem da vida o tempo é um fator decisivo para beneficiar aqueles que não possuem direitos e insistem em manter o em disputa até a decisão judicial, quanto maior a demora judicial, maior os benefícios do vilipendiador, e maiores os danos causados aqueles que injustamente foram privados de seus direitos.

## 2.2 Servidores e Auxiliares da Justiça

Para ingresso na carreira dentro dos Tribunais de Justiça do país, os magistrados e os servidores do Poder Judiciário são selecionados por concurso público, não é a melhor maneira de descobrir qual candidato é o mais bem preparado para o serviço administrativo, e é a eles que se entregam os serviços de apoio à prestação jurisdicional. Na opinião de Grangeia:

“O magistrado e o servidor, selecionados inadequadamente, terão que desempenhar suas funções em um ambiente de trabalho desconhecido, na companhia de colegas por vezes desmotivados e que cultivam técnicas arcaicas na realização das tarefas diárias. O fruto dessa aventura revela-se desastroso, pois o acúmulo de serviço em cartório, gerado a partir de rotinas obsoletas, contribui para a morosidade do sistema judicial, redundando em descrédito e falta de legitimidade do Poder

Judiciário no desempenho de sua parte na missão constitucional, que visa contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>24</sup>

Para sanar a problemática o judiciário vem investindo nos magistrados e servidores, preparando os mesmos através programas de incentivo à cursos e especializações prestados pelas próprias Escolas Judiciárias. O trabalho do poder judiciário apesar de louvável está longe da perfeição, necessitando de muitas melhoras para que os magistrados e servidores possam de fato contribuir com a justiça.

Outro grande empecilho para a prestação correta do judiciário é a utilização dos recursos protelatórios por parte dos advogados, Souza Cruz é de opinião:

“utilizando os próprios instrumentos processuais existentes, dever-se-ia voltar à atenção para a coibição de posturas estratégicas que desnaturem o conteúdo comunicativo inerente aos recursos, tornando-os meros subterfúgios para protelações. Uma vez que o exame do caso específico em juízo pode demonstrar a existência de um abuso do direito processual, o que se teria é uma situação não tutelada pelo Direito, que, ao contrário, coíbe quando caracterizada em ilícito”<sup>25</sup>

O problema que permeia a justiça brasileira não pode ser visto como um problema somente do magistrado, mas deve ser entendida como um conjunto de fatores, onde são causadores do dano os magistrados, os servidores os advogados e as leis.

## 3 INOVAÇÕES DO JUDICIÁRIO NA BUSCA DE EFETIVAR O ACESSO A JUSTIÇA

O judiciário vem ao longo dos anos tentando encontrar maneiras de garantir o acesso e a qualidade do judiciário, no seu discurso de posse no Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim se pronunciou da seguinte forma sobre a crise no judiciário:

“A extensão do problema e os contornos do modelo do Judiciário desejado pela sociedade brasileira foram reconhecidos pelo ministro Nelson Jobim, em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, que acentuou:

A questão judiciária passou a ser tema urgente da nação. O tema foi arrancado do restrito círculo dos magistrados, promotores e advogados. Não mais se trata de discutir e resolver o conflito entre esses atores. Não mais se trata do espaço de cada um nesse poder

da república. O tema chegou à rua. A cidadania quer resultados. Quer um sistema judiciário sem donos e feitores. Quer um sistema que sirva à nação e não a seus membros. A nação quer e precisa de um sistema judiciário que responda a três exigências:

- acessibilidade a todos;
- previsibilidade de suas decisões;
- e Decisões em tempo social e economicamente tolerável.

Essa é a necessidade. Temos que atender a essas exigências. O poder judiciário não é fim em si mesmo. Não é espaço para biografias individuais. Não é uma academia para a afirmação de teses abstratas. É, isto sim, um instrumento da nação. Tem papel a cumprir no desenvolvimento do país. Tem que ser parceiro dos demais poderes. Tem que prestar contas à nação. É tempo de transparência e de cobranças.<sup>26</sup>

Pelo discurso se pode perceber a consciência do poder judiciário sobre os problemas que afligem o seu sistema, e em especial a vontade do mesmo modificar suas bases para melhor garantir os direitos dos cidadãos e que corresponda as suas exigências.

### 3.1 A Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95)

A Lei 9.009/95 foi pensada como uma justiça para toda a justiça que antes era vista como algo distante da maioria da população brasileira, acessível apenas aos de maior poder aquisitivo, tornou -se desmistificada com a instituição dos Juizados Especiais pela Lei n. 9099/95, os quais não se limitaram a ser um rito célere e barato.<sup>27</sup> A própria Carta Magna brasileira, em seu artigo 98, I, determinou a criação dos juizados especiais, buscando desta forma expandir a participação do Estado na resolução de conflitos sociais. Para Bueloni Junior:

“A princípio, deve-se considerar que a intenção ou, ainda, o foco central da criação do juizado está na facilitação do acesso à justiça, fato que corrobora a ideia de que a sua origem não constitui apenas um procedimento célere ou abreviado do processo, mas uma modificação substancial que nos faz pensar em um Poder Judiciário diferenciado do que temos e tínhamos nos idos de 1982, quando do início dos debates acerca desta Lei, levando - se em conta a proposta de Anteprojeto da Lei 7244/84”.<sup>28</sup>

Os Juizados Especiais constituem uma realidade de concretização do acesso à ordem jurídica justa. A

sua criação tanto no âmbito Federal como no Estadual se deu de modo que as lides de menor potencial econômico ou ofensivo pudessem ser resolvidas rapidamente com maior agilidade e baixo custo como forma alternativa ao processo civil comum e alargando, dessa forma, o acesso ao Poder Judiciário cumprindo um importante papel na tentativa de superar os obstáculos do judiciário.

Ocorre que hoje os Juizados estão tão ou mais congestionados que a justiça comum, para Mancuso eles tiveram um sucesso tão estrondoso que o crescimento da demanda os levou ao colapso.<sup>29</sup> Ou seja, se criou uma enorme expectativa frente aos Juizados Especiais que gerou uma sobrecarga de processos desto desta instituição. De acordo com Bueloni Junior a estrutura dos Juizados não foi realizada em consonância com a necessidade do crescente número de processos, ocorrendo casos de semelhante morosidade do processo na justiça comum. É preocupante a perda da celeridade processual devido à quantidade de processos que entram nos juizados diariamente, o que dificulta alcançar a paz social.<sup>30</sup>

Vale ressaltar que a grande mudança trazida pela instituição dos Juizados Especiais foi a disseminação da conciliação, as campanhas de conciliação organizadas pelo judiciário contribuí com a cidadania e com a educação jurídica, - apesar de não alcançar os índices desejados – o procedimento da conciliação contribui para manter o bom relacionamento entre as partes, e sua pacificação por mais tempo.

### 3.2 A Resolução 125 e seus Objetivos

A Resolução 125/2010 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça - foi decorrente da necessidade do Poder Judiciário de estimular e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas de autocomposição, também houve a intenção, assim como na criação dos Juizados Especiais com a atividade pré -processual, a diminuição do numero de demandas judiciais.<sup>31</sup> Para Vilasanchez:

“É a resolução que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses. Seu objetivo é, segundo o próprio texto, “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. Determina aos tribunais de cada estado a criação de uma estrutura voltada para o atendimento de pessoas envolvidas em conflitos possíveis de serem resolvidos

extrajudicialmente. Com a emenda, a primeira do ano de 2013, o estímulo à solução extrajudicial de conflitos foi intensificado”.<sup>32</sup>

O Conselho Nacional de Justiça elegeu através da presente Resolução meios alternativos e consensuais de resolução de conflitos, mais especificamente a conciliação e a mediação, como saídas para a pacificação social efetiva e, a desobstrução do acúmulo de demandas que sobrecarregam o Judiciário e comprometem a qualidade da prestação jurisdicional. Para A Schroder e Paglione a “resolução traz uma série de inovações no trato das conciliações já incorporadas aos procedimentos processuais civis. Mas, além disso, propõe uma verdadeira mudança de paradigmas e a construção de um novo ideal”.<sup>33</sup>

Importante ressaltar os objetivos da Resolução 125, que são exemplificados de forma bastante taxativa em seus artigos, sendo eles: (a) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade; (b) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição; e (c) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ. Com a Resolução criou-se a necessidade de magistrados e tribunais abordarem as questões processuais com um olhar mais pacificador e menos processualista.

