

V. 24 ♦ N. 3 ♦ SETEMBRO/DEZEMBRO ♦ 2022

ISSN 2236-8957

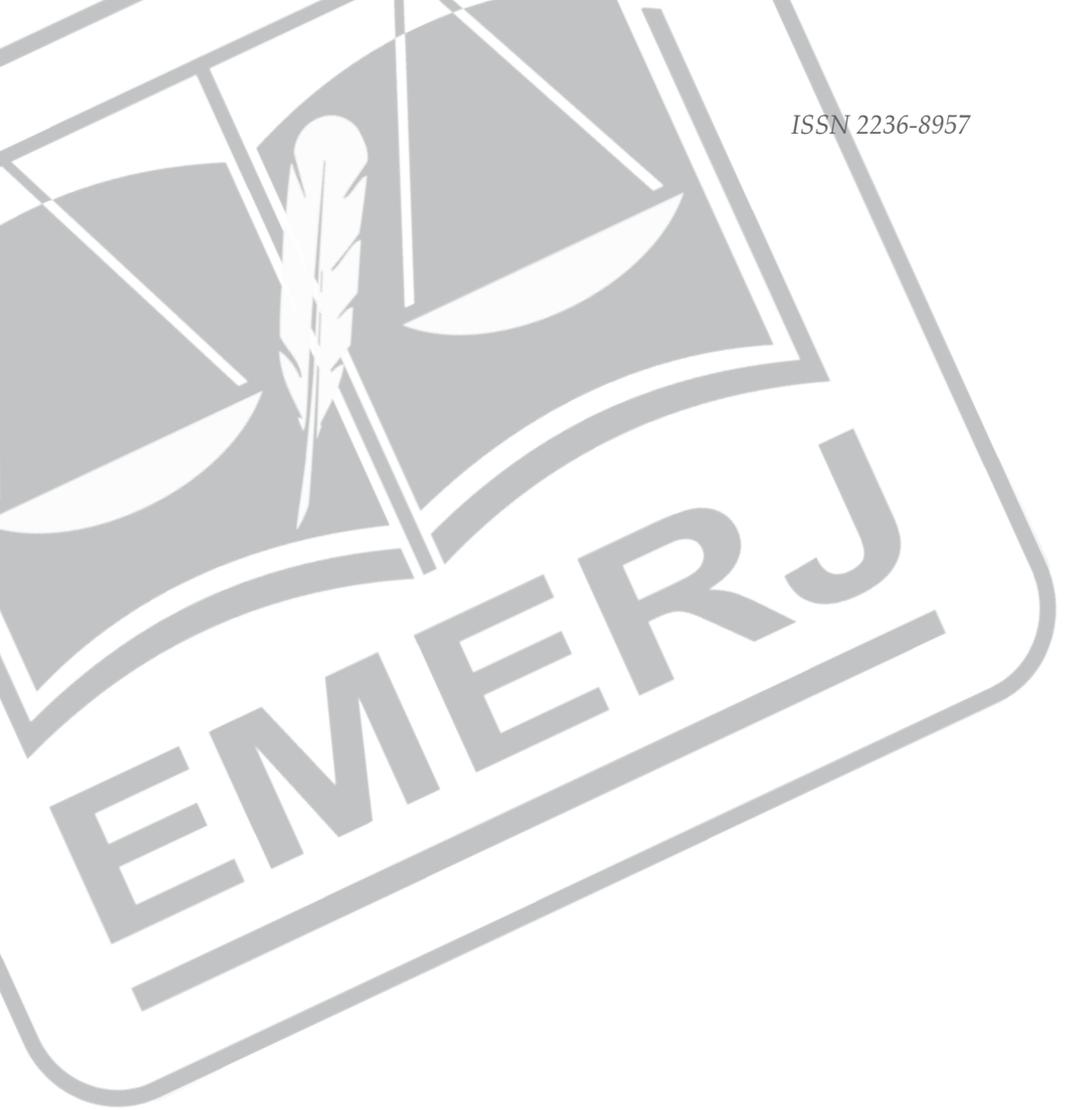
REVISTA DA

# EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



# Revista da EMERJ

*Setembro/Dezembro*  
*V. 24 - n. 3 - Ano 2022*

*Rio de Janeiro*

© 2022 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**EQUIPE EDITORIAL:**

**Coordenador Editorial:** Dra. Cristina Tereza Gaulia, Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

**Conselho Editorial:** Dr. Luiz Fux, Me. Antonio Saldanha Palheiro, Luis Felipe Salomão, Me. Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Dr. Abel Fernandes Gomes, Dr. Adán Carrizo González-Castell, Dra. Adriana Ramos de Mello, Dr. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Me. Anderson de Paiva Gabriel, Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Dr. Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Me. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Dr. Cassio Scarpinella Bueno, Me. Cesar Felipe Cury, Me. Daniel Vianna Vargas, Dra. Edna Raquel Rodrigues dos Santos Hogemann, Me. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Dr. Fredie Souza Didier Junior, Dr. Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Dr. José Guilherme Vasi Werner, Dra. Larissa Pinho de Alencar Lima, Dr. Lenio Luiz Streck, Dra. Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Dr. Luciano Vianna Araújo, Me. Luiz Roberto Ayoub, Juiz Rafael Estrela Nóbrega, Dr. Rodrigo Borges Valadão, Dr. Sérgio Cavalieri Filho.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão on-line)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)

## **Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**

---

### **■ PRESIDENTE**

**Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira**

### **■ CORREGEDOR-GERAL**

**Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo**

### **■ 1º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho**

### **■ 2º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio**

### **■ 3º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos**

## **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**

---

### **■ DIRETORA-GERAL**

**Desembargadora Cristina Tereza Gaulia**

### **■ CONSELHO CONSULTIVO**

**Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo**

**Vice-Presidente**

**Desembargador Claudio Brandão de Oliveira**

**Diretor Adjunto Administrativo**

**Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira**

**Desembargador Claudio Luis Braga Dell'Orto**

**Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro**

**Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira**

**Desembargador Ricardo Couto de Castro**

**Juíza Adriana Ramos de Mello**

**Equipe Administrativa - EMERJ:**

**Assessora Acadêmica de Publicações e Pesquisa:** Ana Cristina Willemann Flores

**Execução Administrativa e Pesquisa:** Yanka Albertin Sodré

**Produção Gráfico-Editorial:**

**Diretor da Divisão de Design Gráfico:** Ébano Machel do Rosario Assis

**Capa:** Rafaelle Neves

**Diagramação:** Pablo Faria

**Revisão Ortográfica:** Ana Paula Maradei, Nivia Duarte Brandão e Clara Bastos

# Sumário

---

## **7 | Apresentação**

*Jessé Torres*

## **9 | Reconhecimento Fotográfico do Acusado: Artigo 226 do Código de Processo Penal**

*Alberto Salomão Junior*

## **27 | Evolução da Legislação Concernente às Patentes Farmacêuticas no Brasil**

*Bruno Almeida Cotrim*

*Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa*

*Diogo Oliviera Muniz Caldas*

## **53 | A Invisibilidade da Violência Patrimonial na Vara de Família e a Perpetuação da Desigualdade de Gênero**

*Ana Beatriz Rutowitsch Bicalho*

## **74 | O Dilema das Redes**

*Barbara Casado Prado*

## **101 | Amicus Curiae no Processo Civil - Novas Possibilidades**

*Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho*

*Gabriel Fernandes Meireles Dutra*

## **119 | Juiz De Garantias: Maximização do Princípio da Imparcialidade?**

*Larissa Gonçalves Ferreira de Araujo*

## **152 | A Paridade de Armas na Recuperação Judicial**

*Luiz Roberto Ayoub*

*Dione Assis*

*Beatriz Villa*

## **168 | Fundamentos para uma Abordagem Interdisciplinar para o Direito da Criança e do Adolescente**

*Marcos Sergio Rego*

**196 | Controle Judicial do Ato Administrativo à Luz da Teoria das Capacidades Institucionais**

*Rafael Couto Federice*

**206 | “O Combinado Não sai Caro”: Uma Relação da Autocomposição com o Desenvolvimento Político e Socioeconômico**

*Thiago Ferreira Cordeiro*

# Apresentação

---

Em mais uma edição, a Revista da EMERJ reitera seu compromisso de publicar artigos que contribuem para a melhor compreensão do Direito em seus diversos matizes.

Como o Direito existe em uma espécie de “comunidade imaginada”, é gratificante para nós vermos o trabalho exaustivo de pesquisadores “imaginando” mais e melhor os desdobramentos de um arcabouço dotado de complexidades e dinamismo.

O universo particular de sentidos e valores que as normas apreçoam, nesta edição da Revista, são exaltados por trabalhos essenciais ao leitor atento e interessado na compreensão de uma ciência social aplicada e em movimento.

De tal modo, recomendamos a leitura frutífera das linhas que se seguem, porque não faz sentido o estudo sem palavras, como não faz sentido o mundo sem linguagem. Afinal, somente o Homem pode interpretar uma realidade tão diversa e lhe atribuir significados plurais, ora semelhantes, ora contraditórios.

Assim, teremos os seguintes textos:

No artigo *“Reconhecimento fotográfico do acusado – Art. 226 do Código de Processo Penal”*, desnuda-se a importância de se debater o reconhecimento fotográfico no direito penal e suas consequências para dentro do sistema de justiça.

O artigo *“Evolução da legislação concernente às patentes farmacêuticas no Brasil”* promove discussão profícua acerca das patentes dentro do mercado de fármacos, tema que reverbera na economia e no direito.

Em seguida, temos o trabalho intitulado *“A invisibilidade da violência patrimonial na vara de família e a perpetuação da desigualdade de gênero”*, cuja temática encontra-se demasiadamente em voga; logo, tem-se uma reflexão preciosa e necessária.

Adiante, nos deparamos com *“O dilema das redes”* – título com nome de série consagrada em plataforma de *streaming*. O artigo revela a urgência de se trazer para a pauta a temática para dentro do direito.

Ainda sob um aspecto relevante, tem-se o artigo “*Amicus curiae no processo civil – novas possibilidades*”. Nesse contexto, a participação do *amicus curiae* revela-se fundamental para fomentar o debate processual e, com isso, ensejar a prolação de pronunciamentos judiciais mais completos e fundamentados.

Tratando de uma temática clássica, temos o trabalho “*Juiz de garantias: maximização do princípio da imparcialidade?*” A imparcialidade, que sempre foi um problema para a magistratura, aqui é tratada sob a ótica do juiz de garantias.

No artigo “*A paridade de armas na recuperação judicial*”, os autores desvendam um tema importante e pouco comentado dentro da esfera do direito civil, em especial, do direito empresarial.

É sempre importante pensar nas nossas crianças e adolescentes, pois eles compreendem o futuro de qualquer nação. Por esse motivo, o trabalho denominado “*Fundamentos para uma abordagem interdisciplinar para o direito da criança e do adolescente*” enaltece a necessidade de se repensar modelos postos.

Já na reflexão compreendida como “*Controle judicial do ato administrativo à luz da teoria das capacidades institucionais*”, destaca-se o controle judicial, exercido naturalmente pelo Poder Judiciário sobre os atos editados pelos demais Poderes.

Por último, e talvez o artigo mais interessante desta edição, temos “*O combinado não sai caro: uma relação da autocomposição com o desenvolvimento político e socioeconômico*”, um trabalho de matriz interdisciplinar, que é um convite a pensar o nosso modelo político-social-econômico.

Boa leitura a todos.

**JESSÉ TORRES**

Editor-Chefe

# Reconhecimento Fotográfico do Acusado: Artigo 226 do Código de Processo Penal

**Alberto Salomão Junior**

*Titular da 33ª Vara Criminal, Juiz Auxiliar da Segunda Vice-Presidência*

## INTRODUÇÃO

O reconhecimento fotográfico, no direito processual penal, é matéria geradora de grandes debates no cenário jurídico. Trata-se de instituto previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, mas que não pode ser visto apenas sob o prisma infraconstitucional.

Não podemos olvidar que os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, insculpidos na Constituição da República, respectivamente, no artigos 1º, inciso III, e no artigo 5º, inciso LIV são garantias inafastáveis. Dessa forma, todo estudo acerca do reconhecimento fotográfico como prova deve ser balizado por tais princípios, bem como por outros que lhes são correlatos.

Assim, não podemos deixar de ter em vista que todos os instrumentos legais se curvam aos mandamentos maiores, explícitos e implícitos na Constituição da República.

A partir dessas afirmações, faremos breve análise da matéria, que, repita-se, tem causado grandes debates no meio jurídico, dada a alta relevância para a sociedade e, conseqüentemente, para o Direito.

Para conhecer um pouco mais sobre o assunto tratado, será imprescindível analisarmos julgados do Superior Tribunal de Justiça, o qual deu novo rumo à jurisprudência no que tange à aplicação do disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal.

## DESENVOLVIMENTO

O reconhecimento de pessoas, um dos meios de prova mais utilizados no sistema processual penal brasileiro, principalmente nos crimes patrimoniais, está no centro de debates jurídicos de alta relevância e tem larga aplicação no âmbito do Poder Judiciário. Dispõe, sobre o reconhecimento de pessoa e coisas, o Código de Processo Penal:

**Art. 226.** *Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:*

*I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;*

*II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;*

*III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;*

*IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.*

*Parágrafo único.* *O disposto no no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.*

**Art. 227.** *No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.*

**Art. 228.** *Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.*

No sistema processual penal brasileiro, a matéria é tratada no texto original da lei, ou seja, a disciplina legal está hígida desde a primeira metade do século passado, não obstante o desenvolvimento da sociedade, criminalidade e tecnologia, entre outros.

Daí, torna-se indubitável constatar que a legislação aplicável à espécie está ultrapassada. Essa afirmação não decorre do largo lapso temporal de vigência da norma, e sim da sua não atualização frente à evolução ocorrida, como dito alhures.

Com o advento da Constituição da República, promulgada em 1988, diante da afirmação dos Princípios Constitucionais da Ampla Defesa, do Contraditório e do Devido Processo Legal, o ordenamento jurídico pátrio se viu em constantes questionamentos acerca da matéria em comento.

Trata-se, portanto, de tema controvertido, sendo constatadas algumas mudanças no entendimento por parte dos Tribunais Superiores à medida que o Estado Democrático de Direito foi se aperfeiçoando, à luz da própria Constituição da República.

Enquanto segue em tramitação projeto de lei que visa a trazer ao ordenamento jurídico novel legislação sobre a matéria objeto do presente estudo, temos que a jurisprudência tem relevante papel na aplicação da norma. Neste ponto, vale ressaltar, é imprescindível que os operadores do direito façam releitura do texto legal do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República, promulgada em cinco de outubro de 1988.

De forma sucinta, podemos afirmar que o STJ adotava entendimento no sentido de que o reconhecimento fotográfico e o reconhecimento pessoal não estavam totalmente vinculados aos ditames do artigo 226 do Código de Processo Penal, sendo, por muito tempo, considerado como “mera recomendação” legal. Para tanto, transcrevo aqui, algumas ementas, a título de exemplificação, de julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, naquele momento histórico:

RECURSO ESPECIAL. LATROCINIO. 1. RECONHECIMENTO DE PESSOA (ART. 226 DO CPP). 2. INEXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO (ART. 386, INC. VI, DO CPP). 3. ACUMULAÇÃO, NO MESMO FATO DELITUOSO, DO PARAGRAFO 2., INC. I, E PARAGRAFO 3., DO ART. 157, DO CODIGO PENAL (ROUBO COM EMPREGO DE ARMA E LATROCINIO). 1.1 - **O RECONHECIMENTO DE PESSOA NÃO ESTÁ VINCULADO. NECESSARIAMENTE. À REGRA DO ART. 226 DO CODIGO DE PROCESSO PENAL.** SE O CRIMINOSO E RECONHECIDO PELA TESTEMUNHA, DE PLANO, AO CHEGAR A DELEGACIA DE POLICIA, ONDE AQUELE SE ENCONTRAVA, ENTRE VARIAS PESSOAS, NÃO SE HA DE ANULAR O RECONHECIMENTO, DESDE QUE INTEGRADO NO CONJUNTO DAS PROVAS QUE INCRIMINARAM O ACUSADO. 2.1 - O TRIBUNAL "A QUO" JAMAIS CONSIDEROU INSUFICIENTE A PROVA DOS AUTOS PARA JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO DO REU (ART. 386, INC. VI, DO CPP). E DO VOTO DO ILUSTRE RELATOR, NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "DESTARTE, NÃO ME PARECE QUE SEJA NECESSARIO MAIS NADA PARA SE CONCLUIR, SEM SOMBRAS DE DÚVIDA E SEM MENOR TEMOR, TER SIDO APELADO O AUTOR DO LATROCINIO QUE CEIFOU A VIDA DE..." 3.1 - ACORDÃO RECORRIDO QUE OPTOU PELO EMPREGO SIMULTANEO DO PARAGRAFO 2., INCISO I, E PARAGRAFO 3., DO ART. 157 DO CODIGO PENAL. DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADOTADA NO JULGAMENTO DE RE NO. 93754-SP, NO SENTIDO DE QUE O EMPREGO CONCORRENTE DAS DUAS QUALIFICADORAS RESULTA EM "BIS IN IDEM". E A HIPOTESE DE UM UNICO FATO NÃO COMPORTAR, SIMULTANEAMENTE, A TIPIFICAÇÃO DE ROUBO QUALIFICADO, COM EMPREGO DE ARMA, E LATROCINIO (PARAGRAFO 2., INC. I, E PARAGRAFO 3., DO CP). A TESE DA MINORIA SUSTENTAVA O ACORDÃO RECORRIDO, POR ENTENDER, ENTRE OUTRAS RAZÕES, QUE, "EMPRESTANDO NOSSA LEI PENAL AUTONOMIA AO LATROCINIO E COLOCANDO-O NO CAPÍTULO DOS CRIMES PATRIMONIAIS, ESTÁ FORA DE DUVIDA QUE NÃO EXCLUIU A APLICAÇÃO DO PARAGRAFO 2., DO ART. 157, ONDE O ROUBO APARECE COM MAIOR PUNI-

BILIDADE". ISSO NÃO IMPORTA EM DUPLA CONDENAÇÃO PELO MESMO FATO DELITUOSO.

(REsp nº 1.955/RJ, relator Ministro Jose Candido de Carvalho Filho, Sexta Turma, julgado em 18/12/1990, DJ de 08/4/1991, p. 3892.)

“PROCESSUAL PENAL. HC. RECONHECIMENTO. RÉU POSTO SOZINHO. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO. DESNECESSIDADE DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO. DECRETO NÃO JUNTADO AOS AUTOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

- I. Não se reconhece ilegalidade no posicionamento do réu sozinho para o reconhecimento, pois o art. 226, inc. II, do CPP, determina que o agente será colocado ao lado de outras pessoas que com ele tiverem qualquer semelhança “se possível”, sendo tal determinação, portanto, recomendável mas não essencial.
- II. A manutenção, pelo Tribunal de 2º grau, de custódia cautelar anteriormente decretada, não exige nova fundamentação.
- III. Torna-se impossível o exame da legalidade do decreto constritor, se o mesmo não se encontra juntado aos autos.
- IV. Primariedade, bons antecedentes, profissão definida e residência fixa, não garantem, por si sós, direito subjetivo à liberdade provisória.
- V. Ordem denegada”.

(HC nº 7.802/RJ, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 20/5/1999, DJ de 21/6/1999, p. 172.)

A principal causa, a nosso ver, da inexigibilidade do cumprimento integral das normas do artigo 226 do Código de Processo Penal é a falta de estrutura por parte do Estado, especialmente

das Polícias Judiciárias e do Poder Judiciário, em muitos pontos do território nacional.

Não se descuida do fato que, hodiernamente, a falta de estrutura permanece nas Delegacias de Polícia em quase todo o Brasil. Todavia, não se pode admitir que a falta de estrutura estatal possa importar em afastamento das mais caras garantias do devido processo legal. Inclusive, o momento histórico antes assinalado não serve de fundamento para se admitir violações a direitos ligados aos princípios constitucionais aqui referidos.

Consigne-se, por oportuno, não devemos afastar a possibilidade de haver um reconhecimento em sede policial, mediante apresentação ao ofendido e testemunhas, de álbum fotográfico. O que deve ser feito é uma atualização de meios, mediante a inclusão de métodos tecnológicos seguros no reconhecimento de pessoas, em sede policial.

Nesse diapasão, é possível afirmar que se, por um lado, não se admite condenação pautada em reconhecimento fotográfico viciado, por outro lado, não podemos deixar de considerar o reconhecimento fotográfico como meio de prova, desde que efetuado dentro da lei e corroborado por outro(s) meio(s) de prova(s), submetido(s) ao crivo do contraditório e da ampla defesa, com o fito de garantir efetividade ao princípio do devido processo legal, garantia inafastável ínsita a qualquer pessoa.

Mais uma vez, ressaltando olhar pessoal acerca do tema, entendemos que houve, por parte dos Tribunais Superiores, uma verdadeira ponderação de interesses em relação à mitigação das normas aplicáveis ao reconhecimento de pessoas.

De um lado, estavam sendo sopesados os interesses da sociedade, como as políticas criminais, o controle e a repressão ao crime, tudo em favor da coletividade e da ordem pública. Do outro lado, não menos importante, estavam em jogo as garantias individuais, asseguradas pela Constituição da República e pelo Sistema Acusatório.

Dessa forma, podemos verificar que, progressivamente, com o desenvolvimento das estruturas do Estado e o aprimoramento

ramento das ciências criminais, os Tribunais Superiores vêm recrudescendo as exigências em relação ao reconhecimento de pessoas, para a constituição do acervo probatório. É imperativo imposto por garantias constitucionais.

Quanto ao reconhecimento fotográfico, em sede de inquérito policial, verifica-se que os requisitos legais vêm sendo cada vez mais exigidos pelos Tribunais Superiores, sob pena de reconhecimento de nulidade das provas produzidas, com efetiva negativa de possibilidade de convalidação do vício anterior em sede judicial.

Para demonstrar esse entendimento, ressaltamos a decisão recente do E. Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o eminente **Ministro Rogério Schietti Cruz**, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 712.781 - RJ, em que concedeu a ordem para absolver o paciente, uma vez que não houve respeito às normas atinentes ao reconhecimento, estipuladas no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Salientamos, ainda, que no sistema legal pátrio, mencionado artigo traz a reboque a exigência do cumprimento do artigo 155 da mesma Lei Adjetiva, uma vez que somente o reconhecimento do investigado, sem o esteio das demais provas necessárias para a composição do conjunto probatório, não é suficiente para a prolação do édito condenatório.