Destarte, devemos entender que para que haja uma verdadeira mudança no judiciário brasileiro, e para que os movimentos surtam os efeitos desejados, deve haver uma verdadeira mudança de mentalidade e uma junção de esforços da sociedade e dos jurisdicionados. O Brasil, ainda é um país altamente litigioso onde prevalece a cultura do processo e principalmente da sentença. Tem-se a falsa ideia de que métodos alternativos de solução de conflitos, são como sugere o nome, alternativos e que com a solução do litígio através de um acordo a parte não estaria “ganhando”, mas abrindo mão do seu direito.<sup>34</sup>

De uma forma mais crítica analisa Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten:

“A cultura demandista que se instalou na sociedade brasileira, por conta de uma leitura irreal da garantia constitucional do acesso à justiça que tanto de buscou nos últimos trinta anos, permitiu com essa oferta, o desaguadouro geral e indiscriminado no Judiciário de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita, obrigando-o a albergar desavenças que beiram o capricho dos litigantes, como as

controvérsias de mínima expressão pecuniária ou nenhuma complexidade jurídica, que não justificam a judicialização, podendo ser resolvidas por outros meios, perante outras instâncias, fora e além do aparato estatal”.<sup>35</sup>

#### 4 OS MECANISMOS ALTERNATIVOS A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

É natural que existam conflitos na vida dos seres humanos tendo em vista a disputa pelos bens da vida, e a existência de direito regulador não é suficiente para evitar ou eliminar os conflitos. Para Wagner Junior:

“dentro da atual sociedade, são cada vez mais frequentes as lesões em massa, ou seja, as lesões violam direitos de pessoas que, em princípio, são indeterminadas (mas determináveis), fazendo surgir conflitos de massa, que devem ser solucionados, assim como os conflitos que pertencem a direitos coletivos e difusos, por meio de uma técnica processual diferente daquela que serve para resolver os tradicionais conflitos individuais”.<sup>36</sup>

Existem três formas de resolução de controvérsias: autotutela, autocomposição e a heterocomposição. A autotutela é a solução violenta do conflito, onde uma das partes tenta impor sua pretensão utilizando a força, era muito utilizada na fase primitiva da sociedade, onde não existia um Estado forte o suficiente o direito acima da vontade dos particulares. Como bem afirma Dinamarco<sup>37</sup> “Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter, haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir por si mesmo, a satisfação de sua pretensão”. Destarte, a utilização de esse método não garantia a justiça, mas prevalecia a vontade do mais forte.

A autocomposição também era utilizada na sociedade primitiva, a qual até os tempos atuais perdura no direito, e se baseia liberdade da parte em abrir mão total ou parcialmente do seu direito. São três as formas de autocomposição: (a) desistência; (b) submissão e (c) transação. Todas elas dependem da vontade e da atividade de uma ou ambas as partes. A desistência e a renúncia da pretensão, a submissão é a renúncia a resistência oferecida a pretensão e a transação são concessões recíprocas entre as partes.

Com o tempo, e a evolução do pensamento da sociedade, os indivíduos preferiram ao invés de soluções tomadas pelos próprios, uma solução

imparcial através de árbitros, pessoas de confiança de ambas as partes envolvidas no conflito. Em geral as pessoas escolhidas para árbitros eram os sacerdotes, que possuíam ligações com divindades e para seus pares garantiam soluções justas de acordo com a vontade dos deuses, ou os anciões que eram conhecedores dos costumes da sociedade.

Desta forma, quando o Estado conseguiu se impor diante da vontade dos particulares, ele absorveu gradativamente o poder de solucionar os conflitos, vedando a utilização da autotutela, até então o meio mais eficaz e massivamente utilizada pelas partes envolvidas no conflito. Entretanto, somente se vedou o emprego de atitudes ilícitas e violentas. Ao se proibir a autotutela não significa que se retirou por completo dos cidadãos o poder de resolver seus conflitos. De acordo com Dinamarco:

“A história nos mostra que, no direito romano arcaico (das origens do direito romano até o século II a.C, sendo desta época a Lei das XII Tábuas), já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Os cidadãos em conflito compareciam perante o *pretor*, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; e esse compromisso, necessário porque a mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (ou quem quer que fosse) nos negócios de alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome de *litscontestatio*. Em seguida, escolhiam o árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa”<sup>38</sup>

No século III d.C. é iniciado uma nova fase também conhecida como *cognitio extra ordinem*, onde a justiça privada se torna uma justiça pública em todas as formas. Essa nova fase é iniciada após o período arcaico e clássico, onde o pretor passa a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares proferindo sentença, ao invés de nomear ou aceitar nomeação de árbitros. O Estado a partir de agora impõe aos particulares a solução para os conflitos de interesses, por meio de juízes estatais que examinam as pretensões e resolvem os conflitos, o que se chama ‘jurisdição’.

Todavia, com o tempo a sociedade está entendendo que o importante é pacificar e alcançar a paz social seja por intermédio do Estado ou por outros meios. O Estado também cria consciência que possui uma função pacificadora. A Arbitragem, a mediação que é praticamente desconhecida no

Brasil em outros países é intensamente aplicada, previamente ao processo judicial. Esse entendimento é compartilhado por Rodrigues Junior:

“Ora, se o que interessa, de fato, é a pacificação, pouco importa que ela se realize por intermédio do Estado, mediante jurisdição ou por outros meios. É possível, às vezes, mais indicado, que alguns conflitos se resolvam a partir de outros meios, como, por exemplo, da arbitragem e da mediação”<sup>39</sup>

Destarte, deve-se entender que a jurisdição não pode ser considerada monopólio do Poder Judiciário, como a única forma de se resolver os conflitos. A jurisdição é sim monopólio do Estado, que através de lei pode concedê-la a particulares, tendo como exemplo a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96). Existem diversas formas para se chegar à solução do conflito, e eles podem ser divididos em dois grupos: heterônomos e os autônomos.

Os heterônomos atribuem a um terceiro o poder de solucionar o conflito, podendo ser através da Jurisdição Estatal, no qual o Estado-Juiz decide coercitivamente o direito ou com a nomeação de um árbitro, que aponta a solução para o conflito. Os métodos autônomos advêm da sigla em inglês ADR (*Alternative Dispute Resolucion*), em espanhol RAD (*Resolución Alternativa de Disputas*), ou em Português conforme é empregado no Brasil, MARC (*Métodos Alternativo de Resolução de Conflitos*), onde representam a solução de disputas sem a intervenção do Judiciário, onde estão incluídas a mediação e a conciliação.<sup>40</sup>

Importante destacar o pensamento Cintra, Grinover e Dinamarco:

“A primeira característica dessas vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual. A desformalização é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também a gratuidade constitui característica marcante dessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. Por outro lado, como nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a de legalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não jurisdicionais”<sup>41</sup>

#### 4.1 Conciliação

O intento do processo de conciliação é se chegar voluntariamente a um acordo mutuo, onde um terceiro que atua como intermediário e pode intervir propondo soluções. A função do conciliador é após entender o litígio, com a ouvida das partes, sugerir acordos que melhor se amoldem a realidade das partes, orientando as partes para que elas cheguem a um consenso. Neste sentido, ensina Vezzula<sup>42</sup> “a conciliação deve ser utilizada para os casos onde o objeto da disputa seja exclusivamente material ou em situações em que se busca um acordo rápido”.

Para Dinamarco o vocábulo conciliação “ora designa a atividade desenvolvida pelo juiz com vista a obter o acordo de vontades e extinção do processo e do conflito; ora designa o próprio acordo de vontades, ou seja, a autocomposição do conflito”.<sup>43</sup>

Historicamente o instituto da conciliação é uma forma muito antiga de resolução de conflitos, presume-se que muitos povos antigos tenham feito uso da conciliação. Admite-se sua existência entre os hebreus e gregos e tendo um papel fundamental na época medieval, por este motivo é muito difícil encontrar as verdadeiras origens deste instituto.

No Brasil a Constituição de 1824<sup>44</sup>, seguindo a Carta Francesa de 1799, instituiu a exigência da tentativa de conciliação previa a instrução processual, em seu artigo 161: “Sem se fazer constar que se terá tentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.” Tendo complemento no artigo 162: “Para este fim haverá Juizes de Paz, os quais serão eletivos”.

Após a Proclamação da República, o instituto da conciliação foi extinto pelo Decreto nº 359 de 1890. Posteriormente com o Código de Processo Civil de 1973, foi prevista a conciliação para os litígios que versarem sobre direitos patrimoniais de caráter privado, e nas causas relativas a família, devendo ser tentada no início da audiência de instrução e julgamento, contudo a tentativa de conciliação não é obrigatória entre as partes.

Com a alteração da legislação processual civil, por meio da Lei 8.952/94, criou-se a chamada audiência preliminar, sendo o acordo obtido pelas partes reduzido a termo e homologado pelo juiz, conforme seu artigo 331 § 1º. O legislador também atribuiu ao juiz a responsabilidade de tentar a qualquer tempo a conciliação entre as partes. Dinamarco<sup>45</sup> é de opinião que “a reforma do Código de Processo Civil trouxe a clara manifestação do instituto de estimular

os juizes a investir nas tentativas de conciliar”. Para Amaral a conciliação:

“é indicada para a resolução de conflitos em que não haja vínculos entre as partes, sendo as relações meramente circunstanciais, como por exemplo, nos processos relativos a acidentes de transito.”<sup>46</sup>

Podemos entender que o papel do conciliador é após a ouvida das partes em litígio sugerir uma solução amigável para o conflito. Sendo sua finalidade a realização do acordo entre as partes, evitando desta forma o processo judicial.

#### 4.2 Arbitragem

A arbitragem é um meio privado de resolução de controvérsias, por meio do qual um terceiro, escolhido pelas partes impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Carmona assim define arbitragem:

“meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada a disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor”.<sup>47</sup>

O instituto da arbitragem é tão antigo quanto os outros meios de solução alternativa de conflito. Teve sua origem na antiguidade, sendo encontrados vestígios de sua existência na Grécia, onde era praticada tanto entre os particulares como entre as cidades-estados.

O uso deste instituto pode ser altamente benéfico para as partes conflitantes, que podem ser tanto pessoas físicas quanto jurídicas. Com quase 20 anos de vigência, a Lei nº 9.307/96, chamada Lei da Arbitragem, ainda busca sua efetividade plena. A área cível é uma área com maior número de casos que utilizam a arbitragem, já que esta última possui como objeto as questões patrimoniais. Neste foco, o Contrato pode ser definido como uma declaração de vontades destinada a produzir efeitos jurídicos, ou seja, um instrumento a mercê da aplicabilidade da arbitragem como cláusula (chamadas cláusulas arbitrais). Podemos aplicar este instituto aos mais diversos tipos de contratos imobiliários, como os de compra e venda, inclusive de mutuários, incorporação, construção, empreitadas,

administradoras de imóveis, condomínios, etc.

No Brasil já são muito solicitadas, em algumas regiões, as chamadas Câmaras de Arbitragem, cuja função é a resolução das lides de particulares através do uso de um terceiro (mediador ou árbitro) em um tempo bem menor do que se levaria na Justiça Estatal.

## 5 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

### 5.1 Conceituação

A mediação é definida por Littlejohn e Domenici<sup>48</sup> como “o uso de um terceiro interessado que auxilia para que se atinja compreensão, facilitando a comunicação e negociando um acordo em situações de conflito.” A função principal da mediação é restabelecer o diálogo entre as partes em litígio, sendo definida como uma forma alternativa de resolução de conflitos, onde um terceiro imparcial auxilia para que as partes cheguem a um acordo em relação às questões da disputa, sendo normalmente esse acordo realizado no método do “ganha - ganha” e não do “ganha -perde” do processo tradicional.

O artigo 2º do Projeto de Lei 94/2002 assim conceitua mediação:

“mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual”.<sup>49</sup>

Neste sentido a mediação é uma técnica de resolução de conflitos que tende a lograr um acordo com base nos interesses reais das pessoas, quem mantém o poder de decisão, no entanto, são as partes e não um terceiro, que elaboram a solução para o seu caso. Um excelente conceito de mediação encontramos em Muniz:

“A mediação não é uma justiça alternativa, e muitos indivíduos, por vezes, assim a percebem, mas sim um meio alternativo no sentido de sua coexistência com a atividade jurisdicional do Estado, buscado nele amparo legal concreto e não apenas interpretações alheias às normas pré-constituídas. A mediação tem a propriedade de educar e ajudar a identificar as diferenças, promove a tomada de decisões sem que seja necessário um terceiro que decida o conflito pelos indivíduos, simbolizando, portanto um instrumento prático de exercício da cidadania”.<sup>50</sup>

Na visão de Moore, a mediação é entendida como sendo:

“A interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos”.<sup>51</sup>

A mediação ou qualquer outro meio de solução de conflito pode coexistir com a atividade judiciária, e por ela ser amparada. A mediação vai muito além da solução do conflito - e é nisso que ela mais se diferencia da conciliação -, ela é um exercício de cidadania, no momento em que ensina a importância do diálogo e busca a paz social.

Este instituto apesar de pouco conhecido, vem sendo um meio eficaz e ágil para solução de conflitos, levando-se em consideração a crise judiciária e os obstáculos para que o cidadão tenha acesso à justiça. A mediação é uma busca de soluções para os problemas da sociedade, possuindo a função de resolver os litígios por meio de uma forma de negociação.

Existem momentos que a utilização da mediação é bastante recomendada, mais até que outros institutos de resolução de controvérsias, como é o caso de questões familiares, de amizade ou vizinhança, tendo em vista a necessidade de se manterem os laços afetivos e o relacionamento entre as partes.

Vale mencionar que ainda é muito comum a confusão entre a conciliação e a mediação, o que é normal, pois os dois institutos possuem muitos pontos em comum. Para Amaral

“Não há dúvidas que eles tem semelhanças, pois ambos são métodos consensuais de resolução de conflitos, que se caracterizam pela ausência de um poder de decisão por parte dos mediadores ou conciliadores, bem como pela informalidade e pela possibilidade de atuação de pessoas leigas, propiciando uma maior rapidez e eficiência na resolução de conflitos”.<sup>52</sup>

Dentro de um quadro geral, a mediação e a conciliação são consideradas por diversos doutrinadores como sendo métodos autocompositivos de solução de conflitos, sendo uma autocomposição indireta ou assistida, no processo

conciliatório o presidente da sessão pode apresentar uma recomendação de uma solução tida como justa na mediação essa recomendação não é possível.<sup>53</sup>

## 5.2 Características

A mediação possui características próprias, sendo de extrema importância que o mediador conheça os procedimentos e as técnicas utilizadas na mediação, para conseguir identificar com clareza os verdadeiros interesses das partes em conflito.<sup>54</sup> Sendo muito comum que essas características se confundam e se complementem com os princípios do mesmo instituto. De acordo com a Resolução 125 do CNJ que estabelece o tratamento adequado para os conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, são princípios da mediação:

“Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

I - Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

II - Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

III - Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

IV - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

V - Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

VI - Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;

VII - Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

VIII - Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito”.<sup>55</sup>

Para Colaiácovo as características da mediação se resumem em: voluntariedade, confidencialidade, flexibilidade e participação ativa.<sup>56</sup> Entretanto para Rodrigues Junior elas são: Caráter voluntário, não- adversariedade, credibilidade, imparcialidade e neutralidade do mediador; flexibilidade e informalidade do processo; confidencialidade.

O Caráter voluntário é o principal elemento da mediação, tendo em vista que o maior objetivo deste instituto é o consenso, devendo as partes para isso estarem dispostas a participarem de uma sessão de mediação, possuindo pelo menos a intenção de buscar um acordo. Nas palavras de Carlos María Alcover de la Hera:

“Una premisa básica de la mediación es la voluntariedad de las partes en acudir al mediador y embarcarse en un proceso de mediación, así como la aceptación sin reservas del mediador como persona imparcial e independiente sin ninguna relación con el problema o conflicto que las enfrenta, de manera que lo perciban como una figura que les va ayudar a encontrar un acuerdo, pero nunca como un enemigo ni tampoco como un aliado”.<sup>57</sup>

A não adversariedade, significa dizer que na mediação não se utiliza o método “perde – ganha”, como na justiça tradicional e sim o método do “ganha – ganha”, desta forma as duas partes envolvidas no conflito saem satisfeitas. Isto porque a intenção maior da mediação é o consenso entre as partes, devendo ser utilizado o processo de mediação para solucionar conflitos e não para ganhar ou perder.

O mediador se aproxima muito de um Juiz quanto a imparcialidade e neutralidade, ele tem eu permanecer equidistante das partes, não podendo emitir opiniões ou sugestões sobre o processo. O processo de mediação é bastante informal, e o mediador que preside as sessões tem total liberdade para decidir quanto tempo dura cada sessão e

quantas serão necessárias para solucionar o conflito, dependendo da natureza do conflito uma mediação pode demandar mais ou menos audiências. Rodrigues Junior é de opinião:

“No judiciário, o litígio é submetido a uma forma rígida, segundo a qual o juiz decide a lide nos limites em que foi proposta, não podendo decidir a questão a favor do autor, de natureza diversa do pedido e nem condenar o réu em quantia superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Por isso, muitas vezes, as decisões proferidas pelos juízes não conseguem a pacificação social, escopo último da Jurisdição, pois o litígio não é resolvido de forma integral, a solução não é baseada no verdadeiro interesses das partes. Tem-se a resolução da lide processual, deixando a lide sociológica de lado, persistindo, assim, o conflito entre partes”.<sup>58</sup>

A grande diferença do processo de mediação para o modelo clássico de processo é exatamente essa, a flexibilidade, com ela é possível enxergar verdadeiramente os interesses das partes e resolver o conflito de uma forma completa. É preciso ir além do que foi trazido ao processo e buscar a resolução dos interesses integrais da parte.