Para destacar as notáveis mudanças ocorridas no âmbito jurisprudencial, colaciono as ementas de decisões recentes emanadas pelos Tribunais Superiores, *in verbis*:

**“HABEAS CORPUS. ROUBO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE. VÍTIMA QUE AFIRMOU NÃO CONSEGUIR IDENTIFICAR COM SEGURANÇA O SUSPEITO. MANIFESTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. ORDEM CONCEDIDA.**

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogério Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria “mera recomendação” e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.
2. Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, a Sexta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogério Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC n. 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não possui força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica. Se, todavia, o reconhecimento for produzido em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerado inválido, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar. Mais do que isso, inválido o reconhecimento, não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao *standard* probatório exigido, tais como a decretação de prisão preventiva, o recebimento de denúncia e a pronúncia.
3. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento do processo em habeas corpus, por ser medida excepcional, somente é cabível quando ficarem demonstradas, de maneira inequívoca e a um primeiro olhar, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria ou existência de causa extintiva da punibilidade.
4. “Em razão do caráter infamante do processo penal em si, em que o simples fato de estar sendo processado já significa uma grave ‘pena’ imposta ao indivíduo, não é

possível admitir denúncias absolutamente temerárias, desconectadas dos elementos concretos de investigação que tenham sido colhidos na fase pré-processual. Aliás, uma das finalidades do inquérito policial é, justamente, fornecer ao acusador os elementos probatórios necessários para embasar a denúncia. A noção de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato para uma ideia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal. A justa causa passa a significar a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva. A ausência desse lastro probatório ou da *probable cause* autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltará justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de *habeas corpus* para o chamado ‘trancamento da ação penal’. A razão de exigir a justa causa para a ação penal é evitar que denúncias ou queixas infundadas, sem uma viabilidade aparente, possam prosperar” (BADARÓ, Gustavo. Processo Penal, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 210).

5. Se, por um lado, o standard probatório exigido para a condenação é baseado em juízo de certeza que exclua qualquer dúvida razoável quanto à autoria delitiva, por outro lado, para o início de uma investigação, exige-se um juízo de mera possibilidade. A justa causa para o oferecimento da denúncia, a seu turno, situa-se entre esses dois standards e é baseada em um juízo de probabilidade de que o acusado seja o autor ou partícipe do delito.
6. No caso dos autos, é manifesta a ausência de justa causa para o exercício da ação penal, porque o único indício de autoria existente em desfavor do acusado decorre de um reconhecimento fotográfico absolutamente inválido, feito em desconformidade com o rito legal e no qual a vítima afirmou que, apesar de o réu ter características muito semelhantes às do criminoso, não tinha condições de afirmar que foi ele o autor do roubo. A rigor, portanto, nem sequer houve efetivo reconhecimento. Além disso, houve

evidente induzimento na realização do ato, uma vez que, depois de não ter reconhecido nenhum suspeito na primeira oportunidade em que ouvida, quinze dias depois a vítima foi chamada novamente à delegacia para reconhecer especificamente o denunciado.

7. Tendo em vista que o primeiro reconhecimento contamina e com-promete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por influenciar futuros reconhecimentos (fotográfico ou presencial), não pode ser oferecida nova denúncia sem a existência de outras fontes de prova, diversas e independentes do reconhecimento, o qual, por se tratar de prova cognitivamente irrepetível, não poderá ser convalidado posteriormente.
8. Ordem concedida para, confirmada a liminar anteriormente deferida, determinar o trancamento do processo, sob a ressalva do item anterior.

(HC n. 734.709/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/6/2022, DJe de 10/6/2022.)

“Recurso ordinário no *habeas corpus*. Conhecimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do *habeas corpus* como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. Superação da ideia de “mera recomendação”. Tipicidade processual, sob pena de nulidade. 1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado

o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não conta-minadas. 3. A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. Recurso em *habeas corpus* provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria”. (RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022)

Assim, podemos afirmar que os Tribunais Superiores vêm, em sintonia com o Estado Democrático de Direito, se debruçando sobre os temas sensíveis às garantias constitucionais e processuais, rechaçando as distorções existentes no complexo sistema jurídico pátrio.

No que tange ao cabimento da prisão preventiva fundada em reconhecimento fotográfico, o STJ tem admitido desde que este não seja o único fundamento para decretação da segregação cautelar. Dessa forma, vale a pena trazer à colação ementa do recente julgado de relatoria do eminente Ministro Joel Ilan Paciornik:

**“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISIBILIDADE NA VIA ELEITA. RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO. OUTROS ELEMENTOS A CORROBORAR OS INDÍCIOS DE AUTORIA. SUFICIÊNCIA PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *MODUS OPERANDI*. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS**

## CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em razão da exigência de revolvimento do conteúdo fáctico-probatório, a estreita via do *habeas corpus*, bem como do recurso ordinário em *habeas corpus*, não é adequada para a análise das teses de negativa de autoria e da existência de prova robusta da materialidade delitiva.
2. Em que pese a jurisprudência desta Corte Superior ter sido firmada no sentido da impossibilidade de condenação amparada exclusivamente em reconhecimento fotográfico realizado sem a observância do 226 do CPP, tem-se que ficou sedimentado o entendimento de que, para a decretação da prisão preventiva são necessários apenas prova da materialidade e indícios suficientes de autoria delitiva, que, de início, podem ser evidenciados pelo reconhecimento fotográfico, ainda que não obedecidos os parâmetros legais. Dessa forma, o reconhecimento do ora paciente, em primeiro momento, é instrumento apto a ensejar o decreto prisional, ante a demonstração de indícios de autoria, sobretudo quando presentes outros elementos que o corroborem, como no caso concreto.
3. Presentes elementos concretos para justificar a manutenção da prisão preventiva, para garantia da ordem pública. As instâncias ordinárias afirmaram que, em liberdade, o agravante representava risco concreto à ordem pública em razão de sua periculosidade e da gravidade concreta da conduta, evidenciadas pelo *modus operandi* da conduta criminosa, na medida em que o paciente, juntamente com outro corréu, utilizando-se de grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, anunciaram o assalto em plena via pública, subtraindo objetos pessoais das vítimas, merecendo destaque a violência real exercida pelo paciente, que teria agredido uma das ofendidas com diversos chutes, que fraturaram o seu punho esquerdo, o que demonstra o risco ao meio social e recomenda a manutenção da

custódia. Ademais, a prisão também se mostra necessária para evitar a reiteração na prática delitiva, uma vez que, conforme destacado, o paciente ostenta extenso histórico de atos infracionais pretéritos.

4. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.
5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.
6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 724.757/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.)

Devido à incomensurável importância no tratamento da matéria, devem ser trazidos à colação os seguintes julgados emanados do Superior Tribunal de Justiça, em que a condenação foi admitida em hipótese que o reconhecimento fotográfico foi corroborado por outro meio de prova. Assim, vejamos:

**“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. O pleito de concessão da prisão domiciliar não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta o exame de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.
2. Esta Corte Superior inicialmente entendia que “a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se amparou em outras provas colhidas sob o crivo do contraditório.
3. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão de que “o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.
4. **Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo não tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico, o que gera *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial. No caso, além do reconhecimento da vítima, verifica-se prova testemunhal do policial civil Miguel, bem assim todos os indícios inferidos das circunstâncias corpo de delito que apontam para a autoria do recorrente. Há, pois, elementos probatórios suficientes para produzir cognição com profundidade adequada para alcançar o juízo condenatório.**
5. Agravo regimental desprovido”.

(AgRg no HC 612.588/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 30/08/2021)

**“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO TENTADO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. SENTENÇA QUE SE APOIOU EM OUTRAS PROVAS PARA ENTENDER PELA AUTORIA DO ACUSADO. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO LIMINAR QUE SE IMPÕE.**

1. Deve ser mantida a decisão monocrática na qual se indefere liminarmente a inicial quando não evidenciado constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.
2. Este Superior Tribunal firmou a compreensão de que o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (HC n. 598.886/SC, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/12/2020).
3. No caso, observa-se que a condenação se encontra substanciada não apenas no reconhecimento fotográfico, mas em outras provas, em especial no fato de que uma das testemunhas declarou que, após o roubo, o ora agravante foi até a sua casa e ofereceu vinte mil para “deixar quieto” e não o reconhecer. Alcançar conclusão inversa demandaria reexame de provas, inviável na via eleita.
4. Agravo regimental improvido”.

(AgRg no HC n. 734.611/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. INEXISTÊNCIA. AUTORIA DELITIVA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA IDÔNEOS E INDEPENDENTES DO ATO VICIADO. FILMAGENS E DEPOIMENTO DE UM DOS ACUSADO EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 155 DO CPP. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA.

1. “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é possível a utilização das provas colhidas durante a fase inquisitiva - reconhecimento fotográfico - para embasar a condenação, desde que corroboradas por outras provas colhidas em Juízo - depoimentos e apreensão de parte do produto do roubo na residência do réu, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal.” (AgRg no HC 633.659/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe 5/3/2021).
2. Nesse contexto, o reconhecimento das vítimas não constitui o único elemento de prova, sendo, na realidade, apenas um dentre vários elementos, os quais são independentes do reconhecimento tido por viciado, tais como: as imagens produzidas pelo circuito de segurança do estabelecimento empresarial, os objetos presentes no momento do flagrante (moto, arma e vestimentas), coincidentes com aqueles filmados pelas câmeras, bem como o próprio interrogatório do réu, que admitiu a intenção de dedicar aquele dia à prática de assaltos, não se constatando, assim, a alegada nulidade.
3. Constatado que a condenação encontra-se devidamente fundamentada nas provas colhidas nos autos, a pretensa

revisão do julgado, com vistas à absolvição do recorrente, não se coaduna com a estreita via do especial, dada a necessidade de reexame de fatos e provas, a teor do disposto na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.”

**(AgRg no REsp n. 1.961.534/TO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 24/6/2022.)**

O que se pode extrair dos julgados acima expostos é que a jurisprudência do STJ deixa clara a adoção da ponderação de interesses no caso concreto. Isso porque se, por um lado, não pode ser admitida uma condenação fundada exclusivamente em reconhecimento fotográfico, por outro, não se afasta que o reconhecimento fotográfico, quando corroborado por outros meios de prova, tem recepção pela Corte Superior.

A matéria aqui tratada nos remete ao princípio *in dubio pro reo*, na medida em que seja qual for o entendimento adotado pelo operador do Direito, é inadmissível que uma condenação tenha por fundamento meio de prova que se mostra vacilante na sua produção. Entre o *jus puniendi* e o *status libertatis*, este deve prevalecer como mais nobre expressão da Justiça.

Desse modo, em cada caso concreto deve ser feito um cotejo entre as disposições constitucionais, legais, o reconhecimento fotográfico e demais meios de prova coligidos aos autos. Somente com a adoção de tal procedimento pode ser conferida proteção à pessoa do acusado, sem descuidar da persecução penal, interesse também protegido pelo legislador constituinte como meio de proteção à sociedade na vertente segurança pública.

## CONCLUSÃO

Sem ter a pretensão de ter esgotado o tema nestas breves linhas, podemos concluir que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, ainda vai desafiar muitos estudos e controvér-

sias, o que é saudável para o direito como ciência e recomendável para todos os operadores do direito.

Enquanto a lei não for atualizada de forma a prever expressamente a utilização de meios modernos de documentação do reconhecimento fotográfico, temos que a mudança de entendimento adotada pelos tribunais tem colaborado de modo significativo para não permitir que pessoas inocentes venham a ser levadas ao cárcere e condenadas por delitos cometidos por outrem.

Assim, a ponderação dos interesses postos em conflito, consistente no direito de punir do Estado e o direito ao devido processo legal, na vertente da pessoa humana, é o que deve prevalecer nos julgamentos em que houve reconhecimento fotográfico como uns dos meios de convicção utilizados na formação da *opinio*.

Por fim, não pode preponderar nenhum entendimento que dê suporte à prisão e condenação de alguém com fundamento exclusivo no reconhecimento fotográfico. Isso porque o meio de prova aludido está sujeito à falibilidade humana e, portanto, somente pode ser acolhido quando analisado dentro de um conjunto probatório íntegro. ❖

# Evolução da Legislação Concernente às Patentes Farmacêuticas no Brasil

## **Bruno Almeida Cotrim**

*Graduação em Farmácia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro com habilitação em Farmácia Industrial pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestrado em Ciências pelo Programa de Pós-Graduação em Química Orgânica da Universidade Federal do Rio de Janeiro e doutorado em Biomedicina pela Universidade Pompeu Fabra (Espanha). Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro (IFRJ) - Campus Rio de Janeiro.*

## **Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa**

*Doutora e mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá, ambos com bolsa CAPES. Cursando o pós-doutorado em Direito e Novas Tecnologias pela Università Mediterranea di Reggio Calabria (Itália). Pesquisadora do Research Group on Global Comparative Law – GGINNS; do Laboratório Empresa e Direitos Humanos da UFF; e da Linha de Pesquisa Análise dos Riscos Emergentes da Inovação e Novas Tecnologias da Universidade de Fortaleza, assim como pesquisadora cadastrada no Dialnet (Espanha).*

## **Diogo Oliveira Muniz Caldas**

*Doutor pela Universidade Veiga de Almeida, mestre pela Universidade Gama Filho e bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho. É professor da graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (UVA), do Centro Universitário Carioca (UNICARIOCA) e da Universidade Santa Úrsula (USU).*

**RESUMO:** O sistema de patentes é um meio de conceder um retorno para o investimento intelectual e financeiro do inventor e, também, fazer com que essa solução técnica seja tornada pública. A indústria farmacêutica é constituída por empresas que trabalham com inovação, e seus novos produtos e processos são muitas vezes protegidos por patentes. O objetivo do presente trabalho é desenvolver um estudo histórico e uma análise crítica da evolução da legislação no que tange às patentes farmacêuticas no Brasil e, em especial, identificar o impacto da pandemia do novo coronavírus em modificações dessa legislação. Verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro se refere à proteção das patentes desde a época do Brasil Colônia, tendo havido preocupação de positivar esse direito em diferentes constituições, códigos referentes à propriedade industrial e outras leis. No entanto, por muito tempo, a legislação vedou a proteção de invenções farmacêuticas por meio de patentes. Como conclusão, acredita-se que deva haver um equilíbrio entre o direito de a empresa poder reaver o recurso investido e obter lucro no desenvolvimento de determinada tecnologia e o direito da população em relação à sua saúde. O advento da pandemia causada pelo novo coronavírus fez com que muitos se debruçassem sobre o assunto de como mitigar a proteção patentária dos produtos farmacêuticos potencialmente úteis para o tratamento da covid-19.

**PALAVRAS-CHAVE:** Patente, indústria farmacêutica, covid-19

**ABSTRACT:** The patent system is a way of granting a return for the inventor's intellectual and financial investment and making public this technical solution. The pharmaceutical industry is made up of companies that work with innovation and where new products and processes are often protected by patents. The objective of the present work is to develop a historical study and a critical analysis of the evolution of pharmaceutical patents legislation in Brazil and, specifically, to identify the impact of the new coronavirus pandemic in legislation modifications. It was observed that the national legal system refers to the patent protection since Colonial

Brazil and that there was a concern to affirm this right in different Constitutions, in different codes relating to industrial property and in different other laws. However, for a long time, the legislation prohibited the pharmaceutical inventions protection through patents, this type of protection having only been possible after Law 9,279 of 1996. In conclusion, it is believed that there should be a balance between the company's right to recover the invested resource and make a profit by the development of a certain technology and the population's rights in relation to their health. The advent of the new coronavirus pandemic has led many to address the question of how to mitigate the patent protection of potentially useful pharmaceutical products for the covid-19 treatment.

**KEYWORDS:** Patent, pharmaceutical industry, covid-19

## 1. INTRODUÇÃO

As invenções são um tipo específico de criação intelectual e são passíveis de serem protegidas por meio de patentes, desde que sigam alguns pré-requisitos descritos em lei. As invenções são o resultado do esforço intelectual do inventor e buscam sempre uma solução técnica para algum problema encontrado na prática (MAGALHÃES; 2011, p. 107). O sistema de patentes é um meio de conceder um retorno para o investimento intelectual e financeiro do inventor e, também, fazer com que a descrição dessa solução técnica seja tornada pública (CHAVANNE; BURST *apud* PARANAGUÁ; REIS, 2009, p. 24).

A indústria farmacêutica, em 2018, movimentou no mundo 1,2 trilhão de dólares, com uma projeção de que em 2023 movimentará 1,5 trilhão de dólares (PHARMACEUTICAL COMMERCIAL, 2019). Considerando que a indústria farmacêutica é constituída por empresas que trabalham com inovação e que seus novos produtos e processos são muitas vezes protegidos por patentes, podemos perceber a importância do sistema de patentes para essas empresas.

Entender como se deu a evolução histórica da legislação de patentes farmacêuticas é importante para identificar as forças

políticas que atuaram e atuam para moldar o nosso hodierno ordenamento jurídico.

O objetivo do presente trabalho é o estudo histórico e a análise crítica da legislação no que tange às patentes farmacêuticas no Brasil. Mais especificamente, objetiva-se o estudo da evolução histórica da legislação pátria referente às patentes farmacêuticas, incluindo a identificação de forças políticas que tiveram influência na construção desse arcabouço jurídico. Por fim, este trabalho tem como objetivo também identificar o impacto da pandemia do novo coronavírus nas modificações da legislação.

Tendo em vista o arcabouço jurídico atual no que concerne às patentes farmacêuticas, é importante a seguinte pergunta: como se deu a evolução dessa legislação no Brasil? Qual foi o impacto da pandemia do novo coronavírus no que tange à legislação referente às patentes farmacêuticas?

O presente trabalho pode ser classificado como uma pesquisa exploratória, uma vez que foi realizado um levantamento dos mais importantes marcos no desenvolvimento da legislação que rege as patentes farmacêuticas no Brasil. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, pois, por meio de uma pesquisa bibliográfica indireta, buscou-se recontar a história da legislação que rege o supracitado tema. O método de procedimento escolhido foi o histórico, pois, por meio deste, busca-se estudar os fatores históricos envolvidos no desenvolvimento da presente legislação (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 94; 106; 187). Por fim, a análise de dados foi realizada de maneira qualitativa através da análise da doutrina, da jurisprudência e, principalmente, das alterações ocorridas na legislação (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 187).

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 A Evolução da Legislação de Patentes Farmacêuticas no Brasil

Pode-se dizer que a primeira lei de patentes brasileira, anterior ainda à declaração de independência, foi o Alvará de 28

de abril de 1809 do Príncipe Regente, em que se determina o privilégio de exclusividade de 14 (catorze) anos para os inventores em relação às suas invenções (CANALLI; SILVA, 2011). Posteriormente, a Constituição de 1824, a primeira do Brasil independente, também passou a prever o privilégio dos inventores sobre as suas criações (ABAPI, 1998, p. 21).

Alguns anos depois, em 28 de agosto de 1830, foi promulgada a primeira lei de patentes do Brasil independente. Essa lei concedia até 20 (vinte) anos de privilégio de exclusividade para uma patente. O depósito da patente era gratuito, tendo o depositante que pagar somente o selo e o feito (ABAPI, 1998, p. 21; BRASIL, 1830).

Já em 1882, entrou em vigor a Lei nº 3.129, que se tratava de uma nova lei para regular a concessão de patente e foi a primeira a citar diretamente as patentes farmacêuticas. Está descrito em seu art. 3º que não seria necessário que os pedidos de patentes tivessem exame para que estas fossem expedidas. Excetuam-se, nesse caso, de acordo com o art. 3º, § 2º, somente as patentes das áreas química, farmacêutica e alimentícia, que deveriam sim passar por exame técnico.

Art. 3º (...)

(...)

§ 2º Si parecer que a materia da invenção envolve infracção do § 2º do art. 1º, ou tem por objecto productos alimentares chimicos ou pharmaceuticos, o Governo ordenará o exame prévio e secreto de um dos exemplares, de conformidade com os regulamentos que expedir; e á vista do resultado concederá ou não a patente. (BRASIL, 1882)

Pode-se ver, portanto, que nesse dispositivo legal já se distinguia o tratamento das patentes farmacêuticas e das patentes de outras áreas tecnológicas.

Já no plano internacional, um ano depois, em 1883, ocorre a Convenção da União de Paris (CUP), que visava a sistematizar globalmente a proteção da propriedade industrial como marcas e

patentes, por exemplo. O Brasil, ainda sob o reinado de D. Pedro II, foi o primeiro país da América do Sul a se tornar signatário da CUP e foi também um dos 11 (onze) signatários fundadores da mesma (RODRIGUES; SOLER, 2009; ABAPI, 1998, p. 25; CUP, 1883).

Em 1891, a primeira Constituição Republicana Brasileira reafirma, em seu art. 72, § 25, a proteção das invenções, garantindo privilégio temporário ao titular da patente. Já em 1923, é criada, por meio do Decreto nº 16.264, a Diretoria-Geral de Propriedade Industrial (DGPI), a primeira instituição pública projetada para gerir o processo de proteção da propriedade industrial no país, que seria, à época, o equivalente ao INPI, que atualmente realiza essa função (BRASIL, 1923).

Posteriormente, no Estado Novo, o Decreto-Lei nº 7.903/45 estabeleceu um novo Código da Propriedade Industrial no Brasil, que previa, em seu art. 3º, *a*), a concessão de privilégio para patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais e variedades de novas plantas. É interessante destacar que, nesse mesmo código, em seu art. 8º, já havia a vedação à proteção de medicamentos e produtos químicos (BRASIL, 1945).

Art. 8º Não são privilegiáveis:

(...)

2º) as invenções que tiverem por objeto substâncias ou produtos alimentícios e medicamentos de qualquer gênero;

3º) as invenções que tiverem por objeto matérias ou substâncias obtidas por meios ou processos químicos. (BRASIL, 1945)

Em 1970, é firmado o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT, no acrônimo em inglês), do qual o Brasil se torna signatário em 1978. O Acordo PCT permite aos seus signatários que também sejam signatários da CUP – a realização de um depósito de patente internacional no prazo de até 12 (doze) meses após o depósito original, e esse depósito internacional é examina-

do e publicado pela OMPI. Em que pese seja realizado um exame técnico, mesmo aprovado, esse pedido nunca é transformado em uma patente propriamente dita. Por essa razão, é dito que ainda inexistente a figura da patente internacional. Esse pedido de patente surge com o único objetivo de obter uma prioridade adicional de 18 (dezoito) meses, ou seja, para que os países signatários CUP + PCT tenham um prazo total de até 30 (trinta) meses desde o depósito original para que ingressem com o pedido de patente na fase nacional de cada país de interesse (BRASIL, 2021a).

O Decreto-Lei nº 7.903/45 foi substituído pela Lei nº 5.772 de 1971, que instituiu uma nova Lei da Propriedade Industrial. Esse dispositivo legal, em seu artigo 9º, foi ainda mais restrito no que se refere às patentes de inventos relacionados às indústrias química e farmacêutica:

Art. 9º. Não são privilegiáveis:

(...)

b) as substâncias, matérias, ou produtos obtidos por meios ou processos químicos, ressalvando-se porém, a privilegiabilidade dos respectivos processos de obtenção ou modificação;

c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios ou farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação.  
(BRASIL, 1971)

Vê-se aqui que, no que concerne à indústria química e farmacêutica, esse Código de Propriedade Intelectual parece ser mais restritivo que o anterior, uma vez que este, além de produtos químicos e medicamentos, veda também a proteção por meio de patente de invenções que envolvam processos de produção de medicamentos. A Lei nº 5.772/71 vigorou até o ano de 1996 quando então foi revogada pela Lei nº 9.279 de 1996, que é a lei vigente a regular a propriedade industrial no Brasil. A Lei nº 9.279 de 1996 não apresenta vedações para proteção por

meio de patente de processos e produtos químicos ou farmacêuticos, de maneira contrária às duas leis anteriores (Decreto-Lei nº 7.903/45 e Lei nº 5.772/71). Esses processos e produtos permaneceram aproximadamente 51 (cinquenta e um) anos (1945-1996) sem poderem ser protegidos por patente no Brasil.