### 5.3 A Mediação na Experiência Estrangeira

É de fundamental importância o estudo da mediação em outros países, para que a experiência desses nos forneça subsídios para a implantação no Brasil. Alguns países como os Estados Unidos e a grande maioria dos países da União Europeia já se utilizam da mediação e de outras formas de ADR's, obtendo êxito no sistema judicial.

Nos Estados Unidos o sistema de multi-portas foi implantado a muitas décadas atrás e é utilizado pela população com muita tranquilidade, destarte a União Europeia em 2008 através da Diretiva 52/CE e do Livro Verde da Mediação estabeleceu a utilização da mediação, devendo cada país elaborar sua própria lei de utilização de ADR's.

#### 5.3.1 Estados Unidos

As ADR - meios alternativos de resolução de disputas - teve grande desenvolvimento nos Estados Unidos na segunda metade do século XX, a partir da década de 70, mas se tem notícias de sua utilização desde o século XVII, e esse movimento encontra-se

ligado ao movimento de acesso à justiça, que possui a preocupação principal de tornar a justiça acessível aos mais pobres e às minorias.<sup>59</sup>

A utilização da mediação nesse país teve início pelo grande acúmulo de processos que tomaram conta dos Tribunais Americanos, e pela recusa do Congresso em contratar mais juízes e disponibilizar mais salas de audiências, destarte os juízes e advogados tiveram que enfrentar os problemas, sendo o “gerenciamento de casos” a solução encontrada. Desta forma o magistrado controla sua própria pauta de audiências e fixa prazos para a resolução dos processos e induzindo de certa forma aos litigantes utilizarem algum dos meios de resolução de conflitos.<sup>60</sup>

Atualmente a mediação é regulamentada na esfera federal pelo *Alternative Dispute Resolucion Act de 1988*, e por regulamentos esparsos na esfera estadual. José Roberto de Albuquerque Sampaio ensina que:

“a opção pela mediação no sistema norte-americano, ordinariamente, advém do consenso das partes que pode se dar antes ou após surgir o litígio. Será antes, p.e., quando constar em um contrato cláusula que obrigue as partes a se submeter a mediação – neste caso, as cortes norte-americanas têm reconhecida a validade desta cláusula, obrigando as partes a se submeterem a mediação. Será após, quando, deflagrada a lide, as partes manifestarem seu desejo de sujeitarem-se a método alternativo de resolução de conflito”.<sup>61</sup>

Salienta Maria Inês Targa, que o instituto da mediação teve sua fundamentação teórica, na Universidade de Havard com o Professor Frank Sander que em 1970, apresentou um estudo com fito de ampliar o acesso a justiça, esse estudo recebeu o nome de *multi-door courthouse* ou tribunal de muitas portas.<sup>62</sup>

Através desse processo haveria não somente o processo judicial tradicional, mas diversos tipos de procedimentos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Somente em último caso se utilizaria a como solução para o conflito a decisão judicial. Destarte a mediação e diversas outras formas de resolução de conflitos crescem muito no Estado Unidos, tendo sido instaladas em diversas comunidades, campus universitários, sendo utilizada para resolver uma extensa gama de conflitos.

#### 5.3.2 Espanha

A Espanha foi um dos países da Europa que mais desenvolveu o uso correto da mediação. Com a criação de leis bem elaboradas conseguiu que a utilização da mediação realmente fizesse a diferença no âmbito judicial. A utilização da mediação na Espanha é voluntária e as partes não são obrigadas a construir um acordo com permanecer até o final da mediação. De acordo com Dalla e Paumgarten:

“Preocupada em destacar o potencial da prática mediativa, fomenta a mediação como alternativa a jurisdição ou à via arbitral, provendo-a como um eficaz instrumento de autocomposição de conflitos e respeitando a autonomia de vontade das partes como bem indicado nos títulos II e IV do Decreto, consagrando a livre decisão das partes em aderir ao procedimento e na escolha do mediador. Destaca objetiva e claramente que a mediação é voluntária, e mesmo após iniciada, ninguém é obrigado a manter-se no procedimento nem a concluir um acordo”.<sup>63</sup>

A lei espanhola garantiu às partes a utilização tanto pré como pós processual, ela permitiu a suspensão do processo caso as partes após a demanda ajuizada queira mediar o conflito, devendo essa suspensão durar o tempo da mediação que não possui um prazo definido na lei para acontecer. A não estipulação de prazo é muito importante e uma acertada decisão da lei espanhola, tendo em vista que cada parte e cada conflito possui um tempo diferenciado para que se possa chegar a um acordo, com a estipulação de prazo tanto as partes quanto o mediador ficam inseguros e ansiosos, e acabam aceitando um acordo que os deixaram insatisfeitos, onde será mais difícil o seu cumprimento.

Com o acordo celebrado, este pode ser formalizado através de homologação judicial se for realizada no curso do processo ou por escritura pública, quando for anterior a demanda judicial.<sup>64</sup>

### 5.3.3 Itália

A Itália merece uma atenção especial tendo em vista que o regime de mediação adotado por ela foi muito além do que prevê a Diretiva 52/CE da União Europeia, e a mais significativa e inovação e a que vem causando maior impacto é a obrigatoriedade da utilização da mediação.

O Parlamento Italiano promulgou a Lei 69 de 2009, seguindo a Diretiva 2008/52/CE, e regulamentando a Lei em março de 2010 o Decreto Legislativo nº 28, que estabelece os parâmetros de três tipos de mediação,

sejam elas: *mediazione facoltativa*, *mediazione concordata* e *mediazione obbligatoria*.<sup>65</sup> O Regime do instituto de mediação adotado pela Itália foi muito além do que previu a Diretiva 52, no início da Lei, a mediação tinha o condão de obrigatoriedade, se as partes ingressassem no judiciário sem atender o procedimento da mediação, o juiz poderia remeter as partes a mediação e suspender o processo por quatro meses, ao final do que as partes teriam que entrar em acordo.<sup>66</sup>

A questão da mediação obrigatória na Itália está mostrando a grande problemática em obrigar as partes a mediar um conflito sem a sua vontade, ela entrou e saiu de pauta diversas vezes desde a edição da lei, em agosto de 2013 modificou-se a referida lei mais uma vez, exigindo que as partes antes de demandar na justiça, tentem uma solução amigável extrajudicialmente, acompanhada por advogados. Pode-se perceber pela resposta Italiana que obrigatoriedade quando se fala em mediação de conflitos não é uma boa ideia, educar os cidadãos e analisar previamente os casos em litígio para identificar a melhor forma de resolver o conflito é mais vantajoso em muitos aspectos.

## 6 MEDIAÇÃO E EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

A mediação como pensam alguns doutrinadores, não viola o preceito legal elencado na constituição em seu artigo 5º inciso XXXV, que proíbe a exclusão do Poder Judiciário na apreciação de lesão ou ameaça a direito. Há no dispositivo uma garantia do direito de ação, mas não uma imposição para que as lide sejam resolvidas exclusivamente do sistema jurisdicional.

O próprio preâmbulo constitucional traz em seu bojo um compromisso com a solução pacífica de controvérsias:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a *solução pacífica das controvérsias*, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.<sup>67</sup>

O preâmbulo apesar de não possuir força normativa, tece as diretrizes básicas do que será composto as normas do sistema constitucional. O Brasil, ainda é um país muito litigioso, onde a única saída que partes e advogados vislumbram diante de um conflito é a de levar o caso ao Judiciário<sup>68</sup>, e mesmo tendo consciência que a tutela jurisdicional prestada pelo Estado não conseguem procurar formas de resolver os conflitos. Para Fiuza:

“A cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos os nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o estado brasileiro e o salvador da pátria. Por via de consequência, como é do estado a tarefa de resolver todos os nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios.”<sup>69</sup>

Portanto a grande problemática brasileira para a institucionalização da mediação, das ADR's e do Sistema Multiportas é a questão cultural.<sup>70</sup> Visto que em diversos países a adoção das ADR's se deu com grande sucesso, e atingem os objetivos desejados pelo Estado. É fundamental que ocorra uma mudança na mentalidade da sociedade, tanto na perspectiva dos advogados, quanto das partes. O advogado possui um importante papel na mediação, ao prestar esclarecimentos as partes sobre sua existências e as técnicas utilizadas, sendo esse inclusive um dos deveres elencados no Código de Ética e Disciplina da OAB, quando em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso VI estabelece que o advogado deve estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

De acordo com Gladston Mamede:

“Percebe a norma, indubitavelmente, que a demanda é um mal, por vezes necessário, mas que sempre que possível deve ser evitado e que a sociedade, assim como seus membros, lucram quando é possível compor os litígios do que quando arrastam longas pendengas judiciais, nas quais se gasta tempo, dinheiro, para não falar em bens de natureza pessoal (fadiga, ansiedade, estresse, etc.) [...] É de boa política discutir os interesses do cliente, expor-lhe possibilidades riscos, oportunidades etc. O advogado não é contratado para litigar, mas para resolver o problema do cliente e, para tanto, o litígio nem sempre é a melhor solução.”<sup>71</sup>

O sistema de mediação deu muito certo em países como Espanha, Estados Unidos, Itália e Argentina, e pode ser implantado com êxito no Brasil, que já deu

um grande passo com a Resolução 125 do CNJ, mas para que isso possa ocorrer deverá existir capacitação de servidores do Sistema Judiciário, para que essa técnica seja aplicada com exatidão.

No Brasil a mediação vem sendo paulatinamente instituída tanto na âmbito privado como no âmbito público, tendo inclusive diversos tribunais criado câmaras de mediação. Tramita no Congresso o Projeto de Lei nº 4.827-C de 1988, da Deputada Zulaiê Cobra, que institucionaliza a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos. O projeto mencionado apresenta a mediação incidental obrigatória, ressaltando que “a obrigatoriedade da mediação incidental pode ter o condão de estimular a autocomposição e desafogar as varas de primeira instância”.<sup>72</sup> Opinião essa que é muito discutida no âmbito doutrinário, tendo em vista que obrigar as partes a conciliarem um acordo é um verdade iro contracenso com o instituto da mediação. Comunga dessa opinião Humberto Dalla “a primeira vista, a institucionalização pode até significar um avanço, mas acaba por enfraquecer as escolhas das partes envolvidas no conflito”.<sup>73</sup>

Dalla defende que o sucesso da mediação só será mantido enquanto ela for uma opção das partes, acredita ainda que a mediação dentro dos tribunais vai afastar o conceito tradicional de mediação transformando -a em apenas mais um instrumento de administração da justiça.<sup>74</sup> Também entende desta forma Waisberg, afirmando que a voluntariedade é uma característica essencial da mediação e pó isso “a obrigatoriedade da mediação incidental não se ajusta ao instituto da mediação”.<sup>75</sup>

Uma opinião contrária é a de Medina, que entende que a utilização compulsória dos mecanismos alternativos de solução de disputas, com a possibilidade e posterior ingresso ao judiciário pode ser uma maneira eficaz de incentivo as ADR's no Brasil, reduzindo sensivelmente a crise judicial do nosso país.

A mediação é definida no Projeto de Lei nº 4.827-C, em seu artigo 1º como “a atividade técnica exercida por uma terceira pessoa que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos”.<sup>76</sup> Apresenta também algumas características: a mediação é voltada apenas aos conflitos de natureza civil – o primeiro projeto previa a possibilidade de mediação na esfera criminal, mas o texto foi vetado, tendo em vista a obrigatoriedade da ação

penal -, podendo ser ainda quanto ao momento de sua instauração: prévia ou incidental e quanto aos mediadores: judicial ou extrajudicial. Em princípio deveria ser realizada no prazo máximo de 90 dias e ser sigilosa, salvo se as partes estipularem em contrário.

Conforme, já foi mencionada a expressão acesso à justiça envolve duas possibilidades principais: de acesso ao Poder Judiciário por todos os cidadãos e a produção de resultados justos e efetivos quando ocorre a solução para um conflito.<sup>77</sup> Oportunizando um acesso pleno a justiça por possuir como características rapidez, baixo custo, alcance real da pacificação social, entre outras, que trazem como consequência uma maior efetividade e justiça na solução dos conflitos.<sup>78</sup>

Deve-se entender que a utilização da mediação dentro ou mesmo fora do poder judiciário, através das câmaras de mediação privadas, não o tornará menos importante diante da sociedade, a mediação deve ser utilizada em conjunto com o sistema judicial, como um auxílio para que a pacificação social possa ser alcançada naqueles conflitos capazes de serem solucionados sem litígio, com diálogo e compreensão.

## CONCLUSÃO

O estudo sobre o novo olhar dado ao acesso à justiça ganhou importância nos últimos anos, uma grande parte dessa importância se deu pelo trabalho realizado por Cappelletti e Garth, que é reconhecido pelos diversos enfoques que o conceito sofreu ao longo do tempo, as quais afirmam serem manifestações cronológicas dessas mudanças.

O acesso à justiça possui a finalidade das pessoas resolverem seus conflitos através da tutela do Estado, mas atualmente possui também a possibilidade de acesso aos métodos alternativos de resolução de disputas, se incluindo nesse rol a arbitragem, a conciliação e principalmente a mediação, que vem ocupando um lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos. A mediação como efetivação do acesso a justiça garante as partes uma visão diferenciada do conflito, através dela o indivíduo é estimulado a desenvolver o diálogo e a cooperação. A técnica de resolução de conflitos através da mediação surge como uma alternativa viável e complementar ao sistema judicial. A mediação vem para modificar o olhar da justiça, com vistas cada vez mais voltada para a sociedade, buscando o necessário fomento à paz e ao incentivo de práticas de cidadania.

Nesse sentido, se faz necessário à promoção do Estado as técnicas de resolução de conflitos, promovendo a ampliação de meios que levem as pessoas a alcançarem efetivamente o acesso à justiça. Destarte, a utilização da arbitragem, da conciliação e da mediação se faz necessária, como uma forma de diminuir o acúmulo de demandas judiciais garantindo uma resolução de conflito tempestiva e eficaz. É importante como se observa a divulgação de tais meios e a ampliação de sua utilização por parte da sociedade, tendo em vista que garantem uma resolução simples, célere e menos custosa.

O Brasil ainda não trata a mediação como deveria e não possui muita tradição no uso das ADR's, os países da União Europeia possuem o instituto de uma forma mais avançada, com a Diretiva e as Leis de cada país, a mediação é amplamente conhecida e utilizada pela população. Nos Estados Unidos tanto a mediação como as outras formas alternativas de resolução de disputas são muito populares, e segue uma tendência de se utilizar a mediação anterior ao processo de forma obrigatória.

A mediação trata o conflito de uma forma única, e impede na maioria das vezes a propositura de novas demandas judiciais, dessa forma a mediação tem sido vista como uma nova forma de solucionar a crise do atual modelo de jurisdição. Buscando a mediação como novo instrumento de acesso a justiça, se contribui para a minimização de demandas judiciais, para a humanização do processo e uma entrega rápida e efetiva da jurisdição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabio Portela Lopes. **Quando a busca pela eficiência paralisa o judiciário**. Conjur, jan. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZEVEDO, André Goma. **Manual de mediação judicial**. 1. Ed. Brasília: FUB CEAD, 2013. BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.827/98**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=97878&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+4827/1998](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=97878&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+4827/1998)>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. BRASIL. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>.

BRASIL. **Projeto de lei nº 94 de 2002**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=24600&tp=1>>.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003. BUELONI JUNIOR, Waldir Benedicto. **Acesso a justiça e juizado especial cível: ponto conflitantes entre a teoria e a realidade**. UNIMEP. Disponível em: <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/KTQIXWGFSQGV.pdf>> BUZAID, Alfredo. **Estudos de direito**. São Paulo: Saraiva, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedad**. Buenos Aires: Ejea, 1974.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário a lei 9.307/96**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo. Malheiros, 2010.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e pratica**. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRECO, Leonardo. **Acesso à Justiça no Brasil**. In Revista do Curso de Direito da UNIVALE- Universidade do Vale do Rio Doce, nº 1. Governador Valadares. UNIVALE, jan/jun. 98.

CORREIA, Dandara Batista. **O acesso à justiça nas práticas de mediação e conciliação: limites na garantia dos direitos**. Revista Cej, v. 16, n. 58, set/ dez. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/>

<index.php/revcej/article/viewArticle/1605>>.

DALLA, Humberto; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **A institucionalização da mediação é a penácea para a crise do acesso a justiça?** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3>>.

DAVIS, Edward P. **Mediação no direito comparado**. In: *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: CEJ, 2003.

DIAS, Roberto Bretas de Carvalho. **A reforma do judiciário e os princípios do devido processo legal e da eficiência**. 11. Ed. Belo Horizonte: Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2005. DINAMARCO. Candido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FARIA, Anderson Peixoto. **O acesso à justiça e as ações afirmativas**. In: SOFIATI QUEIROZ, Rafael Augusto (Org.). *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, FIUZA, Cesar. **Teorial Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 217.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade**. Coordenação da Tradução: Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GENRO, Tarso. **Prefácio da primeira edição do manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2000.

FONSECA E SILVA, Augusto Vinicius. **Pela máxima efetividade processual nos juizados especiais cíveis**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil - ABDPC. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PELA%20MAXIMA%20EFETIVIDADE%20PROCESSUAL%20NOS%20JUIZADOS%20ESPECIAIS%20CIVEIS%20Augusto%20Vinicius%20Fonseca%20e%20Silva.pdf>>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Fundamentos da Justiça Conciliativa**. In: *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007.