## 2.2 Acordo Trips e sua Influência sobre a Legislação Nacional

Os EUA vinham desde o final da década de 70 demonstrando seu descontentamento com relação à proteção da propriedade intelectual em âmbito internacional, considerada por eles como insuficiente. Por essa razão, os EUA buscavam levar ao Acordo de Tarifas e Comércio (GATT, no acrônimo em inglês) essa discussão em relação à propriedade intelectual, porém, sofria resistência de países como Brasil e Índia, que argumentavam que a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) seria foro mais adequado para tal discussão do que o GATT, que foi o predecessor da Organização Mundial de Comércio (OMC) (GONTIJO, 2005, p. 13).

O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, no acrônimo em inglês, ou ADPIC, no acrônimo em português) surgiu como resultado da Rodada do Uruguai do GATT e foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994 (ACORDO TRIPS, 1994; BRASIL, 1994; CHAVES, 2016, p. 13). O acordo TRIPS estabelece parâmetros mínimos para todos os países membros no que se refere à proteção da propriedade intelectual (CHAVES, 2016, p. 12).

O acordo TRIPS, em seu art. 27, 1, estabelece, dentre outras coisas, a possibilidade de proteção por meio de patentes em todos os campos da tecnologia (TRIPS, 1994). Dessa maneira, houve a necessidade de uma reformulação da lei brasileira de propriedade industrial ora vigente (Lei nº 5.772/71), que, como visto anteriormente, vedava a proteção de medicamentos e produtos químicos.

### Artigo 27

Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qual-

quer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. (TRIPS, 1994)

Conforme o art. 65 do acordo TRIPS, o Brasil teria até o ano de 2005 para passar a reconhecer as patentes farmacêuticas. No entanto, diferentemente de outros países em desenvolvimento – como a Índia, que se utilizou desse prazo –, em 1997 já estava vigente no Brasil uma legislação que permitia patenteamento em todas as áreas tecnológicas. Acredita-se que, com isso, o Brasil tenha perdido a oportunidade de utilizar esse período – que lhe era de direito, por ser país em desenvolvimento – para buscar um incremento tecnológico nas áreas química e farmacêutica, enquanto não teria que, por obrigação do acordo TRIPS, reconhecer patentes nas ditas áreas.

Devido aos termos previstos no acordo TRIPS, houve a necessidade da reformulação do Código de Propriedade Industrial pátrio e a criação da Lei nº 9.279/96, conhecida como Lei de Propriedade Industrial ou apenas LPI.

### 2.3 Patentes *Pipeline*

A questão das chamadas “patentes *pipeline*” foi uma das novidades inseridas na Lei nº 9.279/96 (PARANAGUÁ; REIS, 2009, p. 123; 124). O art. 230 da LPI, que trata das patentes *pipeline*, foi uma forma de mitigar o pré-requisito da novidade e permitir que as patentes de medicamentos e produtos químicos depositadas em países estrangeiros antes do advento da LPI pudessem ser protegidas no Brasil, mesmo considerando o fato de que, quando foram depositadas no exterior, a lei pátria não reconhecesse a possibilidade de proteção desse tipo de invenção. Dessa maneira, a patente seria depositada no Brasil e o seu prazo de proteção remanescente contado da data do depósito feito no país onde foi originalmente depositada.

Chama-se atenção também para a previsão, no art. 230, § 3º, de que as patentes *pipeline* necessitassem apenas de uma análise formal, fazendo-se desnecessária uma análise de seu conteúdo (PARANAGUÁ; REIS, 2009, p. 124; 125; IDS, 2005, p. 493).

Convém salientar que a implementação do instituto das patentes *pipeline* não foi uma exigência do acordo TRIPS, mas sim um ato discricionário do próprio legislativo nacional (PARANAGUÁ; REIS, 2009, p. 126). A constitucionalidade do art. 230 da LPI foi questionada, e em 2009 foi apresentada a ADI 4234, questionando o art. 230 da LPI, que prevê as patentes *pipeline*. No entanto, essa ação não foi, até a presente data, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (PARANAGUÁ; REIS, 2009, p. 132).

## 2.4 Anuência Prévia

Em 2001, através da Lei nº 10.196/01, inseriu-se na LPI o art. 229C, que previa a anuência prévia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para a análise de pedidos de patente relacionados a patentes farmacêuticas: “Art. 229C. A concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA”.

O legislador, desta feita, considerou peculiaridades das patentes farmacêuticas e seu impacto na saúde pública nacional para implementar o instituto da anuência prévia (PARANAGUÁ; REIS, 2009, p. 120). Para os críticos da anuência prévia, a ANVISA simplesmente estaria duplicando o trabalho do INPI e verificando, de maneira repetida, os critérios de patenteabilidade; com isso, atuaria fora de suas atribuições e contribuiria para uma maior demora na análise das patentes farmacêuticas (IDS, 2005, p. 492).

O art. 229C foi revogado em 2021 pela Lei nº 14.195, o que pôs fim ao instituto da anuência prévia, fazendo com que, a partir desse momento, os pedidos de patente farmacêutica não precisem mais ser enviados para anuência prévia da ANVISA.

## 2.5 Exceção Bolar

A LPI, em seu artigo 43, apresenta algumas exceções quanto ao direito do titular da patente de impedir terceiros de se utilizarem de seu invento. Dentre essas exceções, está o uso experimental sem finalidade comercial (LPI, art. 43, I) do objeto

da patente, o que poderia ser feito sem necessidade de autorização do titular. Essa exceção se dá para permitir que o objeto da patente seja passível de ser usado em pesquisa e para que, dessa maneira, possa auxiliar o desenvolvimento da ciência e da tecnologia (CHAVES *et al.*, 2007).

Uma outra exceção apresentada é a chamada “exceção bolar”, que se refere ao uso do objeto da invenção para a produção de informações, dados e resultados de testes visando à obtenção do registro de comercialização no Brasil. O nome “exceção bolar” deriva de uma lide ocorrida nos EUA entre a empresa Bolar Pharmaceuticals e a Roche, pelo fato de aquela estar buscando a aprovação de uma versão genérica de um medicamento da Roche, enquanto a patente ainda estava em vigor (BARBOSA, 2010, p. 1557). A exceção bolar, no Brasil, foi agregada à LPI através da Lei nº 10.196 de 2001 e consiste numa exceção particularmente importante para a indústria de medicamento genérico, pois permite, por exemplo, que os testes de bioequivalência – necessários para que o medicamento seja registrado para poder ser comercializado no país – sejam realizados ainda quando vigente a patente. Dessa maneira, possibilita-se uma maior rapidez na entrada do medicamento genérico no mercado (CHAVES *et al.*, 2007).

## 2.6 Licença Compulsória

A licença compulsória, chamada por muitos de “quebra de patentes”, se refere a uma licença concedida de maneira obrigatória pelo detentor da patente para a sua exploração em troca de um pagamento considerado justo. A figura da licença compulsória se encontra em diferentes versões do Código de Propriedade Industrial brasileiro, além de a sua possibilidade ser tratada em acordos internacionais do qual o Brasil é signatário (BRASIL, 1996).

Cabe ressaltar que, no plano internacional, a questão da licença compulsória motivada por questão de perigo público também é explorada no acordo TRIPS, do qual o Brasil é signatário, em seu artigo 8, 1:

## Artigo 8

Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo. (BRASIL, 1996)

O art. 68 e o art. 70 da LPI preveem a possibilidade de licença compulsória nos casos do uso abusivo dos direitos conferidos pela patente ou comprovado abuso do poder econômico. Outras possibilidades de licenciamento compulsório previstos seriam, por exemplo, a não exploração do objeto da patente no caso da situação de dependência de uma patente em relação a outra (BRASIL, 1996).

No entanto, é o art. 71 da LPI que descreve a modalidade de licença compulsória que é evocada quando dos casos de emergência nacional ou interesse público e que pode ser concedida de ofício pelo Poder Executivo Federal.

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou internacional ou de interesse público declarados em lei ou em ato do Poder Executivo Federal, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional pelo Congresso Nacional, poderá ser concedida licença compulsória, de ofício, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente ou do pedido de patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular, desde que seu titular ou seu licenciado não atenda a essa necessidade. (BRASIL, 1996)

É interessante observar que se entende como emergência nacional ou internacional ou calamidade pública de âmbito nacional algo imprevisto ou de ocorrência esporádica, no entanto, interesse público denota um conceito mais amplo, pois o interesse público é permanente (IDS, 2005, p. 146).

## 2.6.1 A Licença Compulsória do Fármaco Efavirenz

No ano de 2007, foi aplicada a primeira licença compulsória de acordo com o art. 71 da Lei nº 9279/96, com um fármaco componente do coquetel para tratamento dos pacientes acometidos pela aids. O fármaco em questão foi o Efavirenz, um inibidor não nucleosídico da transcriptase reversa, utilizado, à época, por 40% dos pacientes em tratamento contra o HIV e protegido por patente pela empresa Merck Sharp & Dome (LAGE; WINTER; BARBOSA, 2013, p. 135).

O licenciamento compulsório possibilitou a importação do produto genérico junto com o compromisso de que o laboratório produtor transmitisse a tecnologia de produção para FarManguinhos (RODRIGUES; SOLER, 2009). Os lotes do medicamento importado começaram a chegar ao Brasil vendidos por duas empresas indianas. Em 2009, FarManguinhos iniciou a produção do Efavirenz e passou a suprir o Ministério da Saúde (RODRIGUES; SOLER, 2009).

## 2.7 Patentes Farmacêuticas e a Pandemia do Novo Coronavírus

### 2.7.1 ADI 5529 e seu Impacto na Indústria Farmacêutica

A LPI, em seu art. 40, *caput*, prevê que o prazo que vigora uma patente será de 20 (vinte) anos para uma patente de invenção e 15 (quinze) anos para uma patente de modelo de utilidade. No entanto, até 2021, no art. 40, parágrafo único, da LPI, era dito que:

Art. 40. (...)

(...)

Parágrafo Único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data da concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior. (BRASIL, 1996)

Para ilustrarmos as consequências desse dispositivo, podemos dizer que, por exemplo, uma patente depositada em 1999 e concedida antes de 2009 vigoraria até 2019. No entanto, caso uma patente depositada também em 1999 houvesse sido examinada e concedida apenas em 2012, esta vigoraria até o ano de 2022, pois, assim, estaria vigendo por 10 (dez) anos a partir de sua concessão. Atenta-se para o fato de que, nesse segundo caso, a patente haveria vigorado por 23 (vinte três) anos após o seu depósito, três anos a mais do que o preconizado no art. 40, *caput*, da LPI.

Um relatório do Tribunal de Contas da União (TCU) mostrou que a proteção da exploração de produtos farmacêuticos era em média de 23 anos (considerando-se a invenção protegida desde o depósito até finda a sua validade), não sendo raro que patentes nessa área tenham possuído 29 anos ou mais de período de proteção exclusiva (TCU, 2019).

Cabe aqui ressaltar que, enquanto não concedida, o pedido de patente constitui-se mera expectativa de direito. No entanto, quando concedida a patente, surge o direito de indenização em caso de uso indevido por terceiros, inclusive em relação ao período entre a publicação do depósito e sua concessão, como afirmado na LPI em seu art. 44 (BRASIL, 1996).

Em 2016, a Procuradoria-Geral da República propõe a ADI 5529, que contesta a constitucionalidade do art. 40, parágrafo único. Em fevereiro de 2021, em decorrência da pandemia causada pelo novo coronavírus, a Procuradoria-Geral da República (PGR) protocolou um pedido de tutela provisória com o intuito de suspender de maneira imediata os efeitos do art. 40, parágrafo único, da LPI. Esse pedido foi fundamentado com a argumentação de que medicamentos úteis para o tratamento da covid-19 estariam ainda protegidos por patentes em decorrência da extensão automática da proteção descrita no supracitado dispositivo legal (MEDEIROS, 2021).

A plenária do STF se reuniu em maio de 2021 e, após algumas sessões, ficou decidido pela inconstitucionalidade do art. 40, parágrafo único, da LPI. O argumento utilizado pelo

relator foi de que esse dispositivo iria de encontro aos seguintes artigos da CRFB 88:

Por todas as razões aqui expostas, resta evidenciada a contrariedade do parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996 à **segurança jurídica (art. 1º, caput)**, à **temporalidade da patente (art. 5º, inciso XXIX)**, à **função social da propriedade intelectual (art. 5º, inciso XXIX c/c o art. 170, inciso III)**, à **duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII)**, à **eficiência da administração pública (art. 37, caput)**, à **livre concorrência e à defesa do consumidor (art. 170, incisos IV e V)** e **ao direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal)**. (STF, 2021, p. 68)

O tribunal, em sua maioria, conheceu da ADI, acolheu a tese defendida pelo ministro relator Dias Toffoli e julgou o pedido procedente. Uma outra parte muito importante da decisão em relação à ADI 5529 foi a sua modulação. Quanto à modulação de decisão relativa a uma ADI, a Lei nº 9.868 de 1999 (BRASIL, 1999b), descreve em seu art. 27 que:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999b)

O relator da ADI fez uma proposta de modulação onde os efeitos da decisão teriam efeito *ex nunc* em todas as patentes de todas as áreas tecnológicas, com exceção das patentes relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde (STF, 2021).

Quanto às patentes relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde, estes não sofreriam modulação e, portanto, nesses casos, a ADI possuiria efeito *ex tunc*. Ou seja, nesses casos, o efeito seria retroativo e, mesmo as patentes já concedidas antes da decisão

do STF em relação à ADI 5529, não fariam jus à extensão de prazo prevista no art. 40, parágrafo único, da LPI.

Por fim, a modulação proposta pelo relator também foi votada e aprovada em plenário por maioria (STF, 2021). Em decorrência do julgamento da ADI 5529, hoje o art. 40, parágrafo único, da LPI está revogado.

### **2.7.2 A Discussão Relacionada à Licença Compulsória de Patentes Relacionadas ao Tratamento para a Covid-19**

Com o advento da pandemia da covid-19, uma discussão que ficou em voga foi a licença compulsória de patentes relacionadas com tratamentos de pessoas infectadas com o novo coronavírus. No ano de 2021, havia mais de 10 (dez) projetos de lei que versavam sobre o assunto e um projeto de lei aprovado inicialmente pelas duas câmaras do Legislativo (MATOS *et al.*, 2021). Muitos desses projetos incluíam alterações no art. 71 da LPI, que descreve a possibilidade de licença compulsória em casos de emergência nacional ou interesse público.

Cabe ressaltar que, hoje em dia, a indústria farmacêutica e farmoquímica nacional ainda é carente de recursos e capacidade industrial, e acredita-se que esta teria dificuldade para a produção de muitos dos insumos dos produtos protegidos por patentes as quais se pretende conceder licenças compulsórias. Além disso, a Índia, atualmente, já se adequou ao acordo TRIPs no que tange às patentes farmacêuticas e dificilmente seria uma opção (como foi no caso do efavirenz) para obtenção de versões genéricas de vacinas e medicamentos protegidos por meio de patente para o tratamento da covid-19 (ALVARENGA, 2020).

Mesmo que se desenvolva a tecnologia para a produção do medicamento através de indústrias farmacêuticas sediadas no país, ainda assim, muito provavelmente, o país ficaria dependente da importação dos Ingredientes Farmacêuticos Ativos (IFAs). Isso ocorre devido ao fato de possuímos uma indústria farmoquímica muito incipiente. Como panorama da indústria farmoquímica nacional, podemos utilizar o estudo realizado por COSTA e colaboradores (2014), em que pôde-se observar que

apenas 36 (trinta e seis) indústrias farmoquímicas nacionais foram identificadas com uma estimativa de 2.000 colaboradores no total. Somente para se dar uma ideia do pequeno tamanho da indústria farmoquímica nacional, estima-se que a empresa Garoto, famosa produtora de chocolate, possua sozinha 1.600 (mil e seiscentos) colaboradores diretos (SALOMÃO, K.).

O PL12/2021 foi o único projeto de lei que foi aprovado pelas duas câmaras do Legislativo até 2021 e foi vetado parcialmente pela presidência da República. Esse projeto de lei propôs, dentre outras coisas, alterações no art. 71 da LPI através de modificação de seu *caput* e adição de novos parágrafos.

Abaixo, segue o art. 71, *caput*, da LPI antes da alteração promovida pelo PL 12/2021.

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular. (BRASIL, 1996)

Para efeito de comparação, abaixo segue como ficou o art. 71 *caput* da LPI com a nova redação dada pelo PL 12/2021:

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou internacional ou de interesse público declarados em lei ou em ato do Poder Executivo federal, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional pelo Congresso Nacional, poderá ser concedida licença compulsória, de ofício, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente ou do pedido de patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular, desde que seu titular ou seu licenciado não atenda a essa necessidade. (BRASIL, 2021b)

Convém ressaltar que uma diferença relevante do *caput* para o modificado pelo PL 12/2021 seria que, com a nova redação, passou a ser possível licença compulsória de pedido de patente. A relevância da possibilidade de licença compulsória de pedido de patente se dá no contexto do grande *backlog* para exa-

mes de patentes pelo INPI. Dessa maneira, há a possibilidade de que um pedido de patente de um produto importante para a saúde pública possa ser alvo de licença compulsória antes de sua concessão, concessão essa que poderia levar anos.

Outra alteração proposta pelo PL 12/21 foi o acréscimo do art. 71, § 2º.

Art. 71 (...)

(...)

§ 2º Nos casos previstos no caput deste artigo, o Poder Executivo federal publicará lista de patentes ou de pedidos de patente, não aplicável o prazo de sigilo previsto no art. 30 desta Lei, potencialmente úteis ao enfrentamento das situações previstas no caput deste artigo, no prazo de até 30 (trinta) dias após a data de publicação da declaração de emergência ou de interesse público, ou do reconhecimento de estado de calamidade pública, excluídos as patentes e os pedidos de patente que forem objetos de acordos de transferência da tecnologia de produção ou de licenciamento voluntário capazes de assegurar o atendimento da demanda interna, nos termos previstos em regulamento. (BRASIL, 2021b)

Esse dispositivo legal atrelou a declaração de emergência nacional ou interesse público a uma posterior confecção de um rol de patentes cujas licenças compulsórias poderiam ajudar a mitigar a situação, concedendo um prazo de até 30 (trinta) dias para tal ação (BRASIL, 2021b).

Por fim, o mesmo PL12 de 2021 já enquadraria a pandemia causada pelo novo coronavírus como uma emergência nacional.

**Art. 3º** A Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), declarada em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), caracteriza-se como emergência nacional nos termos do art. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. (BRASIL, 2021)

Dessa maneira, com a declaração de emergência nacional decorrente do art. 3º do PL 12 de 2021, o Poder Executivo já poderia pedir a licença compulsória das patentes consideradas relevantes para a mitigação da pandemia causada pelo novo coronavírus. Convém ressaltar que o artigo acima foi vetado pela presidência da república.

## CONCLUSÃO

Pode-se ver que a legislação brasileira se preocupou com o tema da propriedade industrial, mais especificamente das patentes, desde a época do Brasil Colônia, tendo havido preocupação de positivar esse direito em diferentes constituições, códigos referentes à propriedade industrial e outras leis. No entanto, observa-se que, por muito tempo, a legislação vedou a proteção de invenções farmacêuticas por meio de patentes.

Acredita-se que por tratar da saúde humana, as patentes farmacêuticas, em geral, suscitam algum tipo de polêmica. Sabemos que a patente é uma ferramenta essencial para o desenvolvimento da indústria farmacêutica, que é fortemente baseada na inovação e necessita de um retorno para o risco que corre devido ao emprego de elevados recursos econômicos em pesquisa e desenvolvimento. Por outro lado, a exclusividade temporária das invenções na área farmacêutica garantida por meio de patentes interfere na saúde pública e, diretamente, na vida das pessoas. Isso ocorre, pois, não havendo concorrência durante a vigência das patentes, as empresas podem fazer uma política de preços muito acima do preço de custo direto (não contando aqui com o custo da pesquisa e desenvolvimento). Portanto, acredita-se que deva haver um equilíbrio entre o direito de a empresa poder reaver o recurso investido no desenvolvimento de determinada tecnologia e o direito da população em relação à sua saúde.

Entende-se, portanto, e isso é refletido em momentos na legislação, que é necessário que a lei apresente um tratamento muitas vezes diferenciado para a indústria farmacêutica. Vemos

que, em diferentes versões das leis pátrias que tratam do tema, há mecanismos para que, em casos específicos, o invento descrito na patente possa ser explorado mesmo sem autorização do titular. Na Lei nº 9.279, essa licença compulsória poderia ser dada em caso de emergência nacional ou de interesse público o que poderia abarcar, por exemplo, o caso de um problema de saúde pública.

A atual Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), por meio da qual, após aproximadamente cinquenta anos, o Brasil passou a permitir patentes na área farmacêutica, é uma consequência direta da entrada do Brasil no acordo TRIPS, ao qual o Brasil se tornou signatário por conta de pressão dos países desenvolvidos e geradores de inovação tecnológica, como é o caso dos EUA.

O advento da pandemia causada pelo novo coronavírus fez com que muitos se debruçassem sobre o assunto de como mitigar essa proteção patentária dos produtos farmacêuticos potencialmente úteis para a pandemia.

Durante o curso da pandemia, deu-se, por exemplo, celeridade à discussão da ADI 5529 que, ao final, tornou inconstitucional o art. 40, parágrafo único, da LPI, que concedia prorrogação de prazo de validade automático para patentes. Essa decisão e sua modulação, que fez com que os seus efeitos se tornassem retroativos somente para a área tecnológica das patentes farmacêuticas, demonstrou uma preocupação em fazer com que aumentasse a chance de que invenções úteis para o controle da pandemia do novo coronavírus se tornassem de domínio público mais rapidamente.

Por fim, durante a pandemia, houve também muita discussão sobre licenças compulsórias de patentes relacionadas a tratamentos para a covid-19. Houve mais de 10 (dez) projetos de lei com esse intuito, sendo que um deles já foi aprovado nas duas casas legislativas e vetado parcialmente pela presidência da República.

Podemos ver, portanto, que a pandemia do novo coronavírus fez com que houvesse uma reflexão e uma ponderação no

que se refere ao equilíbrio entre o direito à propriedade intelectual e o direito ao acesso à saúde, o que está tendo impacto direto na legislação relativa às patentes farmacêuticas. ❖

## REFERÊNCIAS

ABAPI - Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial. **Propriedade Industrial no Brasil: 50 Anos de História**. ABAPI. São Paulo - SP, 1998. Disponível em <http://www.abapi.org.br/abapi2014/livros/abapi50anos0.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2022.

ACORDO TRIPS. **Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio**, 1994. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/42593/mod\\_resource/content/1/%20Trips%20-%20Acordo%20sobre%20aspectos%20dos%20direitos%20de%20propriedade%20intelectual%20relacionados%20ao%20com%20C3%A9rcio.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/42593/mod_resource/content/1/%20Trips%20-%20Acordo%20sobre%20aspectos%20dos%20direitos%20de%20propriedade%20intelectual%20relacionados%20ao%20com%20C3%A9rcio.pdf). Acesso em 12 de maio de 2022.

ALVARENGA, G. E. L. **Indústrias Farmacêuticas e Licença Compulsória no Combate à Covid-19: Melhor Remédio?** Rev. Augustus, v.25, n.º. 51, p. 412-436, 2020. Disponível em <https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/revistaaugustus/article/view/608/311>. Acesso em 12 de maio de 2022.

BARBOSA, D. B. **Tratado da Propriedade Intelectual**, Tomo II. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro – RJ, 2010.

BRASIL. **Alvará de 28 de Abril de 1809**. Isenta de direitos às materias primaz do uso das fabricas e concede ontros favores aos fabricantes e da navegação Nacional, 1809. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/alvara/anteriore-sa1824/alvara-40051-28-abril-1809-571629-publicacaooriginal-94774-pe.html>. Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**, 1891. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824**, 1824. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto 1.355**. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, 1994. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm). Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto 16.264**. Crêa a Directoria Geral da Propriedade Industrial, 1923. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16264-19-dezembro-1923-505763-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei N° 7.903**. Código da Propriedade Industrial, 1945. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del7903.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del7903.htm). Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.868**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. 1999. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm). Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei de 28 de Agosto de 1830**. Concede privilegio ao que descobrir, inventar ou melhorar uma industria util e um premio que introduzir uma industria estrangeira, e regula sua concessão, 1830. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-28-8-1830.htm#:~:text=Concede%20privilegio%20ao%20que%20descobrir,estrangeira%2C%20e%20regula%20sua%20concess%C3%A3o](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-28-8-1830.htm#:~:text=Concede%20privilegio%20ao%20que%20descobrir,estrangeira%2C%20e%20regula%20sua%20concess%C3%A3o). Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n° 3.129**. Regula a concessão de patentes aos autores de invenção ou descoberta industrial, 1882. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3129.htm). Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.772.** Institui o Código da Propriedade Industrial, 1971. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15772.htm#:~:text=LEI%20No%205.772%2C%20DE%2021%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201971.&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20da%20Propriedade,com%20o%20estabelecido%20nesta%20lei](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15772.htm#:~:text=LEI%20No%205.772%2C%20DE%2021%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201971.&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20da%20Propriedade,com%20o%20estabelecido%20nesta%20lei). Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.279.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, 1996. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=V%20%2D%20repress%C3%A3o%20%C3%A0%20concorr%C3%Aancia%20desleal](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=V%20%2D%20repress%C3%A3o%20%C3%A0%20concorr%C3%Aancia%20desleal). Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 12 de 2021.** Altera a Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, para conceder licença compulsória para exploração de patentes de invenção ou de modelos de utilidade necessários ao enfrentamento de emergências de saúde pública, 2021b. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8988226&ts=1630644082028&disposition=inline>. Acesso em 12 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (PCT).** Ministério da Economia, 2021. Disponível em <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/Como-protoger-patente-no-exterior/pct/tratado-de-cooperacao-em-materia-de-patentes-pct>. Acesso em 03 de novembro de 2021a.

CANALLI, W. M.; SILVA, R. P. **Uma breve história das patentes: analogias entre ciência/tecnologia e trabalho intelectual/trabalho operacional.** 4º Congresso de História das Ciências Técnicas e Epistemológicas, 2011. Disponível em: <http://www.hcte.ufrj.br/downloads/sh/sh4/trabalhos/Waldemar%20Canalli.pdf>. Acesso em 03 novembro de 2021.

CHAVES, G. C. *et al.* **A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos.** Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23(2), p.257-267, 2007. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csp/a/7NYKhv9K9WKSncYPB4bkXL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 12 de maio de 2022.

CHAVES, G. C. **Interfaces entre a Produção Local e o Acesso a Medicamentos no Contexto do Acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio.** Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Escola Nacional de Saúde Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro – RJ, 2016. Disponível em [https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/20934/2/ve\\_Gabriela\\_Chaves\\_ENSP\\_2016.pdf](https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/20934/2/ve_Gabriela_Chaves_ENSP_2016.pdf). Acesso em 12 de maio de 2022.

COSTA, G. C. S. *et al.* **Avaliação do setor produtivo farmacêutico no Brasil: capacitação tecnológica e produtiva.** Rev. Eletrôn. de Comum. Inf. Inov. Saúde, v. 8(4), p. 443-460, 2014. Disponível em <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/432/1079>. Acesso em 12 de maio de 2022.

CUP. **Convenção da União de Paris, 1883.** Disponível em <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/cup.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2022.

GONTIJO, S. **As Transformações do Sistema de Patentes da Convenção de Paris ao Acordo TRIPS: A Posição Brasileira.** Fundação Heinrich Böll, 2005. Disponível em <http://paje.fe.usp.br/~mbarbosa/dpi/gontijo1.pdf>. Acesso em 03 de novembro de 2021.

IDS – Instituto Danemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. **Comentários à lei de propriedade Industrial.** Edição revista e atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro – RJ, 2005.

LAGE, C. L. S.; WINTER, E.; BARBOSA, P. M. S.; **As diversas faces da propriedade intelectual.** EdUERJ, Rio de Janeiro – RJ, 2013.

MAGALHÃES, V. G. **Propriedade Intelectual: Biotecnologia e Biodiversidade**. Editora Fiuza. São Paulo – SP, 2011.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5ª Edição, Editora Atlas, São Paulo – SP, 2003.

MATTOS, C. C. A. *et al.* **Nota Técnica: Licença Compulsória de Vacinas Contra COVID-19**. Consultoria Legislativa – Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em file:///C:/Users/bruno.DESKTOP-54UFVG1/Downloads/nt\_vacinas\_covid\_C%C3%A9sar%20(2).pdf. Acesso em 12 de maio de 2022.

MEDEIROS, H. G. **Comentários Sobre a Decisão Liminar Proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 5529 no Contexto da Pandemia: A Atuação do Supremo Tribunal Federal à Luz do Argumento das Capacidades Institucionais**. Revista Rede de Direito Digital, intelectual & Sociedade, v.1, n. 1, p. 341-360, 2021. Disponível em <https://revista.ioda.org.br/index.php/rrddis/article/view/16/13>. Acesso em 12 de maio de 2022.

PARANAGUÁ, P.; REIS, R. **Patentes e Criações Industriais**. Editora FGV, Rio de Janeiro – RJ, 2009.

PHARMACEUTICAL COMMERCE. **Global pharma spending will hit \$1.5 trillion in 2023, says IQVIA**. Disponível em <https://www.pharmaceuticalcommerce.com/business-and-finance/global-pharma-spending-will-hit-1-5-trillion-in-2023-says-iqvia/>. Acesso em 23 de novembro de 2020, 2019.

RODRIGUES, W. C. V.; SOLER, O. **Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização**. Rev. Panam. Salud Publica/Pan. Am. J. Public Health v. 26(6), p. 553-559, 2009. Disponível em <https://www.scielosp.org/pdf/rpsp/2009.v26n6/553-559/pt>. Acesso em 12 de maio de 2022.

SALOMÃO, K. **Por Dentro da Deliciosa Sede da Garoto**. Revista Exame, 2017. Disponível em <https://exame.com/negocios/por-dentro-da-deliciosa-sede-da-garoto/>. Acesso em 04 de novembro de 2021.

**STF. Inteiro Teor do Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529**, 2021. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347616019&ext=.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2022.

**TCU, Relatório de Auditoria. Instituto Nacional da Propriedade Intelectual – INPI**, 2019. Disponível em <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/846182959/relatorio-de-auditoria-ra-ra-1536920196/inteiro-teor-846182979>. Acesso em 12 de maio de 2022.

# A Invisibilidade da Violência Patrimonial na Vara de Família e a Perpetuação da Desigualdade de Gênero

**Ana Beatriz Rutowitsch Bicalho**

*Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestrado em andamento em Direito pela Universidade Estácio de Sá, UNESA.*

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo levantar o véu da violência patrimonial contra a mulher existente nas varas de família e disfarçada através de ações de inadimplência alimentar ou fraude à partilha de bens. Enquanto a fraude à partilha encarna a falta de reconhecimento estrutural da participação feminina na riqueza da sociedade conjugal, a insolvência alimentar demonstra o quanto o detentor dos recursos econômicos tripudia da ponta mais vulnerável da relação; situações essas diariamente discutidas no Poder Judiciário, que pode e deve compreender seu papel fundamental na defesa da igualdade substancial de gêneros prevista na CRFB 1988, de forma a lhe dar a eficácia substancial até hoje não alcançada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Gênero. Desigualdade. Fraude. Alimentos. Violência.

**ABSTRACT:** This article aims to lift the veil of patrimonial violence against women existing in family courts and disguised as litigations over child support defaults or common assets fraud. While the common assets fraud embodies the lack of structural recognition of female participation in the wealth creation during

the conjugal period, child support defaults demonstrates how much the holder of economic power can actively bully the most vulnerable party of the marital relationship; these situations are discussed on a daily basis in the Judiciary, which should understand it's fundamental role in defending substantial gender equality provided by the CRFB 1988, in order to enforce substantial effectiveness that has not been achieved so far in family courts.

**KEYWORDS:** Gender. Inequality. Fraud. Child Support. Violence.

**SUMÁRIO:** 1. A Constituição Federal e a igualdade de gêneros. 1.a. A desigualdade estrutural promovida através do discurso sociocultural. 1.b. Da vulnerabilidade desassistida no mercado de trabalho. 2. Da importância da efetividade do Princípio da Boa-Fé no combate ao abuso do direito no âmbito familiar. 3. Da invisibilidade da violência patrimonial realizada nas varas de família. 3.a. Da violência patrimonial através da fraude à partilha de bens. 3.b. Da violência patrimonial através da inadimplência alimentar. 4. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A IGUALDADE DE GÊNEROS

A Constituição Brasileira de 1988 rompeu com o regime civil-constitucional discriminatório até então vigente, prevendo a igualdade de gêneros e estabelecendo equidade de direitos e deveres entre homens e mulheres, garantindo, ainda, a dignidade<sup>1</sup> da pessoa humana.

O vínculo indissolúvel entre os princípios da igualdade e da dignidade no plano jurídico teve como objetivo não apenas garantir o direito à própria vida, mas também concretizar o ideal de que esta possa ser usufruída através de um estado democrático de direito que promova um sistema não discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), respeitando a

---

<sup>1</sup> Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 64)

diversidade e a identidade de grupos sociais minoritários e/ou vulneráveis, possibilitando a igualdade material a todos, independentemente do sexo.

No entanto, a mera previsão formal da igualdade não se faz suficiente para as mudanças significativas no âmbito familiar e social, especialmente em uma sociedade culturalmente centrada na figura masculina. Necessário, assim, se oportunizar à mulher, na prática, possibilidades concretas garantidoras de equidade em todos os âmbitos da vida, freando a disparidade material vigente entre os gêneros e retirando a vulnerabilidade<sup>2</sup> da condição feminina, como opina Lobo<sup>3</sup> (2020).

A efetividade dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade depende, portanto, de políticas sociais voltadas para o favorecimento não apenas da educação e da capacitação do gênero<sup>4</sup>, mas principalmente da fomentação estrutural da identificação do mesmo com sentimentos de autoestima e pertencimento, possibilitando a compreensão do próprio valor e a dimensão das desigualdades ainda existentes que precisam ser combatidas por meio de mudanças na educação, na política e no mercado de trabalho, especialmente em uma sociedade pautada por interesses econômicos.

---

2 “Existe certa confusão entre minorias e grupos vulneráveis. As primeiras seriam caracterizadas por ocupar uma posição de não dominância no país onde vivem. Os grupos vulneráveis podem se constituir num grande contingente numericamente falando, como as mulheres, crianças e idosos. Para alguns são grupos vulneráveis, posto destituídos de poder, mas guardam cidadania e os demais elementos que poderiam transformá-los em minorias.” (SEGUIN, ELIDA. **Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2002. p. 12)

3 LOBO, Fabiola Albuquerque. As discussões sobre o gênero e vulnerabilidade podem ser medidas pelos princípios da dignidade humana e da solidariedade? In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra (Orgs.). **Gênero, Vulnerabilidade e Autonomia**. São Paulo: Foco, 2020. p. 223-234. p. 232.

4 “A igualdade de gênero também é condição essencial da democratização de qualquer instituição, sendo necessário por termo à desigualdade fática da mulher nas mais diversas situações. Embora tenha havido nítidos progressos em termos de escolaridade e profissionalização das mulheres no Brasil, a manutenção das desigualdades representa a reafirmação da denominação masculina. Neste caso, o ordenamento jurídico nacional deve ser mobilizado para realizar ações afirmativas de maior amplitude.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana**. São Paulo: IBDFam, 2006. p. 637)

## 1.a. A Desigualdade Estrutural Promovida Através do Discurso Sociocultural

As dificuldades da concretização do princípio da igualdade se originam na distinção cultural entre a moralidade feminina e masculina, uma vez que, enquanto dos homens, espera-se o “conhecimento dos próprios deveres”, a exigência de um comportamento “adequado às expectativas” possui conotação mais subjetiva e castradora para as mulheres, englobando “uma integridade sexual e devoção familiar”, como observa Elisa Cruz<sup>5</sup> (2021).

A educação atua, portanto, como uma ceifadora dos gêneros, ensinando a meninas e meninos lugares diversos, impondo padrões que não apenas implicarão nas respectivas aceitações pelo meio social como principalmente nas oportunidades que este lhes proporcionará. Não é de se espantar que um estudo recente realizado pelo IBGE<sup>6</sup> tenha apontado que estas diferenças abrangem não apenas funções e responsabilidades no âmbito doméstico<sup>7</sup> como o controle dos recursos e oportunidades de tomada de decisão no meio político<sup>8</sup> e social, concretizando as nefastas consequências do patriarcado<sup>9</sup> ainda hoje.

---

5 CRUZ, Eliza. Vulnerabilidade e mulher nos direitos das famílias: desigualdades nas relações de conjugabilidade e cuidado. EHRHARDT JR. Marcos; LOBO, Fabíola (Orgs.). **Vulnerabilidade e sua Compreensão no Direito Brasileiro**. São Paulo: Foco, 2021. p. 184.

6 RIO DE JANEIRO. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Estatísticas de Gênero. Indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 12 de jun. de 2021.

7 “Apesar de tantas transformações sociais ocorridas ao longo do último século sob a perspectiva de gênero, as mulheres seguem dedicando relativamente mais tempo aos afazeres domésticos e cuidados, qualquer que seja o grupo de idade observado. A questão da carga horária parece ser um fator fundamental no diferencial de inserção ocupacional entre homens e mulheres determinado pela divisão sexual do trabalho.” (IBGE, op. cit.)

8 O distanciamento feminino na política brasileira influencia na própria falta de ingerência sobre a pauta pública, bem como no atraso na formulação de leis que promovam a equiparação dos gêneros, tratando dos interesses das mulheres no que se refere ao combate à discriminação, ao assédio, à violência de gênero e aos próprios direitos sexuais e reprodutivos. Luís Roberto Barroso observa (BARROSO, 2020. p. 160): “A sub-representatividade feminina na pauta política impede que projetos de lei de interesse das mulheres sejam votados e aprovados, inclusive acerca do próprio direito de reprodução. (...) quando o Estado opta por mandar a polícia, o promotor ou o juiz obrigarem uma mulher a permanecer grávida do filho que ela não quer ter – não quer porque, geralmente, não pode –, viola uma série de direitos constitucionais. O primeiro é a liberdade individual, que assegura a todas as pessoas para fazer as suas escolhas existenciais básicas, como a de ter ou não um filho. Em segundo lugar, vem o direito à igualdade: já que os homens não engravidam, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. Também os direitos sexuais e reprodutivos estão em questão: tal como os homens, as mulheres têm direito a uma vida sexual ativa e prazerosa, sem o ônus de suportar, frequentemente sozinha, o peso de uma gravidez indesejada.”

9 O linchamento moral enfrentado pelas candidatas durante as campanhas eleitorais nas redes sociais em muito ultrapassa as agressões dispensadas aos candidatos do sexo masculino. No caso das mulheres, além

Atente-se, por fim, que estudos da última década começam a apontar os malefícios deste padrão cultural para os próprios homens, que também se veem aprisionados por um estereótipo de masculinidade baseada em uma lógica binária simplista<sup>10</sup> que, em termos práticos, inibe ou constrange, impedindo membros do sexo masculino de usufruir ou desenvolver potenciais sensíveis e práticos permitidos e estimulados somente nas mulheres.

### **1.b. Da Vulnerabilidade Desassistida no Mercado de Trabalho**

As mulheres ocupam aproximadamente 55% das vagas de graduação, 55% das vagas de mestrado e 54% de doutorado, no entanto não representam sequer 50% dos profissionais com carreira universitária no país. Pesquisas apontam, ainda, que apesar da entrada da mulher no mercado de trabalho há décadas, o domínio masculino em algumas áreas específicas (como engenharia, técnico em informática, forças armadas, entre outras) é tão gritante quanto a sobre representação feminina em trabalhos menos prestigiados como educação infantil, cabeleireiras, manicures, serviços de saúde etc.

Na raiz do problema, verifica-se a própria família, que permanece ensinando habilidades distintas aos gêneros e perpetuando a exclusiva responsabilidade feminina com os afazeres domésticos e cuidados familiares, mantendo o gênero em desvantagem, uma vez que sua entrada no mundo profissional não implicou na

---

das ofensas atribuídas aos oponentes, estas são inundadas de xingamentos acerca de seus atributos físicos, sexualidade etc. Adriana Vidal Oliveira e Caitilin Mulholland (2020, p. 177-178) observam: “Além da tutela da liberdade de expressão em versão liberal potencialmente perpetuar uma série de violências contra minorias de gênero, podemos perceber que as ofensas em si, quando proferidas sob o império da proteção do discurso, são a forma pela qual se dá a construção das minorias. Nestes termos, precisamos refletir sobre o tipo de função que o direito terá nessa dinâmica: se deve ser usado para perpetuar situações de desigualdade, sob o aparente império de neutralidade liberal, ou se deve ser um facilitador da igualdade material.”

10 “É imperativo que o homem seja educado (não num sentido apenas conteudista), de modo refletido e consciente, sobre essas questões de gênero e sobre a violência vista como tal, sob a ótica feminista e tendo como perspectiva o fim da violência contra a mulher. Do mesmo modo, é importante que sejam fornecidas as alternativas de sociabilidade, para lidar com os conflitos familiares e conjugais diferentes da violência. Principalmente considerando que a lógica binária, de papéis fixos de agressor e vítima, não se sustenta na maioria das relações conjugais, alternando-se conforme a situação e as causas antecedentes ao conflito.” (SEGAT, Juliana Lazzaretti. Precisamos falar sobre os homens: Apontamentos preliminares sobre práticas voltadas à reabilitação e educação de homens autores de violência doméstica contra a mulher. *Revista IBDFAM*. Belo Horizonte: IBDFAM. v. 29. 2018. p. 122).

redivisão dos trabalhos domésticos<sup>11</sup>. E mais: a ausência de qualquer ressignificação de tais responsabilidades entre os casais implica diretamente na desigualdade de renda entre os gêneros, uma vez que as mulheres, além de trabalharem fora, cuidam do lar e dos filhos, sendo, muitas vezes, discriminadas justamente por não terem a mesma disponibilidade de tempo para se dedicarem ao trabalho que seus pares profissionais do sexo oposto<sup>12</sup>.

Segundo Caroline Sátiro de Holanda<sup>13</sup> (2012), as políticas públicas estatais brasileiras possuem natureza familiarista, o que significa que buscam proporcionar a conciliação entre a maternidade, o cuidado com os filhos e o trabalho feminino, eternizando a cultura de que a mulher deve conjugar as atribuições do trabalho doméstico e de fora de casa, sem que isso prejudique as suas funções de cuidado. Situação essa que conserva o *status quo*, uma vez que tais políticas não são formuladas em prol de mudanças nos lugares de pertencimento das mulheres, sejam eles no âmbito público ou privado.

A socióloga francesa Anne-Marie Devreux (2005, p. 572)<sup>14</sup> pondera o quanto essa visão do papel feminino exerce sobre a maioria das mulheres “uma contradição estrutural entre sua função reprodutora e sua função produtora”, uma vez que a maternidade atua de forma negativa diretamente sobre a in-

---

11 Brasília. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, **Retratos das Desigualdades de Gêneros e Raças**. Brasília, 2008. p. 37.

12 “O despontar da responsabilidade civil no século XX, ao retirar a culpa como elemento intransponível para se indenizar potenciais ilícitos civis, a partir das modificações axiológicas advindas do enfoque na dignidade da pessoa humana, aparenta possibilitar a discussão sobre a incidência do direito de danos em relação à divisão não equânime das atividades domésticas entre cônjuges/conviveres. Tal constatação pode ser deduzida com base no preenchimento dos requisitos para incidir o dever de reparo, que seriam os danos patrimonial e extrapatrimonial aferidos da ativa divisão sexual do trabalho, que extrapolam o retórico do “mero dissabor” ocasionado pela quebra dos deveres conjugais”. (LIMA, Francielle Elisabet Nogueira; OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti. Reflexões e desafios propostos pela leitura acerca do descumprimento de deveres conjugais. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.7, n° 3, p. 1-18, Quadrimestral, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/issue/view/33>. Acesso em 03.03.2021)

13 HOLLANDA, Caroline Sátiro de. **Uma análise feminista dos deveres conjugais e das consequências da culpa pelo fim do casamento no direito brasileiro**. In: 17º Encontro Nacional da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero. Paraíba: Anais, 2012. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/17redor/17redor/paper/viewPaper/29>. Acesso em: 02.04.2021.

14 DEVREUX, Anne-Marie. **A teoria das relações sociais de sexo: um quadro de análise sobre a dominação masculina**. Sociedade e Estado, Brasília, v. 20, n° 3 set./dez., p. 572, Quadrimestral, 2005. Disponível: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/index>

serção, manutenção e ocupação de determinados cargos, por parte das mulheres, no mercado de trabalho. Situação completamente diversa do homem, cuja paternidade fortalece o estatuto profissional.

Se, na França, um dos berços do feminismo, ainda se verifica tal disparidade estrutural, não é de se espantar o *círculo vicioso* manifestado no ambiente profissional no Brasil. Tendo a mulher inúmeras atribuições domésticas, ela acaba preterida nas promoções em prol de seus pares do sexo masculino, que são considerados mais disponíveis, sendo que esses mesmos pares, ao não dividirem suas tarefas domésticas com as respectivas parceiras, as sobrecarregam.