LA HERA, Carlos María Alcover de. **La mediacion como estratégia para la resolucion de conflictos: una perspectiva psicossocial**. Disponível em: <[http://www.urjc.es/comunidad\\_universitaria/](http://www.urjc.es/comunidad_universitaria/)

defensor/textos/La%20mediacion%20como%20 estrategia%20 para%20la%20resolucion%20de%20 conflictos.%20Una%20perspectiva%20psicosocial. pdf>. LITTLEJOHN, Stephen; DOMENICI, Kathy L. **Objetivos e métodos de comunicação na mediação**. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (org.). *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

MAMEDE, Gladston. **A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 246/247

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para resolução de conflitos**. Porto Alegre. Artmed, 1998.

MUNIZ, Deborah Lidia Lobo. **A mediação como facilitadora do acesso à justiça e ao exercício da cidadania**. Revista Jurídica da UniFil. Ano 1 – nº 1. Disponível em: <[http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica\\_01-6.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-6.pdf)>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **A Garantia de Acesso à Justiça e o uso da Mediação na Resolução dos Conflitos Submetidos ao Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/55-volume-2-n-2-fevereiro-de-2012/173-a-garantia-de-acesso-a-justica-e-o-uso-da-mediacao-na-resolucao-dos-conflitos-submetidos-ao-poder-judiciario>>.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso a justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. **O moderno conceito de acesso a justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos: a mediação e a escola do mediador**. Revista da Ajuris, v.97. SCHRODER, Letícia de Mattos; PAGLIONE, Gabriela Bonini. **A resolução 125 do CNJ e os novos rumos da conciliação e mediação: será, enfim, a vez da efetividade da prestação jurisdicional?**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=18a411989b47ed75>>.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

TARGA, Maria Inês Cerqueira Cesar. **Mediação em Juízo**. São Paulo: LTR, 2004. p. 142.

VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Florianópolis: Dominguez & Dominguez LTDA, 2001.

VILASANCHEZ, Felipe. **CNJ emenda Resolução 125 para estimular conciliação**. *Conjur*, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-13/cnj-emenda-resolucao-125-estimular-mediacao-solucao-conflitos>.

WAISBERG, Ivo. **Anteprojeto de lei de mediação no processo civil**. In: Revista de arbitragem e mediação. São Paulo, v. 1 n.2, maio/ago. 2004.

MENDONÇA, J.J. Florentino Santos; FLORENTINO, Deluse Amaral Rolim. **Instrumento para a efetivação do acesso à justiça**. Recife: Bagaço, 2005.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

---

1 BRASIL. Constituição Federal 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 10 set. 2013.

2 AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. O direito de acesso à justiça e a mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48.

3 CORREIA, Dandara Batista. O acesso à justiça nas práticas de mediação e conciliação: limites na garantia dos direitos. *Revista Cej*, v. 16, n. 58, set/dez. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1605>>. Acesso em: 09 set. 2013.

4 GRECO, Leonardo. Acesso à Justiça no Brasil. In *Revista do Curso de Direito da UNIVALE- Universidade do Vale do Rio Doce*, nº 1. Governador Valadares. UNIVALE, jan/jun. 98, p. 70.

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.11/12.

6 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo. Malheiros, 2010. p. 40.

- 7 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p.08.
- 8 RODRIGUES JUNIOR apud RODRIGUES, Horácio Wanderley. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28.
- 9 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28/29
- 10 GENRO, Tarso. Prefácio da primeira edição do manual de mediação judicial. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2000, p. 13.
- 11 RODRIGUES JUNIOR. Walsir Edson. A prática da mediação e o acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 28.
- 12 FARIA, Anderson Peixoto. O acesso à justiça e as ações afirmativas. In: SOFIATI QUEIROZ, Rafael Augusto (Org.). Acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2002, p. 13.
- 13 RODRIGUES JUNIOR. Walsir Edson. op. cit. p. 30.
- 14 CAPPELLETTI, Mauro. Processo, ideologias e sociedade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 387.
- 15 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 15.
- 16 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit. p. 91.
- 17 BUZAID, Alfredo. Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 144
- 18 ALMEIDA, Fabio Portela Lopes. Quando a busca pela eficiência paralisa o judiciário. Conjur, jan. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>. Acesso em 15 ago. 2013
- 19 DIAS, Roberto Bretas de Carvalho. A reforma do judiciário e os princípios do devido processo legal e da eficiência. 11. Ed. Belo Horizonte: Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2005, p. 50.
- 20 AZEVEDO, André Goma. Manual de mediação judicial. 1. Ed. Brasília: FUB CEAD, 2013, p. 28.
- 21 MENDONÇA, J.J. Florentino Santos; FLORENTINO, Deluse Amaral Rolim. Instrumento para a efetivação do acesso à justiça. Recife: Bagaço, 2005, p. 287
- 22 TROCKER, Nicolò. Processo civile e costituzione. Milano: Giuffrè, 1974. p. 276/277.
- 23 CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedad. Buenos Aires: Ejea, 1974, p. 133.
- 24 GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. A crise de gestão do poder judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. ENFAM. Disponível em: [http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099\\_Des\\_Marcos\\_Alaor\\_Artigo\\_ENFAM\\_28\\_4\\_2011\\_editado.pdf](http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des_Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf) >. Acesso em: 17 set. 2013.
- 25 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Jurisdição constitucional democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 412.
- 26 JOBIM, Nelson. Discurso de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62841&caixaBusca=N> >. Acesso em: 17 set. 2013.
- 27 FONSECA E SILVA, Augusto Vinicius. Pela máxima efetividade processual nos juizados especiais cíveis. Academia Brasileira de Direito Processual Civil - ABDPC. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PELA%20MAXIMA%20EFETIVIDADE%20> PROCESSUAL%20NOS%20JUIZADOS%20ESPECIAIS%20CIVEIS%20Augusto%20Vinicius%20Fonseca%20e%20Silva.pdf > Acesso em: 10 set. 2013.
- 28 BUELONI JUNIOR, Waldir Benedicto. Acesso a justiça e juizado especial cível: ponto conflitantes entre a teoria e a realidade. UNIMEP. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/KTQIXWGFSGV.pdf> > Acesso em 10 set. 2013.
- 29 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.
- 30 BUELONI JUNIOR, Waldir Benedicto. Acesso a justiça e juizado especial cível: ponto conflitantes entre a teoria e a realidade. UNIMEP. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/KTQIXWGFSGV.pdf> > Acesso em 10 set. 2013.
- 31 AZEVEDO, André Goma. Manual de mediação judicial. 1. Ed. Brasília: FUB CEAD, 2013, p. 27.
- 32 VILASANCHEZ, Felipe. CNJ emenda Resolução 125 para estimular conciliação. Conjur, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-13/cnj-emenda-resolucao-125-estimular-mediacao-solucao-conflitos>. Acesso em: 10 set. 2013.
- 33 SCHRODER, Leticia de Mattos; PAGLIONE, Gabriela Bonini. A resolução 125 do CNJ e os novos rumos da conciliação e mediação: será, enfim, a vez da efetividade da prestação jurisdicional?. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=18a411989b47ed75> >. Acesso em 10 set. 2013.
- 34 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. In: Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.
- 35 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. A Garantia de Acesso à Justiça e o uso da Mediação na Resolução dos Conflitos Submetidos ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/55-volume-2-n-2-fevereiro-de-2012/173-a-garantia-de-acesso-a-justica-e-o-uso-da-mediacao-na-resolucao-dos-conflitos-submetidos-ao-poder-judiciario> >. Acesso em: 10 set. 2013.
- 36 WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Processo civil: curso completo. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- 37 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel: Teoria geral do processo. São Paulo. Malheiros, 2010.
- 38 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. São Paulo. Malheiros, 2010. p. 28.
- 39 RODRIGUES JUNIOR. Walsir Edson. A prática da mediação e o acesso a justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 26.
- 40 AMARAL. Márcia Terezinha Gomes. O direito de acesso à justiça e a mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 46.
- 41 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.32/33.
- 42 VEZZULA, Juan Carlos. Teoria e prática da mediação. Florianópolis: Dominguez & Dominguez LTDA, 2001. p. 17.
- 43 DINAMARCO, Candido Rangel. A reforma do código de processo civil. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 127.
- 44 BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm) >. Acesso em 10 ago. 2013.

45 DINAMARCO, Candido Rangel. A reforma do código de processo civil. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 120.

46 AMARAL, Marcia Terezinha Gomes. op. cit. p. 75.

47 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário a lei 9.307/96. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

48 LITTLEJOHN, Stephen; DOMENICI, Kathy L. Objetivos e métodos de comunicação na mediação. In: SCHNITMAN, Dora

Fried; LITTLEJOHN, Stephen (org.). Novos paradigmas em mediação. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 209.