A distopia cultural da divisão dos trabalhos domésticos e responsabilidades familiares diminui as oportunidades profissionais femininas, traduzindo-se em números no mercado de trabalho: as mulheres brasileiras brancas ganham, em média, 76% da remuneração masculina. E mais, a constituição familiar prejudica a mulher em comparação com seu próprio gênero, já que pesquisas apontam que o salário das brasileiras com filhos é, em média, 35% menor que o das mulheres que não os têm, evidenciando o impacto da maternidade na renda feminina, razão pela qual a diferença salarial entre homens e mulheres aumenta com o envelhecimento, confirmando o quanto a cultura, ao promover manutenção da divisão dos trabalhos por gênero, fomenta a desigualdade.

O déficit causado pela maternidade explica-se culturalmente pela ideia do investimento familiar no “desenvolvimento mais saudável dos seus membros”. No entanto, na prática, o que se verifica é que as escolhas feitas pelo casal atuam diretamente e quase exclusivamente sobre o futuro das mulheres, que, no caso de divórcio, muitas vezes precisam de pensão alimentícia<sup>15</sup> para

15 “Não obstante a igualdade jurídica formal, portanto, a realidade social ainda não equilibrou efetivamente os papéis afetivos e profissionais feminino e masculino. Historicamente, nota-se lenta e gradual a absorção do trabalho feminino fora dos limites do lar, cujos reflexos desbordam na administração financeira da família antes e depois do divórcio que, geralmente, leva ao pedido de alimentos com o fim do casamento ou da união estável, nem sempre bem sucedido.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Os alimentos entre a dogmática e efetividade. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Orgs) *Da Dogmática à Efetividade do Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 224-229.

a própria sobrevivência ou mesmo para contribuição em proporção superior para o sustento dos filhos comuns.

Conclui-se, assim, que, ainda que as mulheres sejam maioria em capacitação superior e já estejam no mercado de trabalho há décadas, as mesmas, por questões socioeducacionais, políticas e econômicas, permanecem em estado de desvantagem, tornando a meritocracia um mito no que se refere à competitividade profissional entre os gêneros. (MCNAMEE, Stephen J.; MILLER Jr., Robert K, 2014)<sup>16</sup>

## 2. DA IMPORTÂNCIA DA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO COMBATE AO ABUSO DO DIREITO NO ÂMBITO FAMILIAR

Tendo-se que a mera previsão legal da igualdade não garante equidade substancial, é fundamental à preservação dos princípios da boa-fé, eticidade e confiança no direito de família<sup>17</sup> com objetivo de impedir condutas (violência, fraudes, abusos etc.) que tornem ainda mais gritante a desigualdade de gêneros, impedindo a concretização da dignidade da pessoa humana. O operador do direito de família deve, portanto, estar em constante vigília à realidade social e às vulnerabilidades dela decorrentes, bem como adotar um olhar crítico sobre o dever de lealdade, observando a conduta contraditória<sup>18</sup> e a imoralidade dela decorrente (ainda que sob o manto da licitude), visto que a lei não pode servir como meio para lesar o outro, especialmente no ambiente privado, um espaço privilegiado para promover

---

16 “Como a discriminação contra as mulheres convive com diversas outras formas de discriminação, uma das principais consequências disso, no mercado de trabalho, é que a meritocracia passa a ser um mito.” (MCNAMEE, Stephen J.; MILLER Jr., Robert K. *The meritocracy myth*. Reino Unido: Rowman&Little-Field Publishers Inc., 2014, p. 180-198)

17 “(...) a ética aliada ao direito de família dá origem ao dever de se respeitar a dignidade dos sujeitos em todos os seus aspectos, o dever de se buscar um ambiente sustentado em todos os vínculos afetivos, o dever de se preservar a confiança e o respeito no grupo familiar, mesmo depois da eventual dissolução do vínculo conjugal ou da união estável e o dever de se garantir o melhor interesse da criança e do adolescente.” (GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-Fé Objetiva*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.89).

18 “Ainda que mudar de comportamento seja um direito de todos, a proibição ao comportamento contraditório refere-se à importância que a concepção de autonomia privada esteja compatível com os valores de solidariedade social previstos na Constituição de 1988” (SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 142).

o amor, a solidariedade e a realização pessoal, como pondera Renata Vilela Multedo<sup>19</sup> (2017).

A compreensão do perfil funcional da família fundamenta, portanto, a aplicação da proibição do comportamento contraditório<sup>20</sup> como forma de concretizar a manutenção dos pactos firmados ao longo do relacionamento<sup>21</sup>, especialmente no que se refere aos efeitos patrimoniais provenientes da união. Com o fito de impedir situações assimétricas<sup>22</sup> decorrentes do fim do casamento/união estável, é fundamental o olhar sempre cuidadoso do juriconsulto ao tratar do tema, não cabendo ao operador do direito fazer julgamento de valor sobre os “combinados realizados” entre um casal, mas segui-los e atender à letra da lei.

No que se refere à administração do patrimônio comum, especial atenção deve ser dispensada ao tema, visto a inegável existência sexual do dinheiro traduzida pela tradicional responsabilidade das mulheres por despesas corriqueiras, enquanto os homens administram o patrimônio do casal. Maria Claudia Crespo Brauner e Paula Pinhal de Carlos<sup>23</sup> opinam (2006) pela importância do descortinamento da violência conjugal oriunda

---

19 MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: Limites para Intervenção do Estado nas Relações Conjugais e Parentais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 24.

20 “A vedação ao comportamento contraditório observa-se em situações nas quais uma pessoa, por algum lapso temporal, se comporta de determinado modo, gerando expectativa legítima em outra de que seu comportamento permanecerá inalterado, mas, todavia, no decorrer da relação estabelecida, este mesmo agente modifica o comportamento inicial por outro contrário, esvaziando a confiança estabelecida na outra parte ou em terceiros.” (CAMPOS, Gabriela Helena M. de Oliveira; DA COSTA, Lorrane Carvalho. Vedação ao comportamento contraditório, boa-fé e extinção contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIRA, Vitor. (Orgs.) **Da Dogmática à Efetividade do Direito Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.722).

21 “(...)na alcova de cada casal, é possível que um dos cônjuges venha a administrar sozinho os bens do casal, por entenderem os dois que aquele possuía mais habilidade para tal. Do mesmo modo, é possível que um dos cônjuges abra mão da vida profissional, por entender que sua presença será mais valiosa na condução de tarefas domésticas e na criação dos filhos.” MENEZES, Joyceane Bezerra; ARAUJO, Abraão Bezerra de. Alimentos Compensatórios no Direito Brasileiro: O protagonismo da doutrina e jurisprudência. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Orgs.) **Da Dogmática à efetividade do direito civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 736.

22 Relações assimétricas são aquelas em que as partes possuem diferenças substanciais a ponto de levar o Estado a intervir na relação como forma de se alcançar um equilíbrio e justiça, opinam Albuquerque e Correia Junior (ALBUQUERQUE, Paula Falcão; CORREIA JUNIOR, José Barros. O empresário vulnerável em tempos de simetria contratual. In: EHRHARDT JR, Marcos; LOBO, Fabíola. (Orgs.) **Vulnerabilidade e sua Compreensão no Direito Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Foco, 2021. p. 18).

23 BRAUNER, Maria Claudia Crespo; CARLOS Paula Pinhal de. A Família Democrática. Violência de Género. A Face Obscura das Relações Familiares. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM. 2006. p. 651.

da dependência econômica, mostrando-se equivocado o entendimento de que tal fenômeno pertença apenas à classe mais desfavorecida. Ademais, cabe observar a pouca frequência com que a violência contra mulher é abordada dentro da seara do juízo de família, como se o tema fosse um fenômeno puramente criminal, ocorrendo a perpetuação não apenas das situações de vulnerabilidade e disparidade material como um invisível afrontamento aos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, que deveriam ser justamente o fundamento do direito familiar.

### 3. DA INVISIBILIDADE DA VIOLÊNCIA PATRIMONIAL NAS VARAS DE FAMÍLIA

A Lei Maria da Penha<sup>24</sup> criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, visando promover a igualdade de gêneros e erradicar a injustiça, descrevendo em seu art. 7º e incisos as diversas formas de violência doméstica, dentre elas:

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

Em decorrência de a Lei nº 11.340 de 2006 prever a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que tem natureza dúplice<sup>25</sup>, questões como a violência patrimonial, tratada no inciso IV do artigo 7, frequentemente transpassam as varas de família despercebidamente, situação que precisa ser mudada de forma a não tornar o Poder Judiciário, além de cúmplice, perpetuador de injustiças.

Sendo a violência material considerada um crime contra a mulher, causa espécie que o Ministério Público não mais atue na defesa dos interesses individuais disponíveis (CPC, art. 176),

24 BRASIL. Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006.

25 “Assim, firmamos um primeiro ponto: há procedimentos cíveis e criminais separados, conduzidos por juízes com competência cumulativa, cível e criminal, quanto à matéria violência doméstica e familiar contra a mulher.” (FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2009).

como são relacionadas as questões patrimoniais advindas do casamento e da união estável. No juízo de família, a agressão patrimonial à mulher não merece a intervenção do Ministério Público, embora se trate do mesmo patrimônio privado defendido na lei criminal, não obstante o inciso IX, do artigo 129 da Constituição Federal ordene serem tarefas institucionais do Ministério Público – exercer outras funções compatíveis com a sua finalidade. De nada serve zelar pelo império da lei e por sua efetividade no âmbito criminal, e nas relações de família o Ministério Público atuar apenas quando houver interesses indisponíveis, quando a mulher protegida na esfera penal está sofrendo a mesma violência patrimonial, em um processo de partilha de bens. (MADALENO, Rolf Madaleno<sup>26</sup>, 2017, p. 17)

### 3.a. Da Violência Patrimonial Através da Fraude à Partilha de Bens

A partilha de bens decorrente do perecimento da união<sup>27</sup> pode se dar consensual<sup>28</sup> ou litigiosamente.

As dificuldades para o mapeamento do patrimônio conjugal não apenas se fundamentam em posturas socioculturais existentes durante o casamento como no próprio sistema legal de outorgas, que, na forma prevista pelo art. 1.647 do CC, exige a ciência de ambos os cônjuges/companheiros apenas para transações que envolvam bens imóveis e demais direitos reais<sup>29</sup>.

26 MADALENO, Rolf. A improbidade conjugal na partilha de bens. *Revista IBDFAM*. Belo Horizonte, vol. 23 (set./out.), p. 11-32, Bimestral, 2017.

27 “Parece fundamental aceitar que as relações conjugais e convencionais não estejam sob o jugo de normas cogentes, salvaguardando-se sempre as especiais situações de vulnerabilidade e desigualdade material que, diante dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, requeiram a ação positiva do Estado.” (MULTEDO, Renata Vilela. A potencialidade dos pactos consensuais no fim da conjugalidade. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Orgs.). *Contratos, Família e Sucessões: Diálogos Interdisciplinares*. São Paulo: Foco, 2021. p. 240).

28 As partilhas consensuais, sejam elas judiciais ou elaboradas em tabelionatos, são verdadeiros negócios jurídicos, devendo atender, portanto, aos requisitos de validade previstos no art. 104 do CC, inclusive no que se refere ao dever de atuar com probidade e boa-fé objetiva previsto no art. 422 do CC.

29 A letra da lei, atualmente, mostra-se distante das transações econômicas relevantes que podem envolver o patrimônio comum sem prescindir da autorização do outro cônjuge/companheiro, valendo lembrar que, na economia mundial atual, ativos financeiros variam de ações de companhia à cripto moedas, passando por bancos de dados, informações digitais e propriedade intelectual, ponderam TONINI, Brunna Emanuelle Carvalho; Rodrigues, Renata de Lima. *Novos Bens e Outorga Conjugal*. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Orgs.). *Contratos, Família e Sucessões: Diálogos Interdisciplinares*. São Paulo: Foco, 2021. p. 199.

A fraude pode se dar através de dois tipos de condutas omissivas: quando há ocultação direta do patrimônio pelo marido/convivente para impedir a divisão equânime dos bens, ou quando a omissão ocorre pela via indireta, vale dizer, o cônjuge/convivente reduz (de forma fictícia) o patrimônio a ser partilhado e, por via de consequência, a meação a ser recebida pela ex-mulher/convivente.

Tendo em vista que a sonegação de bem pode fundamentar ação de sobrepartilha, a fraude pela omissão indireta vem sendo mais utilizada, podendo se apresentar das mais diversas maneiras, dentre elas:

#### a. Sonegação dos Frutos Comuns

A retenção dos frutos comuns<sup>30</sup> adquiridos durante a união e sob a exclusiva administração do homem possui natureza jurídica de enriquecimento sem causa<sup>31</sup> sempre que o incremento patrimonial do varão, durante o processo de divórcio e partilha de bens, decorrer da ausência de repasse à esposa/convivente dos frutos referentes à sua meação, causando, por via de consequência, seu injusto empobrecimento<sup>32</sup>. Exemplos comuns de violência patrimonial ocorridos durante a partilha são a contenção integral dos valores recebidos a título de alugueres de imóvel comum ou mesmo pelo não repasse de dividendos referentes a participações acionárias e/ou juros sobre título de renda fixa, valores que poderiam ser utilizados para *satisfazer suas necessidades*.

---

30 “São os rendimentos periódicos retirados da coisa, decorrente do seu uso ou gozo, sem sua alteração ou diminuição. São as vantagens pecuniárias que se retira da coisa em razão de sua utilização. No regime da comunhão parcial de bens, são comunicáveis e, portanto, partilháveis os frutos dos bens comuns.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de **Direito de Família e Sucessões**. 2ª Edição. São Paulo: SaraivaJur. 2018. p. 384-385).

31 Com a criação dos planos de previdência privada aberta, muitos viram a oportunidade de utilizarem-se da incomunicabilidade prevista no art. 1.659, inciso VII, do CC, para fraudar a partilha de bens. Somente com a manifestação do STJ sobre o tema, diferenciando a natureza das previdências fechada ou aberta, aplicando os óbices ou não à partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal, é que tal prática foi aposentada.

32 “Ligado ao enriquecimento, como o próprio dispositivo legal que trata do tema determina, tem-se a figura do empobrecimento, na medida em que se exige a vantagem obtida pelo enriquecimento tenha sido dada à custa do empobrecimento, de acordo com a terminologia corriqueiramente utilizada, tanto jurisprudencial quanto doutrinariamente, para se referir ao injusto locupletamento como fonte de obrigações e à sua pertinente restituição por meio da ação de enriquecimento”. (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 780)

## b. Simulação

No matrimônio/união estável, a simulação<sup>33</sup> com o objetivo de fraude ao regime de bens pode se dar através de diferentes roupagens de negócio jurídico, como ocorre com a constituição de escrituras de união estável realizadas após anos de convivência, prevendo um regime patrimonial diverso daquele que rege a convivência de fato<sup>34</sup>.

33 O CC não conceitua simulação, limitando-se a descrever suas hipóteses no parágrafo primeiro do art. 167 do Código Civil. “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.”

34 A Quarta Turma do STJ, em recente julgamento do AgInt no AREsp 1077194 / DF em decisão sobre o tema, julgou: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. OMISSÕES E CONTRADIÇÕES. INOCORRÊNCIA. QUESTÕES EXAMINADAS E COERENTEMENTE FUNDAMENTADAS. ERRO, FRAUDE, DOLO OU SUB-ROGAÇÃO DE BENS PARTICULARES. QUESTÃO NÃO RECONHECIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. FORMALIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. DESNECESSIDADE. CARACTERIZAÇÃO QUE INDEPENDE DE FORMA. EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. APLICABILIDADE DA REGRA DO ART. 1.725 DO CC/2002 E DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL, NA AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA E ESCRITA DAS PARTES. SUBMISSÃO AO REGIME DE BENS IMPOSITIVAMENTE ESTABELECIDO PELO LEGISLADOR. AUSÊNCIA DE LACUNA NORMATIVA QUE SUSTENTE A TESE DE AUSÊNCIA DE REGIME DE BENS. CELEBRAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE INCOMUNICABILIDADE PATRIMONIAL COM EFICÁCIA RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE, POIS CONFIGURADA A ALTERAÇÃO DE REGIME COM EFICÁCIA EX-TUNC, AINDA QUE SOB O RÓTULO DE MERA DECLARAÇÃO DE FATO PRÉ-EXISTENTE. 1- Os propósitos recursais consistem em definir, para além da alegada negativa de prestação jurisdicional: (i) se houve erro, fraude, dolo ou aquisição de bens particulares sub-rogados e de efetiva participação da companheira; (ii) se a escritura pública de reconhecimento de união estável e declaração de incomunicabilidade de patrimônio firmada entre as partes teria se limitado a reconhecer situação fática pretérita, a existência de união estável sob o regime da separação total de bens, e não a alterar, com eficácia retroativa, o regime de bens anteriormente existente. 2- Inexistem omissões e contradições no acórdão que examina amplamente, tanto no voto vencedor quanto no voto vencido, todas as questões suscitadas pelas partes. 3- Dado que o acórdão recorrido não reconheceu a existência de erro, fraude ao direito sucessório, dolo ou aquisição de patrimônio por meio de bens particulares sub-rogados e de efetiva participação da companheira, descabe o reexame dessa questão no âmbito do recurso especial diante da necessidade de novo e profundo reexame dos fatos e das provas, expediente vedado pela Súmula 7/STJ. 4- Conquanto não haja a exigência legal de formalização da união estável como pressuposto de sua existência, é certo que a ausência dessa formalidade poderá gerar consequências aos efeitos patrimoniais da relação mantida pelas partes, sobretudo quanto às matérias que o legislador, subtraindo parte dessa autonomia, entendeu por bem disciplinar. 5- A regra do art. 1.725 do CC/2002 concretiza essa premissa, uma vez que o legislador, como forma de estimular a formalização das relações conviviais, previu que, embora seja dado aos companheiros o poder de livremente dispor sobre o regime de bens que regerá a união estável, haverá a intervenção estatal impositiva na definição do regime de bens se porventura não houver a disposição, expressa e escrita, dos conviventes acerca da matéria. 6- Em razão da interpretação do art. 1.725 do CC/2002, decorre a conclusão de que não é possível a celebração de escritura pública modificativa do regime de bens da união estável com eficácia retroativa, especialmente porque a ausência de contrato escrito convivencial não pode ser equiparada à ausência de regime de bens na união estável não formalizada, inexistindo lacuna normativa suscetível de ulterior declaração com eficácia retroativa. 7- Em suma, às uniões estáveis não contratualizadas ou contratualizadas sem dispor sobre o regime de bens, aplica-se o regime legal da comunhão parcial de bens do art. 1.725 do CC/2002, não se admitindo que uma escritura pública de reconhecimento de união estável e declaração de incomunicabilidade de patrimônio seja considerada mera declaração de fato pré-existente, a saber, que

### c. Falso Endividamento

As dívidas contraídas durante a união são consideradas de responsabilidade do casal<sup>35</sup> e objeto de partilha, assim como o acervo conjugal. Dessa forma, a criação de falso endividamento mostra-se manobra comum para reduzir as posses, objeto de divisão.

### d. Do Mau Uso da Pessoa Jurídica

O uso indevido das sociedades como instrumento de fraude à meação surgiu com a separação, pela legislação civil, das responsabilidades e patrimônios entre a pessoa jurídica e seus sócios, visto que, não obstante estes ingressem na sociedade através do aporte de bens e recursos pessoais, ao fazê-lo, lhe transferem a sua titularidade, passando, por consequência, a usufruir de eventuais distribuições de lucros sociais e de uma parcela do acervo líquido em caso de extinção da mesma. Assim, o princípio da autonomia patrimonial, que separa inteiramente os bens da pessoa jurídica e das pessoas físicas de seus sócios, tornou as sociedades instrumento de distorções de forma a possibilitar a fraude contra credores, incluindo-se, neste rol, a meeira.

As fraudes<sup>36</sup> sociais podem ser: a) contábeis (pela alteração e sonegação de informações na escrituração da empresa, através da modificação do balanço, redução de lucros, aumento de prejuízos etc.); b) gerenciais (esvaziamento do patrimônio social, transferência de bens da sociedade, dupla contabilidade etc.); c) societárias (modificação da estrutura social; alteração do contrato social ou estatuto etc.).

---

a incomunicabilidade era algo existente desde o princípio da união estável, porque se trata, em verdade, de inadmissível alteração de regime de bens com eficácia *ex tunc*. 8- Na hipótese, a união estável mantida entre as partes entre os anos de 1980 e 2015 sempre esteve submetida ao regime normativamente instituído durante sua vigência, seja sob a perspectiva da partilha igualitária mediante comprovação do esforço comum (súmula 380/STF), seja sob a perspectiva da partilha igualitária com presunção legal de esforço comum (art. 5º, caput, da Lei nº 9.278/96), seja ainda sob a perspectiva de um verdadeiro regime de comunhão parcial de bens semelhante ao adotado no casamento (art. 1.725 do CC/2002). 9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Especial. AgInt no AREsp 1077194 / DF. Relator Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Brasília, 23/08/2021. DJe 25/08/2021)

35 Brasil. Código Civil. Art. 1.667: "O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte."

36 Cf. MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rafael. **Fraude no Direito de Família e Sucessões**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021.

Tendo em vista os diversos estratagemas que podem ser criados com o fito de frustrar a partilha dos bens conjugais, sendo o rol acima meramente exemplificativo, resta observar a importância da atenção cuidadosa do magistrado ao analisar o tema, fazendo-se fundamental lembrar que fraudadores utilizam-se de atos jurídicos disciplinados em lei para o exercício de um direito, dando roupagem de negócio jurídico regular às condutas desonestas e dissimuladas.

### **3.b. Da Violência Patrimonial Através da Inadimplência Alimentar**

Denota violência patrimonial a conduta do cônjuge/convivente em furta-se ao pagamento de pensão alimentícia fixada em favor da ex-esposa/convivente, especialmente por se tratar de retenção de valor destinado não apenas a satisfazer suas necessidades como garantir-lhe uma vida digna<sup>37</sup>. O alimentante que, mesmo dispondo de recursos econômicos, adota subterfúgios para não pagar ou para “retardar o pagamento de verba alimentar está, em outras palavras, retendo ou se apropriando de valores que pertencem à mulher, com o agravante de que tais recursos destinam-se à sobrevivência daquele cônjuge”, como observa Mario Luis Delgado<sup>38</sup> (2016, p. 1.061).

Importante observar, ainda, que o rol do art. 7 da Lei nº 11.340 de 2006 acerca das formas de violência não possui caráter taxativo, tendo como objetivo justamente oportunizar o combate às situações de violência não previstas.

Nessa linha, é fundamental ponderar que inadimplência alimentar à prole em caráter de retaliação contra a ex-esposa/companheira também se enquadra no conceito de violência patrimonial. A sutileza de tal violência se dá pelo fato de a mulher não ser a beneficiária direta do direito alimentar, mas a principal

---

37 “Enunciado 20. O alimentante que, dispondo de recursos econômicos, adota subterfúgios para não pagar ou para retardar o pagamento de verba alimentar incorre na conduta descrita no art. 7º, inc. IV, da Lei nº 11.340/2006 (violência patrimonial)”. (Enunciado aprovado no X CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, em outubro de 2015)

38 DELGADO, Mario Luiz. Violência patrimonial contra mulher. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, Ano 2, nº 2, p. 1.061, Bimestral, 2016. Disponível: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/243/1/12>.

vítima da sua inadimplência, visto que precisará sustentar sozinha a prole comum.

A insolvência alimentar à prole motivada por diferenças com a ex-esposa/companheira fundamenta, portanto, a ampla interpretação do inciso IV, do art. 7 da Lei Maria da Penha, visto caracteriza-se como violência psicológica, uma vez que tem como objetivo *ameaçar, constranger, humilhar, manipular etc.* posturas que, ainda, privam a família monoparental materna de um desenvolvimento saudável.

Desta forma, a compreensão das questões de gênero nas disputas do juízo de família se faz essencial não apenas para a constrição da violência como para a interrupção de um ciclo de instabilidade emocional, abuso e infelicidade que condena a sociedade a uma repetição sistêmica de comportamento que não acolhe seus vulneráveis.

#### 4. CONCLUSÃO:

Apesar da Carta Magna de 1988 prever a igualdade de gêneros, passados 33 anos da sua promulgação, verifica-se a permanência da desigualdade fundamentada em uma cultura que diferencia os papéis ocupados por homens e mulheres no âmbito familiar desde o nascimento, implicando desde a forma de se comportarem às escolhas de vida e oportunidades, tendo como ponto nodal a não divisão do trabalho doméstico e da responsabilidade com os filhos.

A presença feminina no mercado de trabalho ainda hoje mostra-se abalada pela cultura da diferenciação dos papéis conforme o gênero, sendo o legado dessa mentalidade a crença de que as mulheres são menos dedicadas às suas carreiras do que os homens, visto “preferirem” dedicar-se à família, o que sequer, na maioria dos casos, chega a ser uma opção. Por outro lado, sem que se perceba, ao longo do relacionamento, o casal realiza uma série de opções em prol da família, na maioria das vezes, priorizando a carreira masculina em detrimento da feminina, sob o acordo afetivo de que as contribuições trazidas por ambos são

igualmente importantes. Acordos esses que, infelizmente, muitas vezes são “esquecidos” ao término da relação.

O direito de família não pode se esquivar do enfrentamento de temas que o permeiam diariamente sob o disfarce de pertencerem a outras searas, como é o caso da violência patrimonial contra mulher, frequentemente manifestada em processos de partilha através de fraudes ao regime de bens e execuções de alimentos.

A realidade da violência patrimonial nas varas de família como uma forma de violência de gênero perpetua a vulnerabilidade feminina, impedindo-a de exercer a igualdade material e, no caso, dispor dos direitos que a própria lei lhe garante e a relação afetiva lhe prometera, convidando os operadores do Direito a pensarem sobre a natureza das causas patrocinadas. Por sua vez, a conscientização do juízo acerca da violência de gênero que presença mostra-se fundamental para decisões que busquem dar efetividade à lei e à própria Constituição Federal, deixando de limitar-se a regras processuais que se tornam engessadas e que apenas privilegiam os que atuam em má-fé.

Desta maneira, para que o princípio constitucional da equidade, bem como o Código Civil e a Lei Maria da Penha, alcancem efetividade processual, conferindo ao titular do direito material tutela jurisdicional de maneira oportuna, econômica e tempestiva, é fundamental que o Poder Judiciário, no âmbito das varas de família, não se furte ao combate à injustiça, adotando todos os remédios jurídicos civis disponíveis no combate à violência patrimonial. ❖

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paula Falcão; CORREIA JUNIOR, José Barros. O empresário vulnerável em tempos de simetria contratual. In: EHRHARDT JR, Marcos; LOBO, Fabíola. (Org.) **Vulnerabilidade e sua Compreensão no Direito Brasileiro**. São Paulo: Foco, 2021. p. 1-18.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem Data Venia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BRASIL. Distrito Federal. Brasília. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 8/8/2006, p. 01.

BRASIL. Distrito Federal. Brasília. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002.

BRASÍLIA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA -, **Retratos das Desigualdades de Gêneros e Raças**. Brasília, 2008.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; CARLOS Paula Pinhal de. A Família Democrática. Violência de Gênero. A Face Obscura das Relações Familiares. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM. 2006. p. 641-662.

CAMPOS, Gabriela Helena M. de Oliveira; DA COSTA, Lorraine Carvalho. Vedação ao comportamento contraditório, boa-fé e extinção contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIRA, Vitor (Org.). **Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.715/729

CRUZ, Eliza. Vulnerabilidade e mulher nos direitos das famílias: desigualdades nas relações de conjugalidade e cuidado. EHRHARDT JR. Marcos; LOBO, Fabíola (Orgs.). **Vulnerabilidade e sua Compreensão no Direito Brasileiro**. São Paulo: Foco, 2021. p. 181-197.

DELGADO, Mario Luiz. Violência patrimonial contra mulher. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 2, nº 2, p. 1.047-1.072, Bimestral, 2016. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/243/1/12>

DEVREUX, Anne-Marie. A teoria das relações sociais de sexo: um quadro de análise sobre a dominação masculina. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 20, nº 3 set./dez., p. 561-584, Quadrimestral, 2005. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/index>

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2020.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. Niterói: Impetus, 2009.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de Família e o Princípio da Boa-Fé Objetiva**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

HOLLANDA, Caroline Sátiro de. **Uma análise feminista dos deveres conjugais e das consequências da culpa pelo fim do casamento no Direito brasileiro**. In: 17º Encontro Nacional da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero. Paraíba: Anais, 2012. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/17redor/17redor/paper/viewPaper/29>

LIMA, Francielle Elisabet Nogueira; OLIVEIRA, Ligia Ziggotti. Reflexões e desafios propostos pela leitura acerca do descumprimento de deveres conjugais. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 7, nº 3, p.1-18, Quadrimestral, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/issue/view/33>

LOBO, Fabiola Albuquerque. As discussões sobre o gênero e vulnerabilidade podem ser medidas pelos princípios da dignidade humana e da solidariedade? In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra (Orgs.). **Gênero, Vulnerabilidade e Autonomia**. São Paulo: Foco, 2020. p. 223-234.

MADALENO, Rolf. A improbidade conjugal na partilha de bens. **Revista IBDFAM**. Belo Horizonte, vol. 23 (set./out.), p.11-32, Bimestral, 2017.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rafael. **Fraude no Direito de Família e Sucessões**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021.

MCNAMEE, Stephen J.; MILLER Jr, Robert K. **The meritocracy myth**. Reino Unido: Rowman&Little-Field Publishers Inc., 2014, p. 180-198.

MENEZES, Joyceane Bezerra; ARAUJO, Abraão Bezerra de. Alimentos Compensatórios no Direito Brasileiro: O protagonismo

da doutrina e jurisprudência. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Orgs.). **Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 731-740.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana**. São Paulo: IBDFAM, 2006. p. 613-640.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: Limites Para Intervenção do Estado nas Relações Conjugais e Parentais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MULTEDO, Renata Vilela. A potencialidade dos pactos consensuais no fim da conjugalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Orgs.). **Contratos, Família e Sucessões: Diálogos Interdisciplinares**. São Paulo: Foco, 2021. p. 237-258.

OLIVEIRA, Adriana Vidal de; MULHOLLAND, Caitlin. Liberdade de expressão é tolhida em função do gênero? In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra (Orgs.). **Gênero, Vulnerabilidade e Autonomia**. São Paulo: Foco, 2020. p. 175-192.

PELLEGRINO, Antônia. Política representativa. HOLLANDA, Heloisa Buarque de (Org.). **Explosão Feminista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 61-72.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. 2ª Edição. São Paulo: SaraivaJur. 2018.

RIO DE JANEIRO. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Estatísticas de Gênero. Indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro, 2021.

SEGAT, Juliana Lazzaretti. Precisamos falar sobre os homens: Apontamentos preliminares sobre praticas voltadas à reabilitação e educação de homens autores de violência doméstica con-

tra a mulher. **Revista IBDFAM**. Belo Horizonte: IBDFam. v. 29. 2018. p. 113-128.

SEGUIN, Elida. **Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MATOS, Ana Carla Harma-tiuk. Os alimentos entre a dogmática e efetividade. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Orgs.). **Da Dogmatica à Efetividade do Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 224-229.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Especial. AgInt no AREsp 1077194 / DF. Relator Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Brasília, 23/08/2021. DJe 25/08/2021.

TONINI, Brunna Emanuelle Carvalho; Rodrigues, Renata de Lima. Novos Bens e Outorga Conjugal. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Orgs.). **Contratos, Família e Sucessões: Diálogos Interdisciplinares**. São Paulo: Foco, 2021. p. 191-202.

# O Dilema das Redes

**Barbara Casado Prado**

*Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduação em Direito Fiscal pela PUC Rio, em Direito Público e Direito Processual pela PUC Minas. Mestranda em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A comunicação social e as mídias sociais. 2. Como as redes impactam na democracia? 3. A questão da desinformação e das notícias falsas nas redes sociais. 4. O que tem sido feito para neutralizar possíveis ameaças à democracia causadas pela desinformação? 5. Regulação para tratar desinformação? 6. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente trabalho, ao tratar do tema das mídias sociais e da proliferação de conteúdos desinformativos pelas redes sociais, tem por objetivo examinar se e em que medida referido fenômeno impacta na qualidade da democracia, especialmente na brasileira, e com base num compilado de normas legais e atos normativos nacionais editados até o momento sobre o tema, colaborar para a construção de um modelo regulatório brasileiro (de regulação pública e privada) que produza soluções para o combate à desinformação propagada nas redes sociais, contrapondo-se à censura e problematizando questões caras à liberdade de expressão e de pensamento, sempre sujeitas ao controle *a posteriori* do Judiciário.

**ABSTRACT:** The present work, dealing with the theme of social media and the proliferation of uninformative content through social networks, aims to examine whether and to what extent this phenomenon impacts the quality of democracy, especially in Brazil, and based on a compilation of legal norms and national normative acts edited so far on the subject, to collaborate in the construction of a Brazilian regulatory model (of public and private regulation) that produces solutions to combat misin-

formation spread on social networks, countering censorship and problematizing expensive issues to freedom of expression and thought, always subject to *a posteriori* control by the Judiciary.

**PALAVRAS-CHAVE:** Redes Sociais, Democracia, Desinformação, Regulação.

**KEY WORDS:** Social Medias, Democracy, Misinformation, Regulation.

## INTRODUÇÃO

Objetiva-se com o presente trabalho identificar se e em que medida a circulação de conteúdos desinformativos pelas redes sociais estaria impactando na democracia, sobretudo na brasileira, bem como colaborar para construção de um modelo regulatório brasileiro direcionado ao combate da desinformação propagada nas redes sociais, mediante problematização de questões caras à liberdade de expressão e de pensamento.

### 1. A COMUNICAÇÃO SOCIAL E AS MÍDIAS SOCIAIS

Comunicação social, liberdade e democracia são conceitos que estão intrinsecamente ligados. Esclarece-nos BARROSO (2004, p. 85) que a comunicação social, abrangida pelo amplo universo das liberdades de expressão, informação e imprensa, pode ser definida como qualquer forma de transmissão de valores, ideias, sentimentos e informações no âmbito de determinado grupo, por técnicas da expressão do corpo, da fala, da escrita ou por meio de comunicação de sons e imagens. E a despeito da larga empregabilidade do conceito de mídia, ressalta GUAZINA (2007, p. 51) que o uso predominante desse termo parte de uma quase decorrência natural do conjunto dos meios de comunicação.

Insta salientar que, desde 1934, a disciplina dos meios de comunicação integra as constituições brasileiras. E o motivo da preocupação dos legisladores constitucionais decorreria da grande capacidade que referidos meios possuem de influenciar a agenda social, política e cultural de um determinado povo,

sem prejuízo de oferecerem risco de lesão aos direitos subjetivos da vida privada, da honra, da imagem, dentre outros (BARROSO, 2004, p. 87).

Atualmente a matéria encontra-se regulada pelos artigos 220 a 224 da Constituição de 1988, que, ao afirmar a liberdade da manifestação do pensamento, da criação e da expressão, sob qualquer forma, processo ou veículo, veda o anonimato, resguarda o sigilo das fontes se necessário e garante direito à indenização por danos, acaso violadas a intimidade, a vida privada, a honra e/ou a imagem das pessoas. A Constituição de 1988 também veda, de forma enfática, todo e qualquer tipo de censura de natureza política, ideológica e artística, bem como que os meios de comunicação social sejam objeto, direta ou indiretamente, de monopólios ou oligopólios.

Para fins meramente didáticos, podemos, em apertada síntese, dividir as mídias em impressa, eletrônica, digital e social, destacando desde já que as redes sociais estariam incluídas nessa última categoria. Relata-nos RAMÍREZ BRAUN (2019, p. 16), que a mídia impressa teria aparecido por volta dos meados do século XV e provocado significativa transformação social, uma vez que com ela passou a ser possível disseminar conhecimentos. E com o aparecimento da mídia eletrônica, a partir do final do século XIX, a transformação foi ainda maior, visto que rompia a grande barreira enfrentada pela mídia impressa, que era o analfabetismo. Rádio, TV e telefone democratizaram assim o acesso à informação. Com o desenvolvimento tecnológico, em meados do século XX, surgiram o computador e a Internet, que deram ensejo à explosão da mídia digital. E desde o início do século XXI, assistimos ao fenômeno provocado pelas mídias sociais, que definitivamente alteraram os padrões de interação da sociedade humana por meio de seus serviços interativos e de suas redes (Facebook, YouTube, Twitter, Instagram, WhatsApp, Google +, MySpace etc.).

De fato, as mídias digitais e sociais também desencadearam inúmeras transformações sociais, tal como ocorrido em épo-

cas passadas quando do surgimento dos demais meios comunicativos. Acontece que com a popularização do acesso à Internet e a integração de milhares de computadores pelo mundo, o tempo de transmissão de uma informação foi significativamente reduzido, o que possibilitou a troca de dados e informações instantaneamente entre toda a sociedade. O resultado disso é que a comunicação social parece ocorrer hoje em grau máximo.

O poder das redes sociais está se mostrando cada vez mais implacável. É possível citar alguns importantes eventos sociais mundiais impulsionados pela força das redes: a chamada Primavera Árabe<sup>1</sup>, a eleição e reeleição de Barack Obama, a eleição de Donald Trump, a saída do Reino Unido da União Europeia (o BREXIT) e, no Brasil, podemos citar a eleição de Jair Bolsonaro.

Nesse sentido, começamos o ano de 2021 assistindo de forma atônita ao emblemático e violento movimento de invasão do Capitólio, a Casa do Congresso Americano, que objetivou pressionar os parlamentares que ali se encontravam a deixarem de certificar a vitória de Joe Biden para ocupar o cargo de Presidente da República dos Estados Unidos, ocorrida na disputa eleitoral de novembro de 2020. E como não poderia deixar de ser, o que liga esse acontecimento aos demais eventos mencionados no parágrafo anterior é justamente o fenômeno das redes sociais. No caso da invasão do Capitólio, a imprensa noticia que ao menos desde o dia 4 de novembro de 2020, mais precisamente um dia após a eleição presidencial americana, o primeiro grupo *Stop the Steal* (em tradução: Parem o Roubo) foi formado na plataforma *online* Facebook — e rapidamente passou a ter uma média de 100 novos membros a cada 10 segundos. Tal grupo chegou a 320 mil seguidores antes de a plataforma fechá-lo. E à medida que centenas de novos grupos *Stop the Steal* continuavam a surgir, o Facebook passou a atuar de forma mais incisiva para extingui-los, o que acabou ocasionando a migração dos usuários dos grupos extintos para redes sociais menos restritivas. E justamente em tais ambientes é que o movimento

<sup>1</sup> Onda revolucionária de protestos e manifestações iniciada em 2011, envolvendo diversos países do norte da África e do Oriente Médio.

de organização do protesto pró-Trump, em Washington, teria passado a ganhar tração<sup>2</sup>.

Pois bem. Os fatos narrados apenas demonstram o que estudos sobre o tema da formação de bolhas nas redes sociais já vinham problematizando, conforme sintetiza FERREIRA (2017): se por um lado a liberdade encontrada nas redes é instrumento que favorece a democracia por transpor barreiras geográficas e sociais, possibilitando o maior tipo de disseminação de informações e interação possível, ao mesmo tempo, também propicia o surgimento de bolhas formadas por grupos homogêneos, que compartilham conteúdos que apenas reforçam suas próprias convicções e interesses, podendo produzir opiniões extremistas, discursos de ódio e, conseqüentemente, polarização social.

## 2. COMO AS REDES IMPACTAM NA DEMOCRACIA?

A explicação do fenômeno das redes ainda é assunto que está sob análise dos acadêmicos e demanda até um olhar interdisciplinar para tentar compreender sua grande adesão social. Mas, independentemente do que venha a ser concluído em relação a essa nova modalidade de manifestação, fato é que as redes mudaram a forma como as pessoas passaram a se comunicar. Como bem depreendido por TORRES (2009, *apud* RAMÍREZ BRAUN, 2019, p. 17), os usuários das mídias sociais são ao mesmo tempo produtores e consumidores da informação, ao contrário do que acontece nas mídias tradicionais, como a imprensa, o rádio ou a TV, em que o conteúdo é gerado por especialistas e controlado por alguns poucos proprietários desses meios.

Daí porque, para resposta à pergunta do subtítulo, premissa primeira a ser considerada é a de que as mídias, de um modo geral, sejam elas tradicionais (impresas ou eletrônicas), digitais ou sociais, impactam na democracia. Nesse sentido, conforme expõe RAMÍREZ BRAUN (2019, p. 19), as ações da mídia podem se tornar uma ferramenta efetiva para contribuir para a disseminação de campanhas de informação ou mesmo para sensibilizar

2 <https://oglobo.globo.com/mundo/quem-eram-os-grupos-que-invadiram-capitolio-como-eles-se-articularam-por-semanas-na-internet-1-24827575> (Acesso em 31/05/2021).

a população em certos assuntos e, em sentido oposto, influenciar negativamente a população, gerando problemas relacionados fundamentalmente com o apoio da opinião pública.

Por outro lado, de forma assertiva, adverte MIGUEL (2017) que, nos regimes que geralmente aceitamos como “democráticos”, o povo não governa, e sua influência nas decisões políticas é filtrada tanto pela representação política como pela mídia. A mídia, portanto, entendida como meio de comunicação em massa, representa: (i) a principal fonte de informação dos cidadãos sobre o mundo social; (ii) o principal canal de difusão dos discursos dos líderes políticos; (iii) e o principal ambiente onde ocorre o debate político.

De fato, o papel exercido pela mídia em termos políticos é tão expressivo que ela passa até a atuar como uma espécie de quarto poder: (i) seja por assumir um papel de publicização de certos temas em detrimento de outros e, portanto, de determinar a agenda pública, dando publicidade aos atos dos governantes; (ii) seja por exercer espécie de poder moderador não constitucionalizado, conforme leciona Albuquerque (2009 *apud* RIZZOTO, p.112).

A mídia tem o privilégio de transformar os fatos em notícias. E, ao conhecer dos fatos, ela faz seu juízo de valor e constrói uma determinada narrativa que condiga com seus interesses, ainda que o faça com extrema boa-fé. Então ela define por critérios próprios, como bem observado por MIGUEL (2017), que fatos (com suas respectivas narrativas) serão noticiados e qual destaque cada um deverá receber. O resultado disso é que tais narrativas também se disseminam, sem que haja contraposições relevantes. E ainda que estas se apresentem, já nascem desacreditadas e fadadas ao insucesso, pelo simples fato de contrariarem a narrativa midiática.

É válido esclarecer que a construção de narrativas pela interpretação dos fatos não é obviamente um modo de proceder exclusivo da mídia. Trata-se de prática elementar que acompanha a formação da própria sociedade. Nesse sentido, segundo

HARARI (2018, p.12), os humanos pensam em forma de narrativas e não de fatos, números ou equações, e quanto mais simples for a narrativa, melhor. Por exemplo, durante o século XX, as elites globais em Nova York, Londres, Berlim e Moscou formularam três grandes narrativas com a pretensão de explicar todo o passado e prever o futuro do mundo inteiro: a narrativa fascista, a comunista e a liberal. Disso podemos depreender que a construção de narrativas é, na verdade, poderosa técnica de conquista e manutenção de poder.

E, em falando de narrativas, recentemente passou-se muito a utilizar o termo pós-verdade. Segundo o Dicionário *Oxford*<sup>3</sup>, o termo foi definido como “circunstâncias em que os fatos objetivos têm menos influência na formação da opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais”. Pois bem. Para os que possuem um olhar “compreensivo”, a pós-verdade não seria exatamente uma narrativa mentirosa, mas sim uma narrativa elaborada com convicção sobre determinado tema, a despeito de não poder ser comprovada. Para nós, entretanto, acompanhamos a crítica de GENESINI (2018), para quem pós-verdades não passam de uma falsificação política através da distorção de fatos e informações.

Cá entre nós, pós-verdades sempre estiveram presentes na realidade brasileira. Nossa mídia tradicional sempre se utilizou do recurso da pós-verdade. Suas opiniões sempre foram escritas, faladas e divulgadas como verdades quase absolutas. Daí por que frequentemente sofre inúmeras agressões por parte daqueles que têm opiniões divergentes, sendo tratada pejorativamente de mídia “golpista”, “marrom”, “tendenciosa”, “chapa-branca” etc. Os exageros fazem parte das discussões acaloradas. Todavia, hoje as chamadas pós-verdades, que ontem eram chamadas de “opiniões tendenciosas”, talvez decorram de um fato relevante. Segundo a ONG Repórteres sem Fronteiras, organização não governamental independente com *status* consultivo na Organização das Nações Unidas (ONU), na Unesco, no Conselho da Euro-

<sup>3</sup> <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/> (Acesso em 20/01/2021).

pa e na Organização Internacional da Francofonia (OIF), a mídia nacional pertence a oligopólios controlados por algumas famílias brasileiras, exploradoras de alguns setores da economia no país.<sup>4</sup> E, a despeito da proibição constitucional para que políticos controlem empresas de mídia, na época da reportagem, exatos trinta e dois deputados federais e oito senadores controlavam meios de comunicação, ainda que não fossem seus proprietários formais.

Portanto, diante de tudo o que foi exposto até o momento, é possível depreender que: (i) os meios de comunicação em geral, independentemente de sua espécie, por sua natureza, tendem sempre a influenciar a democracia com a divulgação de ideias e conhecimentos; (ii) ao trabalharem com fatos e construir narrativas, é possível que emitam opiniões pautadas por meias-verdades ou fatos não comprovados (hoje modernamente tratados como pós-verdades), por simples convicção ou mesmo intencionalmente para atingir determinado objetivo; (iii) no caso brasileiro, as narrativas e as notícias relevantes, capazes de influenciar as decisões políticas fundamentais do país, estão concentradas nas mãos de pequenos grupos que possuem interesses próprios (e que, na maioria das vezes, não coincidem com os interesses dos cidadãos); (iv) a mídia exercida de forma distorcida, que deixa de noticiar todas as informações relevantes para que os cidadãos possam melhor decidir no ambiente democrático, e que controla o que deve ou não ser publicizado, atua contra a democracia.