49 BRASIL. Projeto de lei nº 94 de 2002. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=24600&tp=1>>. Acesso em 01 set. 2013.

50 MUNIZ, Deborah Lidia Lobo. A mediação como facilitadora do acesso à justiça e ao exercício da cidadania. Revista Jurídica da UniFil. Ano 1 – nº 1. Disponível em: <[http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica\\_01-6.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-6.pdf)>. Acesso em 01 set. 2013.

51 MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para resolução de conflitos. Porto Alegre. Artmed, 1998. p. 28.

52 AMARAL. Márcia Terezinha Gomes. O direito de acesso à justiça e a mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 74.

53 AZEVEDO, André Goma. Manual de mediação judicial. 1. Ed. Brasília: FUB CEAD, 2013, p. 77/78.

55 BRASIL. Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em 02 set 2013.

56 COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p.71.

57 LA HERA, Carlos María Alcover de. La mediacion como estratégia para la resolucion de conflictos: uma perspectiva psicossocial. Disponível em:

59 AMARAL. Márcia Terezinha Gomes. O direito de acesso à justiça e a mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 121/122.

60 DAVIS, Edward P. Mediação no direito comparado. In: Mediação: um projeto inovador. Brasília: CEJ. 2003. p. 24.

61 SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. O moderno conceito de acesso a justiça e os métodos alternativos de solução de

63 DALLA, Humberto; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A institucionalização da mediação é a penácea para a crise do acesso a justiça? Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3>>. Acesso em 15 set. 2013. 64 Ibidem.

65 DALLA e PAUMGARTTEN apud DITTRICH, Lotario. Il procedimento di mediazione nel d. lgs. N.28. del 4 marzo 2010. Disponível em: <http://www.judicium.it>. Acesso em: 18 set. 2013

66 DALLA, Humberto; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A institucionalização da mediação é a penácea para a crise do acesso a justiça? Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3>>. Acesso em 15 set. 2013.

67 BRASIL. Constituição Federal 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 15 set. 2013.

68 RODRIGUES JUNIOR. Walsir Edson. A prática da mediação e

o acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 160.

69 FIUZA, Cesar. Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 217.

70 RODRIGUES JUNIOR. Walsir Edson. A prática da mediação e o acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 162.

71 MAMEDE, Gladston. A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 246/247.

72 AMARAL. Márcia Terezinha Gomes. O direito de acesso à justiça e a mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 135.

73 DALLA, Humberto; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A institucionalização da mediação é a penácea para a crise do acesso a justiça? Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3>>. Acesso em 15 set. 2013. 74 Ibidem.

75 WAISBERG, Ivo. Anteprojeto de lei de mediação no processo civil. In: Revista de arbitragem e mediação. São Paulo, v. 1 n.2, maio/ago. 2004, p. 259.

76 BRASIL. Projeto de Lei nº 4.827/98. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=97878&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+4827/1998](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=97878&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+4827/1998)>. Acesso em 15 set. 2013.

77 MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 36

78 FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. Coordenação da Tradução: Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

**PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**  
**CASA CIVIL**  
**Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**LEI Nº 13.015, DE 21 JULHO DE 2014.**

Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho.

A **PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1o Os arts. 894, 896, 897-A e 899 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 894. ....  
 ....

II - das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. (Revogado).

§ 2o A divergência apta a ensejar os embargos deve ser atual, não se considerando tal a ultrapassada por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 3o O Ministro Relator denegará seguimento aos embargos:

I - se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou com iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, cumprindo-lhe indicá-la;

II - nas hipóteses de intempestividade, deserção, irregularidade de representação ou de ausência de qualquer outro pressuposto extrínseco de admissibilidade.

§ 4o Da decisão denegatória dos embargos caberá

agravo, no prazo de 8 (oito) dias.” (NR)

“Art. 896. ....

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;

.....

§ 1o O recurso de revista, dotado de efeito apenas devolutivo, será interposto perante o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, que, por decisão fundamentada, poderá recebê-lo ou denegá-lo.

§ 1o-A. Sob pena de não conhecimento, é ônus da parte:

I - indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista;

II - indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei, súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que conflite com a decisão regional;

III - expor as razões do pedido de reforma, impugnando todos os fundamentos jurídicos da decisão recorrida, inclusive mediante demonstração analítica de cada dispositivo de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencial cuja contrariedade aponte.

.....

§ 3o Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

§ 4o Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência.

§ 5o A providência a que se refere o § 4o deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecuráveis.

§ 6o Após o julgamento do incidente a que se refere o § 3o, unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência.

§ 7o A divergência apta a ensejar o recurso de revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 8o Quando o recurso fundar-se em dissenso de julgados, incumbe ao recorrente o ônus de produzir prova da divergência jurisprudencial, mediante certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

§ 9o Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a

súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal.

§ 10. Cabe recurso de revista por violação a lei federal, por divergência jurisprudencial e por ofensa à Constituição Federal nas execuções fiscais e nas controvérsias da fase de execução que envolvam a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), criada pela Lei no 12.440, de 7 de julho de 2011.

§ 11. Quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Tribunal Superior do Trabalho poderá desconsiderar o vício ou mandar saná-lo, julgando o mérito.

§ 12. Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 8 (oito) dias.

§ 13. Dada a relevância da matéria, por iniciativa de um dos membros da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, aprovada pela maioria dos integrantes da Seção, o julgamento a que se refere o § 3o poderá ser afeto ao Tribunal Pleno.” (NR)

“Art. 897-A. ....

§ 1o Os erros materiais poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

§ 2o Eventual efeito modificativo dos embargos de declaração somente poderá ocorrer em virtude da correção de vício na decisão embargada e desde que ouvida a parte contrária, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 3o Os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes, salvo quando intempestivos, irregular a representação da parte ou ausente a sua assinatura.” (NR)

“Art. 899. ....

§ 8o Quando o agravo de instrumento tem a finalidade de destrancar recurso de revista que se insurge contra decisão que contraria a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas suas súmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito referido no § 7o deste artigo.” (NR)

Art. 2o A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, passa a vigorar acrescida dos seguintes

arts. 896-B e 896-C:

“Art. 896-B. Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.”

“Art. 896-C. Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.

§ 1o O Presidente da Turma ou da Seção Especializada, por indicação dos relatores, afetará um ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento pela Seção Especializada em Dissídios Individuais ou pelo Tribunal Pleno, sob o rito dos recursos repetitivos.

§ 2o O Presidente da Turma ou da Seção Especializada que afetar processo para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos deverá expedir comunicação aos demais Presidentes de Turma ou de Seção Especializada, que poderão afetar outros processos sobre a questão para julgamento conjunto, a fim de conferir ao órgão julgador visão global da questão.

§ 3o O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho oficialará os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho para que suspendam os recursos interpostos em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos, até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 4o Caberá ao Presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Tribunal Superior do Trabalho, ficando suspensos os demais recursos de revista até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 5o O relator no Tribunal Superior do Trabalho poderá determinar a suspensão dos recursos de revista ou de embargos que tenham como objeto controvérsia idêntica à do recurso afetado como repetitivo.

§ 6o O recurso repetitivo será distribuído a um dos Ministros membros da Seção Especializada ou do Tribunal Pleno e a um Ministro revisor.

§ 7o O relator poderá solicitar, aos Tribunais Regionais do Trabalho, informações a respeito da controvérsia, a serem prestadas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 8o O relator poderá admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, na forma da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

§ 9o Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 7o deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de 15 (quinze) dias.

§ 10. Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na Seção Especializada ou no Tribunal Pleno, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos.

§ 11. Publicado o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, os recursos de revista sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito da matéria no Tribunal Superior do Trabalho; ou

II - serão novamente examinados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.

§ 12. Na hipótese prevista no inciso II do § 11 deste artigo, mantida a decisão divergente pelo Tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso de revista.

§ 13. Caso a questão afetada e julgada sob o rito dos recursos repetitivos também contenha questão constitucional, a decisão proferida pelo Tribunal Pleno não obstará o conhecimento de eventuais recursos extraordinários sobre a questão constitucional.

§ 14. Aos recursos extraordinários interpostos perante o Tribunal Superior do Trabalho será aplicado o procedimento previsto no art. 543-B da

Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), cabendo ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte, na forma do § 1o do art. 543-B da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

§ 15. O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho poderá officiar os Tribunais Regionais do Trabalho e os Presidentes das Turmas e da Seção Especializada do Tribunal para que suspendam os processos idênticos aos selecionados como recursos representativos da controvérsia e encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, até o seu pronunciamento definitivo.

§ 16. A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

§ 17. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.”

Art. 3o Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 21 de julho de 2014; 193o da Independência e 126o da República.