### 3. A QUESTÃO DA DESINFORMAÇÃO E DAS NOTÍCIAS FALSAS NAS REDES SOCIAIS

Visto que as modalidades midiáticas de um modo geral impactam na democracia, analisemos agora como as redes sociais, espécie da mídia social, também podem influenciar resultados nas eleições e direcionar a vidas das pessoas de um modo geral.

Para SUSTEIN (2018), a despeito de as plataformas de mídia social serem ótimas para democracia por facilitarem a neces-

<sup>4</sup> <https://rsf.org/pt/noticia/oligopolios-de-midia-controlados-por-poucas-familias-reporteres-sem-fronteiras-e-o-intervozes-lancam> (Acesso em 31.05.2021).

cidade de as pessoas se governarem, os falsos relatos (*fake news*) e a proliferação de bolhas de informação geram fragmentação, polarização e extremismo. As bolhas de informação, possível produtos da personalização de notícias oferecidas pelas plataformas de serviços, contribuem para a polarização de grupos, na medida em que pessoas com uma mesma opinião acabam concebendo versões ainda mais extremas do que tinham antes de começarem a conversar. E essa prática das plataformas se revela um verdadeiro pesadelo para a democracia.

A questão das notícias falsas está sendo atrelada ao conceito da pós-verdade, que acima discutimos. Como vimos, a pós-verdade não estaria sendo encarada como uma mentira propriamente dita, mas algo afirmado com convicção, não condizente com a realidade. Sem a pretensão de aprofundar estudo sobre o tema, que até poderia render uma dissertação, fato é que as mentiras e as opiniões tendenciosas sempre fizeram parte da realidade do mundo e, sobretudo, da realidade brasileira, o que acabou por gerar completa desconfiança da sociedade não apenas em relação à mídia tradicional, como também em relação às próprias instituições.

Os fatos narrados demonstram que a crise da informação é mundial. Mas, no Brasil, ela ganha um viés mais dramático. É que segundo dados estatísticos oficiais divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2018, 52,6% dos brasileiros na faixa etária de 25 anos ou mais não concluíram a educação básica (ensinos fundamental e médio). A maior parte, 33,1%, não terminou sequer o ensino fundamental. Outros 6,9% não têm instrução alguma, 8,1% têm o fundamental completo e 4,5% têm o ensino médio incompleto.<sup>5</sup> Temos assim um resultado explosivo: a circulação de uma enxurrada de notícias falsas e tendenciosas, propagadas por todas as partes, e a completa impossibilidade de exercício de uma capacidade crítica de, pelo menos, metade da população brasileira. É o resultado de décadas de descaso, que hoje cobra sua conta.

---

5 <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28285-pnad-educacao-2019-mais-da-metade-das- pessoas-de-25-anos-ou-mais-nao-completaram-o-ensino-medio> (Acesso 20/01/2021).

De fato, a desinformação pode não estar atrelada necessariamente a um grau de instrução, mas, cá entre nós, juízos críticos só são capazes de ser desenvolvidos com educação. É condição basilar, aliás. E embora a dúvida pelo método (fórmula imbatível para busca das verdades) possa muitas vezes acabar perdendo espaço para paixões políticas, num cenário em que até a personalização de notícias verdadeiras sobre temas específicos está fazendo diferença, a educação mostra-se como o único caminho possível para começarmos a resolver o problema que nós mesmos, enquanto sociedade omissa, geramos.

Quanto aos problemas da formação de bolhas em redes sociais, não há soluções categóricas, mas apenas atenuantes. Sabemos que são agravadas diante dos serviços personalizados, prestados pelas plataformas, de disponibilização aos respectivos usuários de conteúdos condizentes com suas próprias convicções ideológicas.

Diante da identificação de que a prática estaria provocando mudanças no comportamento dos usuários em direção a maior polarização e extremismo, aventa-se, por isso, impor às plataformas a obrigatoriedade de dar transparência em relação aos critérios de seleção e disponibilização dos seus conteúdos.

Transparência, em um Estado que se diz democrático, é palavra de ordem. Talvez a medida não resolva propriamente o problema da polarização, uma vez que isso mais decorre dos problemas políticos e sociais nos quais a sociedade se vê envolvida, mas certamente prevenirá futuros problemas que já se desenham no presente, como o do agigantamento das *Big Techs*, empresas gigantes da tecnologia, que, juntas, em 2019, chegaram a somar quase US\$ 900 bilhões em receitas<sup>6</sup>.

As mídias tradicionais apontam seu dedo para corporações responsáveis pelas redes sociais, acusando-as de não atuarem com transparência na prestação de seus serviços, bem como de promoverem discursos desinformativos. Estamos de acordo

---

6 <https://blog.aainovacao.com.br/big-techs-gigantes-da-tecnologia/#:~:text=Em%202019%20a%20Big%20Tech,3%20bilh%C3%B5es%20como%20receita%201%C3%ADquida> (Acesso em 31.05.2021).

com parcela dessa afirmação no que diz com à falta de transparência, o que deveria ser um imperativo categórico de todo regime que se diz democrático. Pena que não é nem era circunstância levada a efeito pelos próprios acusadores de hoje.

Todavia, quem sofre os efeitos de uma ausência de transparência, seja por parte da mídia tradicional, seja por parte das mídias sociais, é a própria sociedade, que não deve tomar partidos e polarizar-se, mas, ao contrário, deve lutar para que não haja nova concentração monopolística da informação, porque isso sim constitui o maior dos impactos que uma verdadeira democracia pode experimentar.

É preciso extrair das redes sociais aquilo que elas possam melhor proporcionar. A troca de ideias em ambiente virtual, propiciada pela inexistência de fronteiras geográficas e diferenças sociais, pode contribuir de forma favorável à tomada de decisões, assim como também a própria existência de opiniões diametralmente opostas sobre determinado tema. Tudo é receita para que se possa traçar um caminho do meio, de forma a prestigiar os interesses de toda a sociedade.

Todavia, qualquer pretensa solução para resolução de problemas que impactem na democracia não pode cogitar qualquer forma de censura. Vale lembrar que já tivemos em nosso ordenamento constitucional anterior a Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250, de 09/02/1967), editada nos tempos do período autoritário, que, em seu art. 16, tipificava como crime a conduta de publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, provocadores de perturbação da ordem pública ou alarme social, desconfiância no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica, prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro. Referido dispositivo, contudo, veio a ser objeto da ADPF n.º 130, que, por maioria, foi julgada procedente para declarar sua não recepção constitucional, ao argumento de que “o corpo norma-

tivo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização<sup>7</sup>.

#### **4. O QUE TEM SIDO FEITO NO BRASIL PARA NEUTRALIZAR POSSÍVEIS AMEAÇAS À DEMOCRACIA CAUSADAS PELA DESINFORMAÇÃO?**

Segundo TOFFOLI (2020, p. 568), no Brasil, as instituições públicas – sobretudo o Poder Judiciário – e a sociedade civil estão se mobilizando em defesa da verdade e da informação. E, embora ainda não haja uma legislação específica direcionada ao combate de notícias fraudulentas, já há normas eleitorais e não eleitorais que podem ser utilizadas no combate da desinformação.

Com efeito, desde 2009, a Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) já havia passado a dispor sobre a livre manifestação de pensamento pela Internet (art. 57-D, acrescido pelo art. 4º da Lei nº 12.034). A partir de 2013, referido diploma também passou a prever: (i) a possibilidade de retirada de publicações contendo agressões ou ataques a candidatos em sítios da Internet, e inclusive das redes sociais (§3º, acrescido pela Lei 12.891/2013); (ii) a aplicação de multas pecuniárias pelo impulsionamento de conteúdos e ferramentas digitais para alterar o teor ou a repercussão de propaganda eleitoral, tanto próprios quanto de terceiros (art. 57-B); (iii) bem como penas privativas de liberdade (detenção) e multas pecuniárias pela contratação de emissão de mensagens ou comentários na Internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidatos, partidos ou coligações (§§ 1º e 2º, acrescidos ao art. 57-H pelo art. 3º da Lei nº 12.891/2013).

Também desde 2009, os provedores de conteúdo e de serviços multimídia que hospedam propagandas eleitorais de candidatos, partidos ou coligações tornaram-se passíveis de res-

<sup>7</sup> ADPF 130 Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 30/04/2009 Publicação: 06/11/2009.

ponsabilização pela divulgação de propagandas irregulares se comprovado conhecimento prévio da publicação do material e se, no prazo determinado pela Justiça Eleitoral, não forem tomadas providências para a cessação da referida divulgação (art. 57-F, acrescido pelo art. 4º da Lei nº 12.034/2009). E a partir de 2017, tais provedores também passaram a responder pelo impulsionamento pago de conteúdos causadores de danos se, após ordem judicial específica, não forem tomadas as providências cabíveis para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente pela Justiça Eleitoral. A suspensão de conteúdo veiculado em desacordo com as normas eleitorais também foi ampliada para os limites da Internet, passando a prever o art. 57-I a possibilidade de derrubada de conteúdo por requerimento de candidato, partido ou coligação desde que observado o rito previsto no art. 96 da Lei das Eleições (instauração de reclamações e representações perante o juízo eleitoral competente).

Ainda no que diz com as normas eleitorais, válido anotar que a Resolução TSE nº 23.610/2019: (i) preceitua que a utilização na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculado por terceiros, pressupõe que o candidato, o partido ou a coligação tenha verificado a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação e, caso contrário, adverte que os responsáveis ficam sujeitos à concessão de direito de resposta ao atingido, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal (art. 9º); (ii) garante a livre manifestação de pensamento do eleitor, exceto nos casos de ofensa à honra ou à imagem de candidatos, partidos ou coligações ou de divulgação de fatos sabidamente inverídicos (art. 27, §1º); (iii) em nome da liberdade de expressão e visando a coibir a censura, estabelece a imprescindibilidade de configuração de violação às regras eleitorais ou de ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral, para que haja remoção de conteúdo (art. 38, §1º).

Por sua vez, a Lei 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil,

denominada de Marco Civil da Internet, prevê tratamentos distintos para os tipos de infringentes gerados por terceiros. Com efeito, os infringentes gerados por terceiros podem ser genéricos ou específicos, estes relacionados à circulação de imagens, vídeos ou outras formas de exposição que contenham cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado sem a autorização dos participantes. A depender da configuração de um ou outro tipo, a divulgação de tais conteúdos pelos provedores importará em tipos diferentes de responsabilização. Assim, de forma genérica, o provedor de aplicações de Internet somente pode ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, deixar de tomar as providências para tornar indisponível o conteúdo denunciado como infringente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo judicial assinalado. É o que preceitua a regra do art. 19 do referido diploma legal.

Especificamente, porém, a lei prevê a responsabilidade subsidiária do provedor por violação da intimidade decorrente da divulgação de conteúdo gerado por terceiros com imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, sem autorização de seus participantes, caso após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixe de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. É o que consta do art. 21.

Válido anotar que tramita no STF o Recurso Extraordinário (RE) nº 1.037.396, por meio do qual se discute, à luz dos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, *caput*, §§ 1º e 2º, da Constituição da República, a constitucionalidade do mencionado art. 19 da Lei n. 12.965/2014. Trata-se do *leading case* afetado ao Tema de Repercussão Geral nº 987, que analisará a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de Internet, *websites* e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros.

Portanto, como bem salienta CUEVA (2020, p.170), a Lei 12.965/2014 disciplina o uso da Internet no Brasil de modo genérico e não contempla especificamente as redes sociais, sendo a remoção de conteúdos ilícitos tratada de modo abrangente, sem uma definição expressa do que seja conteúdo infringente e sem a imposição de prazos para sua remoção.

Por tais motivos, há quem defenda a insuficiência e ineficácia da legislação brasileira até o momento editada para resolução de conflitos gerados pela disseminação de notícias falsas nas redes, sobretudo em razão da reserva de jurisdição para derrubada de conteúdos infringentes (FLUMIGNAN, 2020). Embora não se trate de entendimento uníssono (CARVALHO & KANFFER, 2018), deve ter suas razões consideradas, uma vez que, de fato, o desafio está em conter informações que se espalham na velocidade da luz por um número indeterminado de usuários, sendo justamente o tempo um dos maiores desafios para que a prestação jurisdicional revele-se satisfatória (PEREIRA JR., 2010).

É dizer, as críticas relativas à insuficiência de normas capazes de lidar com a situação conflituosa da desinformação não se dão em desfavor da legitimidade do Judiciário para condução do assunto. Afinal, nossa moldura constitucional assegura aos jurisdicionados a proteção judicial em caso de lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXX, CR). O problema gira em torno da disseminação de desinformação em velocidade pandêmica por assim dizer, considerando a ausência de limites territoriais e um número alarmante de indivíduos atingidos, e a ausência de estrutura do Poder Judiciário para dar respostas à sociedade no tempo demandado por esses tipos de causas. Assim, até que haja a propositura de uma medida judicial, análise e deferimento em tempo hábil capaz de suspender o ato danoso, o estrago já poderá ter sido feito e se tornado irreversível.

Não por outro motivo discute-se a previsão de novos instrumentos de controle para tratamento do problema. Nesse contexto, esclarecemos que se encontram em trâmite no Congresso Nacional Projetos de Lei (PLs) específicos sobre o tema das *Fake*

*News*, que, em sua grande maioria, objetivam criminalizar usuários que difundem notícias falsas ou sabidamente falsas na Internet, ou prejudicialmente incompletas. Mas há os que também apenas estabelecem responsabilidade civil e aplicação de multas para tais entidades, bem como os que são mais completos e preocupam-se com o estabelecimento de mecanismos para regular a transparência em relação ao impulsionamento e publicidades dos provedores, limitar o número de encaminhamentos de uma mesma mensagem a usuários ou grupos e até mesmo desenvolver capacitação educacional dirigida ao uso seguro, consciente e responsável da Internet.

### PROJETOS DE LEIS EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL, OBJETIVANDO COMBATER A DESINFORMAÇÃO NAS REDES SOCIAIS

- |  |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>• PL 6.812/2017 - Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências;</li></ul>  |
| <ul style="list-style-type: none"><li>• PL 7.604/2017 - Dispõe sobre a aplicação de multa pela divulgação de informações falsas pela rede social e dá outras providências;</li></ul>   |
| <ul style="list-style-type: none"><li>• PL 8.592/2017 - Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar a divulgação de informação falsa ou prejudicialmente incompleta;</li></ul>  |
| <ul style="list-style-type: none"><li>• PL 9.647/2018 - Dispõem sobre alteração na Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil;</li></ul>   |
| <ul style="list-style-type: none"><li>• PL 9.533/2018 - Altera a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências, para dispor sobre o incitamento através das redes sociais;</li></ul> |

<ul style="list-style-type: none"> <li>• PL 9.554/2018 - Acrescenta artigo ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de informação falsa – <i>Fake News</i>;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• PL 9.761/2018 - Tipifica criminalmente a conduta de quem cria, veicula, compartilha ou não remove, em meios eletrônicos, notícias ou informações que sabe ser falsas;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• PL 9.838/2018 - Tipifica criminalmente a conduta de quem oferece, publica, distribui, difunde notícia ou informação que sabe ser falsa em meios eletrônicos ou impressos;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• PL 9.884/2018 - Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar a divulgação de informação falsa;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• PL 9.931/2018 - Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940; a Lei nº 12.965, de 2014 e o Decreto-lei nº 3.689, de 1941;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• PL 200/2019 - Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• PL 241/2019 - Altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de criação e propagação de notícia inverídica;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• PL 2.601/2019 - Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para criar obrigação de indisponibilização de notícias falsas por provedores de aplicações de Internet e dá outras providências;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• PL 2.602/2019 - Altera o art. 19 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para estabelecer a obrigação de indisponibilidade de conteúdo apontado como infringente em boletim de ocorrência policial;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• PL 3.063/2020 - Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet;</li> </ul>

- PL 3.307/2020 - Dispõe sobre os danos causados pela publicação de notícia falsa e dá outras providências.

É válido anotar que, em abril de 2021: (i) o PL n° 2.630/2020, aprovado no Senado, foi encaminhado à Câmara e apensado ao PL n° 3.063/2020. A proposição está sujeita à apreciação do Plenário em regime prioritário de tramitação; (ii) o PL n° 6.812/2017, apensado aos PLs n° 7.604/2017, 9.647/2018, 2.601/2019, 2.601/2019, 2.602/2019, 8.592/2017, 9.554/2018, 9.533/2018, 9.761/2018, 9.838/2018, 9.884/2018, 9.931/2018, 200/2019, 241/2019 e 3.307/2020, tramita na Câmara em regime ordinário.

Portanto, é possível concluir que, até o momento, o Brasil adota espécie de modelo de regulação pública, composto por normas legais e atos normativos editados pelo Plenário do TSE, que prevê reserva de jurisdição e exclusão, como regra, da responsabilidade dos provedores por postagens de terceiros. Conforme observa CUEVA (2020), embora haja mecanismos para o combate ao conteúdo ilegal, o sistema brasileiro não prevê formas de combate ao conteúdo que *ab initio* não seja ilegal.

## 5. REGULAÇÃO PARA TRATAR A DESINFORMAÇÃO?

Antes de adentrarmos especificamente no tema da regulação, pedimos licença para utilização de conceitos formulados por FARINHO (2020), que, ao tratar do tema da delimitação do espectro regulatório das redes sociais, o faz de forma bastante didática, apta a permitir a compreensão da problemática de maneira mais estruturada. Com efeito, o Professor da Faculdade de Lisboa esclarece que: (i) redes sociais seriam plataformas desenvolvidas por empresas privadas, que oferecem a seus usuários serviços *online*, possibilitando que os mesmos construam seus perfis sociais, mantenham contatos para interagir ou partilhar de forma restrita ou pública, informações em diversos formatos; (ii) o ato de regular significaria produzir e utilizar normas e atos jurídicos para ordenar atividades num determinado domínio, com vistas a determinados fins e interesse público ou privado; (iii) a

regulação poderia ser pública (com origem legislativa, judicial ou administrativa) ou privada; (iv) a regulação legislativa seria apenas modalidade de regulação, a par da regulação privada e da regulação administrativa; (v) autorregulação pressuporia que a regulação de uma atividade fosse deixada a cargo de um conjunto de pessoas, singulares ou coletivas, no âmbito de sua autonomia privada, através de associações representativas, que assumiriam uma regulação externa da própria atividade de seus associados. Já a auto-ordenação seria realizada por cada um dos prestadores da atividade em causa; (vi) a depender da origem das medidas regulatórias, seria possível falar-se em três modelos voltados para regulação das redes sociais: (a) a regulação pública ou heterorregulação; (b) a regulação privada ou autorregulação; (c) e a regulação pública e privada ou correção.

Subsumindo todos esses conceitos à realidade brasileira, é possível concluir que, até o momento, adotamos o modelo de regulação pública, estando sob análise a adoção do modelo da regulação privada.

Verifica-se que nossa legislação, tanto eleitoral como civil, embora tenha extrema preocupação com a proteção da liberdade de expressão e de vedação à censura prévia, assegura a possibilidade de responsabilização civil e penal posterior. E assim é por reação a um período de nosso passado autoritário, em que havia a tipificação criminal da divulgação de notícias falsas, como já exposto no capítulo 3, item 3.

Causa estranheza, portanto, o fato de detectarmos que muitas propostas legislativas objetivem voltar a criminalizar as chamadas notícias falsas, também sob a justificativa de perturbação da ordem pública e social, como se tivéssemos esquecido as duras lições de um passado autoritário, ainda tão recente e perturbador. Não devemos esquecer que, se a vontade do legislador de hoje é de apenas combater as chamadas falsas notícias que são divulgadas em desfavor da democracia, há o risco de que no futuro ocorra uma objetivação da norma penal e esta acabe sendo indevidamente utilizada para coibir legítimas manifestações da sociedade.

Superado esse ponto, vale ressaltar que também há projetos de lei em andamento que aventam a adoção de um modelo de regulação privada, por meio do qual os próprios provedores estabeleceriam regras e as aplicariam, procedendo eles mesmos à derrubada de conteúdos supostamente infringentes que, em seu entender, estivessem em desacordo com as leis brasileiras. Esse modelo seria compatível com a pretensa responsabilização de tais provedores, também pretendida por alguns dos projetos de lei acima citados.

Mas, na verdade, diante de nossa moldura constitucional, que preceitua a reserva de jurisdição para qualquer lesão ou ameaça de direito, o Brasil jamais poderia adotar o modelo da autorregulação (ou regulação privada) de forma isolada. É possível, todavia, aventar-se o modelo da correção. Mas, em nosso ver, com temperamentos.

Com efeito, caso venha a ser adotado o modelo da correção pela legislação brasileira, há que se ter em mente que ainda que o Judiciário dê a palavra final sobre a livre circulação de ideias e manifestações, os provedores, empresas privadas, passarão a deter verdadeiro (e, para nós, perigoso) poder de julgamento discricionário para bloquear conteúdos, censurar de forma prévia manifestações supostamente infringentes e até banir usuários. E a considerar que atualmente as redes sociais passaram a representar o meio mais popular para criação e compartilhamento de ideias e pensamentos, a atribuição de um superpoder a atores privados, proprietários de tais meios comunicativos e defensores de seus próprios interesses econômicos sobre um tema tão caro para qualquer democracia e, sobretudo, para a brasileira, ainda tão incipiente, deve ser algo muito bem refletido, estruturado e sistematizado, com a menor discricionariedade possível, para que em vez de resolvermos um problema, não criarmos tantos outros.

No episódio do Capitólio narrado no Capítulo 2 deste trabalho, em reação às manifestações de Donald Trump, acusado de incitar os manifestantes que invadiram a Casa do Congresso

americano, foi noticiado que as redes sociais utilizadas pelo ex-presidente tomaram unilateralmente a decisão de bani-lo (Twitter), silenciá-lo temporariamente (Facebook e o YouTube) e até mesmo expulsá-lo (Snapchat), sob o fundamento de que ele estaria espalhando desinformação, bem como incitando ódio e violência<sup>8</sup>. O assunto passou então a ser problematizado. E sem o menor intuito de defender os atos praticados por Trump, que causou verdadeiro caos social e uma forte mancha para a democracia americana, fato é que as descritas ações tomadas pelas plataformas, instituições que se autocaracterizam neutras por atuarem sem ingerência sobre os conteúdos postados por seus usuários, mostraram-se, no mínimo, questionáveis, para não dizer contraditórias, devendo ser feitas algumas considerações sobre o tema.

Em primeiro lugar, quais seriam os limites do poder de moderação exercido pelas plataformas que hospedam as redes sociais, considerando que tais empresas de tecnologia afirmam a neutralidade na prestação de seus serviços? Seguindo nessa linha de entendimento, VENTURI (2021)<sup>9</sup> evidencia a existência de uma contradição no ato de uma plataforma pretensamente neutra conferir-se o direito de analisar conteúdos de terceiros para fins de suprimi-los, ou até mesmo de suspender ou banir o usuário responsável pela postagem.

É que qualquer moderação que culmine em uma análise capaz de derrubar conteúdos e punir seus responsáveis importa na realização de um juízo de valor complexo sobre referidas postagens. E, em assim sendo, a tendência é que se atribua responsabilidade às plataformas pelos conteúdos ilícitos publicados, causadores de efeitos nocivos à sociedade, uma vez que o exercício do poder de moderação nesse nível de complexidade abandona a alegada neutralidade e não se coaduna com a irresponsabilidade de outrora.