DILMA ROUSSEFF  
José Eduardo Cardozo  
Manoel Dias  
Luís Inácio Lucena Adams

Este texto não substitui o publicado no DOU de 22.7.2014

## O SIMPLES E A ADVOCACIA

### Eduardo Pugliesi

Presidente da Comissão Nacional de Acompanhamento Legislativo da OAB

“Uma conquista histórica para advocacia”. Com estas palavras, o presidente do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coelho, celebrou, no último dia 16 de julho, a aprovação, por unanimidade, no Senado Federal, do PLC 60/2014, que prevê a inclusão dos advogados no rol das categorias beneficiadas pelo Simples Nacional.

Tal projeto de lei, que já tinha sido aprovado na Câmara Federal, deverá ser sancionado, em breve, pela Presidente Dilma Rousseff, quiçá antes do 11 de agosto, o que representaria um belo presente para a advocacia brasileira.

Essa luta, além de duradoura, uma vez que teve início ainda no distante ano de 2006, quando publicada a Lei Complementar n.º 123/06, é, de fato, histórica para advocacia brasileira.

Isso porque, com um regime tributário mais justo, além de permitir a formalização de diversas sociedades de advogados, com a adesão ao Simples Nacional, haverá geração de empregos, renda e, conseqüentemente, maior arrecadação tributária para o nosso país. E explico.

O primeiro ponto que merece destaque no projeto aprovado no Senado diz respeito à redução da carga tributária para a atividade da advocacia. Isso porque, com a inclusão no Simples Nacional, as sociedades de advogados com receita bruta anual de até R\$ 3.600.000,00 terão uma alíquota diferenciada, conforme previsto na Tabela IV, anexa à Lei Complementar n.º 123/06.

Por exemplo, as sociedades de advogados com receita bruta anual até R\$ 180.000,00 hoje têm uma carga tributária de aproximadamente 17%, incluindo aí o IRPJ, o CSLL, o PIS, o COFINS e o ISS. Com a adesão ao Simples Nacional, elas suportarão uma carga tributária de apenas 4,5%.

Com a referida mudança de regime de tributação, portanto, uma sociedade de advogados com atuação no Município do Recife, cuja alíquota do ISS é de 5%, e com a receita bruta anual de R\$ 180.000,00, ao invés de pagar R\$ 29.394,00 de tributo por ano, pagará apenas R\$ 8.100,00, tendo, com isso,

um abatimento mensal de quase R\$ 1.800,00.

Não à toa, o presidente do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coelho, adjectiva essa conquista como histórica para advocacia, sobretudo para aquele que mais necessita, que é o advogado que está na base da pirâmide do sistema.

A propósito, a Procuradoria Especial de Direito Tributário do Conselho Federal da OAB, sob a coordenação do tributarista Luiz Gustavo Bichara, fez um estudo prévio, e com os números apurados concluiu que a adesão da advocacia ao Simples Nacional não só levará milhares de advogados à formalidade tributária societária, como também gerará emprego, renda e arrecadação para o país.

Segundo esse estudo, há no Brasil hoje 40 mil advogados integrantes de sociedades de advogados e 760 mil fora delas. Destes, estima-se que aproximadamente 228 mil trabalham em empresas ou em outras atividades. Dos 532 mil restantes, espera-se que 40% deles constituam sociedades de advogados.

Se cada uma dessas novas sociedades tiver dois sócios, imagina-se que serão constituídas, num prazo médio de 5 anos após a vigência da lei, mais de 100 mil sociedades de advogados no Brasil, gerando, com isso, repito, emprego, renda e arrecadação.

Trata-se de uma lei com caráter reformador do ponto de vista social. Com ela, faz-se justiça tributária numa atividade que tanto contribui para o Brasil.

Portanto, a advocacia brasileira está de parabéns, com a aprovação desse projeto de lei que permite à sua adesão ao Simples Nacional, luta que contou com o trabalho incansável dos Presidentes Marcus Vinicius Furtado Coelho e Pedro Henrique Reynaldo Alves, que não se esquivaram do comando normativo do art. 44, II, do nosso Estatuto, que estabelece que é tarefa da OAB promover a defesa dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Aliás, não é exagero dizer que o Conselho Federal da OAB e a OAB-PE, nesse caso, foram além da defesa dos advogados brasileiros. Juntas, elas lutaram por justiça tributária, esta tão reclamada no nosso país.

Advogado: com a Qualicorp você pode ter acesso aos mais respeitados planos de saúde.



Só a parceria da OAB-PE/CAAPE com a Qualicorp proporciona acesso ao melhor da medicina, com inúmeras vantagens para você, Advogado.



- Rede com os melhores hospitais, laboratórios e médicos do Brasil.<sup>1</sup>
- Livre escolha de prestadores médico-hospitais com reembolso.<sup>2</sup>
- Confira as possibilidades de redução de carências.<sup>3</sup>

Ligue e aproveite:

**0800 799 3003**  
De segunda a sexta, das 9 às 21h, e aos sábados, das 10 às 16h.  
[www.economizecomaqualicorp.com.br](http://www.economizecomaqualicorp.com.br)



<sup>1</sup> De acordo com a disponibilidade da rede médica da operadora escolhida e do plano contratado. <sup>2</sup> Conforme condições contratuais. <sup>3</sup> A disponibilidade e as características desse benefício especial podem variar conforme a operadora escolhida e o plano contratado.

Planos de saúde coletivos por adesão, conforme as regras da ANS. Informações resumidas. A comercialização dos planos respeita a área de abrangência das respectivas operadoras. Os preços e as redes estão sujeitos a alterações, por parte das respectivas operadoras, respeitadas as disposições contratuais e legais (Lei nº 9.656/98). Condições contratuais disponíveis para análise. Julho/2014.

Amil: **ANS nº 326305** | Bradesco Saúde: **ANS nº 005711** | SulAmérica: **ANS nº 006246**

Qualicorp  
Adm. de Benefícios:  
**ANS nº 417173**



# Conferência Estadual dos Advogados

OAB PE

sale

**O papel do Advogado na  
Concretização dos Direitos Fundamentais.  
Garanta já o seu lugar nesse debate.**

27 a 29 de Agosto de 2014 | Mar Hotel - Recife



INFORMAÇÕES E INSCRIÇÕES  
[www.esape.com.br](http://www.esape.com.br)  
(81) 3224-2425 | 3224-7282

Realização:



PERNAMBUCO



- > Cursos de Extensão
- > Cursos de Pós-graduação
- > Caravana da Oratória
- > Caravana do Processo Eletrônico
- > Certificação Digital para advogados
- > Revista Advocatus

[www.esape.org.br](http://www.esape.org.br)



@ESAOABPE

Rua do Imperador Dom Pedro II, nº 307  
Santo Antônio, Recife/PE  
Telefones: (81) 3224-2425 | 3224-7282  
Fax: (81) 3224-2604

# AVANCE. FAÇA PÓS-GRADUAÇÃO NA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DE PERNAMBUCO (ESA -PE)

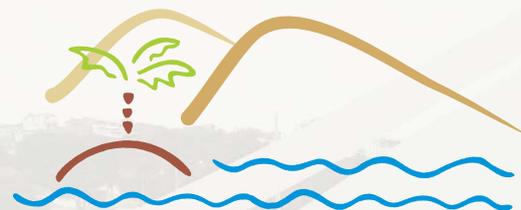
A ESA-PE oferece serviços diferenciados e formação contínua de qualidade aos advogados pernambucanos.

ESA | Recife • Garanhuns  
Caruaru • Petrolina





*Você e sua família merecem o melhor.*



Loteamento

**Villa do Rio**  
Gravatá PE

## Infra - estrutura completa

- Localização: Rua 1º de Janeiro (liga Gravatá à Mandacaru)
- Apenas à 2km do Pátio de eventos e vizinho ao condomínio Serraville
- Castelo D´água com 10.000 lts
- Cisterna com 20.000 lts
- Guarita de segurança (portaria com wc)
- Ruas urbanizadas

- Energia elétrica e água da Compesa, com abastecimento pronto para cada unidade
- Poço artesiano
- Rio com barragem e lago
- Terrenos de 275m<sup>2</sup> a 679m<sup>2</sup>
- Apenas 56 terrenos prontos para construir
- Acesso pavimentado desde a BR 232

- ✓ *Projeto aprovado pela prefeitura*
- ✓ *Registrado no cartório de imóveis*

**APROVEITE!**  
RESTAM POUCAS UNIDADES.

Parcelas a partir de  
R\$ **1.120,00** mensais

Sinal a partir de R\$ 7.444,00 com prestações a partir de R\$ 1.120,00 corrigidas pelo INPC mensalmente. Desconto especial de 5% para advogados e magistrados.

Ligue agora e faça o seu plano de pagamento.

Vendas  
(81) 3426.3737