De fato, a legislação americana (*Section 230 do U.S. Code*) prevê que as plataformas hospedeiras não devam ser responsa-

8 <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55674897> (Acesso em 30.05.2021)

9 <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/339965/redes-sociais-platforms-ou-publishers--parte-i> (Acesso em 30.05.2021).

bilizadas por conteúdos gerados por terceiros. E, com relação à possibilidade de realizarem atos de censura prévia em relação a postagens de seus usuários, parece-nos (numa análise superficial sobre o tema) que a medida estaria em consonância com a ordem constitucional daquele país, considerando o disposto na chamada “teoria da *state action*”. É que, conforme esclarecem SARMENTO e GOMES (2011, p. 63), prevalece no cenário norte-americano a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Constituição daquele país, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares, com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão. A doutrina da *state action*, vale dizer, teria como justificativa os princípios liberais e o próprio modelo federalista norte-americano e objetivaria preservar a autonomia privada e, sobretudo, a dos Estados-membros. Tal teoria foi flexibilizada a partir da década de 1940, quando a Suprema Corte passou a adotar a chamada *public function theory*, segundo a qual quando particulares agem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatais, estão também sujeitos às limitações constitucionais (p. 63-64).

A menção ao episódio vivenciado pelo ex-presidente americano tem como único intuito levantar alguns questionamentos necessários para a construção de um modelo regulatório brasileiro, voltado ao combate à desinformação propagada nas redes sociais. Vimos que, no caso americano, as empresas que se caracterizam como neutras e, por isso, irresponsáveis pelos conteúdos postados por terceiros, imbuídas de seus superpoderes de mediação, agiram com total discricionariedade para aplicar as medidas punitivas acima relatadas, sem franquear ao acusado qualquer possibilidade de defesa. Praticamente uma execução sumária.

Mais uma vez, parece-nos perfeitamente compreensível que os atos do ex-presidente merecessem, por tamanha gravidade, medidas incisivas dirigidas ao apaziguamento da situação, à prevenção de novos episódios, bem como a punição do próprio infrator. Tudo isso, porém, desde que observadas regras aptas à

garantia da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Afinal, não devemos esquecer que as penalidades foram aplicadas por algumas das maiores empresas de tecnologia do ramo das redes sociais. O Facebook, inclusive, está sendo acusado perante a justiça americana, pela Comissão Federal de Comércio dos Estados Unidos e mais 48 autoridades estaduais, de suposta prática ilegal de construção e manutenção de monopólio<sup>10</sup>.

Assim, considerando que muitos dos perigos e ameaças à pessoa humana provêm não só do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas (SARMENTO e GOMES, 2011, p. 61), questionamos, num modelo regulatório a ser construído para tratamento e combate à desinformação, a atribuição de poderes discricionários às plataformas privadas, para moderação de conteúdos em redes sociais. O intuito da crítica é evitar arbítrio e prevalência dos próprios interesses econômicos perseguidos pelas plataformas, que, ao hospedarem as redes sociais, não apenas estabelecem relações jurídicas com seus usuários, mas, sobretudo, relações comerciais com outros parceiros privados para divulgar anúncio de produtos.

É que ainda que as decisões das plataformas moderadoras de conteúdo estejam sujeitas a controle *a posteriori* pelo Judiciário e que a jurisprudência do STF tenha se estabelecido no sentido de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas<sup>11</sup> (e, nesse caso, defendemos a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, tendo em vista a natureza dos direitos envolvidos<sup>12</sup> – liberdade de expressão e informação), vislumbramos inadequado permitir que entes privados, que atuam conforme suas diretrizes e propósitos econômicos, passem a dispor de poder de julgar manifestações de expressão dos jurisdicionados brasileiros. No máximo, admitimos exercício de poderes de moderação

---

10 <https://oglobo.globo.com/economia/eua-processam-facebook-orgao-regulador-pede-justica-venda-de-instagram-whatsapp-24789184>.

11 Vide, por todos, julgamento do RE nº 201.819-8.

12 Segundo SARMENTO e GOMES (2011, p. 72), a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais é amplamente dominante no cenário brasileiro, sendo sustentada por autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Gustavo Tepedino, Wilson Steinmetz e Jane Reis Gonçalves Pereira, dentre tantos outros.

dentro de limites expressamente previstos por normas administrativas a serem emitidas por um órgão regulador competente para tratar do assunto, ainda a ser criado, a fim de que os poderes discricionários de tais entes, no exercício da moderação, possam ser os menores possíveis.

Ante todo o exposto, tecidas as devidas considerações sobre pontos que entendemos de suma importância para construção de um modelo regulatório capaz de lidar com as dificuldades impostas pela proliferação de conteúdos supostamente infringentes postados nas redes, defendemos a importância de se ter como premissas: (i) a eficácia horizontal direta das normas constitucionais que afirmam a liberdade e a livre manifestação do pensamento, da criação e da expressão sobre as relações privadas; (ii) a rejeição de qualquer projeto de lei que criminalize a publicação ou divulgação de notícias falsas pela Internet, à semelhança do que já era feito pela antiga e não recepcionada Lei de Imprensa; (iii) e a atribuição às plataformas da menor discricionariedade possível para o exercício do poder de moderação, sem prejuízo da adoção de todos os mecanismos necessários ao exercício, pelos usuários supostamente infratores, da ampla defesa e do contraditório.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, concluímos que, na qualidade de meio comunicativo, as redes sociais estão exercendo um forte impacto nas democracias do mundo e, sobretudo, na brasileira, tanto em virtude da dinâmica própria de seu modo de operar, que alça seus usuários à qualidade de produtores e consumidores da informação, como em razão de sua capacidade superlativa de promover a maior interação social possível, revolucionando a forma de comunicação social no espaço virtual, mas, infelizmente, também facilitando a disseminação de desinformação em abrangência e velocidade assustadoras.

Mas é importante que se entenda que as redes sociais são meros veículos de circulação das informações, e cabe a nós, en-

quanto sociedade organizada e pretensa democracia, construirmos um modelo de regulação para tratamento da desinformação que passe tanto pela educação como pelo desenvolvimento de mecanismos que prestigiem valores caros à sociedade brasileira, conquistados a duras penas no decorrer de inúmeras ordens constitucionais, tais como o da liberdade de expressão e informação.

E que não venhamos com soluções autoritárias, que inibam o poder de manifestação social, em nome da liberdade de expressão. Censura prévia em nome da democracia, além de ser uma narrativa falaciosa, ou melhor dizendo, uma pós-verdade, é uma arma poderosa e perigosa em mãos autoritárias. Por isso, *parcimônia* é palavra de ordem que deve direcionar a democracia a um caminho seguro. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**BARROSO**, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional - Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

**CARVALHO**, Gustavo Arthur Coelho Lobo & Kanffer, Gustavo Guilherme Bezerra. O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (*fake news*). Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>.

**CUEVA**, Ricardo Villas Bôas. Alternativas para a remoção de *fake news* das redes sociais. In: *Fake News e Regulação*. ABOUD, Georges *et al.* (Org.). 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

**FARINHO**, Domingos Soares. *Delimitação do espectro regulatório das redes sociais*. In: *Fake News e Regulação*. ABOUD, Georges *et al.* (Org.). 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

**FERREIRA**, Alexandre Valério; RIOS, José Riverson Araújo Cysne. Filtro bolha, câmara de eco e a formação de opiniões extremas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIA DA COMUNICAÇÃO, 40., 4-9 set. 2017, Curitiba (PR). Anais... São Paulo: Intercom, 2017. Tema: Intercom 40 anos: comunicação, memórias e historicidades.

**FLUMIGNAN**, Wévertton G. G. Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

**GENESINI**, Silvio. A pós-verdade é uma notícia falsa. *Revista USP* • São Paulo • n. 116 • p. 45-58 • janeiro/fevereiro/março.

**GUAZINA**, Liziane. O conceito de mídia na comunicação e na ciência política: desafios interdisciplinares. *REVISTA DEBATES*, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 49-64, jul.-dez. 2007.

**HARARY**, Yuval Noah. *21 Lições para o século XXI*. Cia. das Letras.

**MIGUEL**, Luís Felipe. Os meios de comunicação e a democracia. *Revista Eletrônica de Jornalismo Científico*, março, 2017 (<https://www.comciencia.br/osmeios-de-comunicacao-e-a-democracia/>, Acesso em 31.05.2021).

**PEREIRA JUNIOR**, Ricardo. O desafio moderno e o judiciário: ordem jurídica, tempo, espaço e atuação da justiça. 2010. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-20062011-115746. Acesso em: 2021-05-27

**RAMÍREZ BRAUN**, Helmut Augusto. A influência e o uso da mídia na guerra híbrida, o caso da Síria. Tese de Dissertação (Mestrado em Ciências Militares) - Escola de Comando e Estado-Maior do Exército – Instituto Meira Mattos. Rio de Janeiro, 2019.

**RIZZOTO**, Carla Cândida. Constituição histórica do poder na mídia no Brasil: o surgimento do quarto poder. *Rev. Estud. Comun.*, Curitiba, v. 13, n.31, p. 111-120, maio/ago. 2012.

**SARMENTO**, Daniel; **GOMES**, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Rev. TST, Brasília*, vol. 77, no 4, out/dez 2011.

**SUSTEIN**, Cass. As Mídias Sociais São Boas Ou Ruins Para a Democracia? *Revista Internacional de Direitos Humanos*, SUR 27 - v.15 n.27 • 85 - 92 | 2018.

**TOFFOLI**, José Antonio Dias. *Fake News*, desinformação e liberdade de expressão. In: *Fake News e Regulação*. **ABBOUD**, Georges et al. (Org.). 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

# *Amicus Curiae* no Processo Civil - Novas Possibilidades

**Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho**

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.  
Professor de Processo Civil da Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro(EMERJ).*

**Gabriel Fernandes Meireles Dutra**

*Advogado.*

## 1. INTRODUÇÃO

Antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o *amicus curiae* era disciplinado de forma esparsa e pontual na legislação, podendo ser citadas, dentre outras, a Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Lei nº 9.882/1999, que dispõe sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>1</sup>.

O CPC acertou ao fortalecer e ampliar a presença desse agente em nosso ordenamento jurídico, conforme se depreende da leitura do artigo 138, enriquecendo o debate a partir de novas perspectivas de quem pode efetivamente contribuir para a excelência, completude e precisão do provimento final<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> “O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do ‘amicus curiae’, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do “amicus curiae”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do ‘amicus curiae’ no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.” (trecho do acórdão lavrado na ADI 2321 MC, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2000, DJ 10/06/2005)

<sup>2</sup> Cassio Scarpinella Bueno afirma que o CPC/15 generalizou o *amicus curiae* no direito brasileiro e que a figura sempre derivou do “modelo constitucional do direito processual civil”. E arremata: “em um Código que aceita a força criativa da interpretação judicial, abandonando inequivocamente o padrão da mera legalidade herme-

Ao decidir, o juiz tem o dever de examinar e valorar as provas existentes nos autos, enfrentar todos os argumentos centrais da controvérsia, interpretando e aplicando adequadamente as normas jurídicas, além de observar a razoável duração do processo. O contraditório substancial permite aos sujeitos do processo, por meio desse diálogo cooperativo, o direito de influenciar a formação do convencimento do julgador, conferindo-lhe condições de proferir uma decisão mais completa e fundamentada.

Nesse contexto, a participação do *amicus curiae* revela-se fundamental para fomentar o debate processual e, com isso, ensejar a prolação de pronunciamentos judiciais mais completos e fundamentados.

## 2. NOÇÕES GERAIS

Ao consubstanciar o *fenômeno jurídico da constitucionalização do processo civil*, as Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999, que disciplinam as ações de controle concentrado de constitucionalidade, além de aprimorarem a figura do *amicus curiae*, contribuíram decisivamente para a *pluralização e a democratização do debate enquanto fator de legitimação dos interesses da sociedade para as decisões tomadas pelo Poder Judiciário*<sup>3</sup>.

A bem da verdade, esse mecanismo democrático inserido no âmbito do processo acabou por possibilitar a participação plural de vozes em diversas controvérsias jurídicas, realçando a representação argumentativa da sociedade brasileira<sup>4</sup>.

---

*nêutica (v.g.: arts. 8 e 140), e o caráter normativo dos precedentes (não obstante as críticas e as ressalvas que, a este respeito, entendendo merecerem ser feitas), a prévia oitiva do 'amicus curiae' para viabilizar um maior controle de qualidade e da valoração dos fatos e das normas jurídicas a serem aplicadas é de rigor. O 'amicus curiae' é o agente que quer viabilizar aquele modus operandi, legitimando e democratizando as decisões jurisdicionais. (...) Havendo espaço para desenvolvimento da atividade cognitiva, ao longo de todo o processo, a intervenção do 'amicus curiae' deve ser admitida. Nesse sentido, o art. 138 é uma das diversas regras explicitadoras, explicativas, ou para quem quiser, repetitivas do CPC de 2015 que, apenas e tão somente, quer evidenciar o que já constava no sistema processual civil brasileiro, embora implicitamente". (Comentários ao código de processo civil - volume 1 (arts. 1º a 317) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 602)*

3 CARDOSO, José Eduardo Martins; NASCIMENTO Hugo Nunes Nakashoji. *Cinco anos do CPC: questões polêmicas em homenagem a José Roberto Neves Amorim* / José Roberto Neves Amorim; Organização José Lucio Munhoz. - 1. Ed. - Barueri [SP]: Manole, 2021, página 198.

4 BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 12. n. 47, 2004. p. 7/15. *Apud* TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; e ROCHA, Cristiny Mroczkoski. A Reformulação do *Amicus Curiae* no Novo CPC: Integração Normativa ou Derrogação Parcial da Lei 9.868/99? Revista de Processo, vol. 268, 2017, p. 268- 315.

É forçoso reconhecer que o *amicus curiae* tem particularidades próprias que o diferenciam sensivelmente do terceiro tradicional<sup>5</sup>, como o assistente (simples ou litisconsorcial), este um auxiliar da parte com *interesse jurídico e próprio* na ação – citando-se como exemplo o sublocatário, que tem interesse próprio na improcedência da ação de despejo movida em face do locatário. O interesse do *amicus curiae* na prevalência de uma das teses será sempre institucional – como pode ocorrer quando a Ordem dos Advogados do Brasil ingressa no feito como *amicus curiae* na defesa das *prerrogativas* do advogado, e não do interesse *pessoal* do advogado.<sup>6</sup>

Nos termos do artigo 138 do CPC, a pessoa natural ou jurídica apta a intervir como *amicus curiae* deve ser capaz de contribuir tecnicamente com a solução do conflito, somando argumentos, dados técnicos e teses relevantes para a elucidação da controvérsia, e sempre orientada, como visto, pelo interesse puramente *institucional, ideológico, altruístico* e nunca interesse *jurídico pessoal, próprio*. Ainda que a matéria em julgamento apresente relevância, especificidade ou maior repercussão social, não se pode permitir a intervenção, nessa condição, daquele que possui *interesse jurídico* na demanda como se parte fosse<sup>7</sup>.

5 “A intervenção como *amicus curiae* não é intervenção de terceiro, apesar do substantivo usado nos §§ 1º e 2º do art. 138, e já que o *amicus curiae* não fica sujeito ao julgamento proferido no processo a que comparece, salvo naqueles em que a coisa julgada se estende às pessoas que não integram o feito, naqueles casos em que essa consequência opera”. (BERMUEDES, Sérgio. CPC de 2015: inovações. 1ª ed., Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2016, p.111).

6 “O CPC/2015 acabou por disciplinar expressamente a intervenção do AC como modalidade diferenciada de terceiros, generalizando-a, em contraposição às específicas previsões que, até então, encontravam-se dispersas no sistema processual civil”. (BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao código de processo civil - volume 1 (arts. 1º a 317) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 601/602).

7 Para Antonio do Passo Cabral, “O *amicus curiae*, uma vez admitida sua manifestação, não se agrega à relação processual, porque seu interesse no litígio é decorrente do direito à participação no processo. Não há interesse em integrar a relação processual, vez que o título executivo que porventura seja formado não incluirá o amigo da Corte, pelo que, neste particular, seu interesse é reflexo ou mediato. Por outro lado, o interveniente típico deve demonstrar seu interesse jurídico na demanda (*rechtliches Interesse*), ou seja, imperativo é que se comprove a influência que o deslinde do processo poderá ter sobre uma relação jurídica do interveniente (*Rechtsbeziehung begründetes Interesse*). Se este alega ser titular de relação jurídica de direito material incompatível com aquela que será afirmada caso uma das partes seja vencedora, haverá interesse jurídico para a intervenção. Não cabe um mero interesse econômico ou afetivo, tampouco a intenção de esclarecer matéria de fato ou de direito. O *amicus curiae* não precisa demonstrar interesse jurídico. Sua atuação decorre da compreensão do relevante interesse público na jurisdição e da busca de permitir a participação política por meio do processo. A importância de sua intervenção é política e seu interesse é ideológico, de exercer parcela de participação manifestando-se nos autos. Situação semelhante ocorre com a legitimação do denominado ‘ideological plaintiff’ na litigância coletiva das ‘class actions’ nos EUA, em que a parte não porta interesse jurídico, mas uma conexão ideológica com um interesse da comunidade, o que representa forma de participação processual que é sustentada e incentivada por autores como Mauro Cappelletti e Vicenzo Vigoritti”. (CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares - o *amicus* e o *vertreter* dos öffentlichen interesses. Revista de Processo,

Ao avaliar o ingresso do *amicus curiae*, o julgador deve ter como parâmetros fundamentais a capacidade de contribuição e a utilidade da participação. A viabilidade do ingresso do *amicus curiae* integra-se ao convencimento motivado do juiz, que deverá levar em consideração a “a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica e a possibilidade de reproduzir uma defesa processual válida”<sup>8</sup>.

Imprescindível, portanto, deter idoneidade e conhecimento específico sobre o centro da controvérsia posta, de forma que seja possível fornecer dados e elementos que permitam alcançar a adequada solução do litígio.

### 3. PRESSUPOSTOS DA INTERVENÇÃO

Ainda que o CPC tenha generalizado a presença do *amicus curiae* em nosso ordenamento (art. 138), não se deve cogitar sua intervenção em qualquer disputa judicial, mas somente quando o magistrado identificar a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão social da controvérsia<sup>9</sup>. Esses critérios não são cumulativos, e a participação do agente é excepcional, facultativa, a critério do julgador, que avalia a conveniência e utilidade do ingresso.

---

vol. 117, p. 9, set. 2004). Para Humberto Theodoro Júnior, “*não é ele propriamente parte no processo - pelo menos no sentido técnico de sujeito da lide objeto do processo -, mas, em razão de seu interesse jurídico (institucional) na solução do feito, ou por possuir conhecimento especial que contribuirá para o julgamento, é convocado a manifestar-se, ou se dispõe a atuar, como colaborador do juízo. Assim, sua participação é, em verdade, meramente opinativa a respeito da matéria objeto da demanda. Sua intervenção, de tal sorte, justifica-se como forma de aprimoramento da tutela jurisdicional*”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I, 56. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 403).

8 ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários ao novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 2, p. 330-331.

9 Nas palavras de Elpídio Donizetti: a) Relevância da matéria: esse requisito requer que a questão jurídica objeto da controvérsia extrapole os interesses das partes. Ou seja, a matéria discutida em juízo deve extravasar o âmbito das relações firmadas entre os litigantes. Cassio Scarpinella Bueno considera, ainda, que o requisito da relevância deve ter relação com a necessidade de se trazerem aos autos outros elementos que sirvam para a formação do convencimento do juiz. b) Especificidade do tema: o requisito tem relação com o conhecimento dos *amicus curiae* acerca do tema objeto da demanda. Esse conhecimento, que pode ser técnico ou científico, deve ser útil ao processo e à formação da convicção do juiz ou do órgão julgador para o julgamento da matéria de direito. c) Repercussão social da controvérsia: para possibilitar a intervenção do *amicus curiae*, o órgão julgador não deve observar apenas o aspecto jurídico da questão, mas, também, os reflexos ou a repercussão que a controvérsia pode gerar no âmbito da coletividade. Questões relevantes do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico, que suplantem os interesses individuais das partes, merecem a intervenção de pessoas ou entidades representativas da sociedade civil. (DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 123).

O ingresso pode ocorrer por determinação do juiz ou do tribunal (*ex officio*), por requerimento das partes ou, ainda, pelo próprio interessado em figurar como *amicus curiae*, seja pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada.

A representatividade adequada deve ser averiguada à luz do caso concreto, “à vista do histórico da pessoa que se apresenta para a intervenção como *amicus curiae* e das possibilidades de efetiva representação de certo grupo, categoria ou interesse”<sup>10</sup>. Admitir o *amicus curiae*, a partir da representatividade adequada, significa estender o diálogo entre a corte e a sociedade, como maneira de trazer ao debate diferentes pontos de vista, com subsídios técnico-científicos capazes de contribuir para a solução adequada da controvérsia.

A nosso sentir, a interpretação do *caput* do artigo 138 conduz à inevitável conclusão de que o requisito da *representatividade adequada* não diz respeito ao *amicus curiae* pessoa natural, limitando-se, portanto, a pessoas jurídicas, órgãos ou entidades especializadas. Seria ilógico impedir a participação nos autos de renomado cientista capaz de fornecer subsídios técnicos relevantes à jurisdição apenas pela falta de representatividade adequada<sup>11</sup>. Nesse particular, será suficiente aferir se o *amicus curiae* tem histórico de dedicação, estudo e domínio do tema controvertido<sup>12</sup>.

10 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

11 “A vocação de determinada pessoa ou ente à tutela de determinado interesse que, de alguma forma, interfere na, ou pode ser afetado com, a decisão a ser proferida em dado processo é, destarte, o ponto-chave da compreensão do *amicus curiae*. É, insisto, o ‘interesse institucional’ que pode ser titularizado até mesmo - o *caput* do art. 138 é expresso nesse sentido - por pessoas naturais que reinam uma especial expertise sobre determinada questão, sobre determinada área de conhecimento (muito além e independentemente do jurídico, aliás), tornando a sua opinião relevante para o desate da questão discutida. É como se dissesse que alguém, por ser quem é, merece ter sua opinião sobre determinado assunto manifestada. É opinião que importa à formação de outras opiniões”. (Comentários ao código de processo civil - volume 1 (arts. 1º a 317) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 608)

12 “É preciso entender que a expressão representatividade adequada não exige que o *amicus curiae* seja o porta-voz de um grupo ou de um determinado segmento social, mas sim que tenha conhecimento e idoneidade para colaborar para o esclarecimento das questões em debate. Veja, por exemplo, a convocação de um renomado cientista, prêmio Nobel da sua categoria de trabalho, e que não tenha qualquer representação oficial de grupos ou segmentos; certamente poderá cooperar em matéria de sua especialidade, com a idoneidade e a responsabilidade de contribuir para a definição de um tema que poderá influir no direito de várias pessoas.” (CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 305)

Para além da hipótese do artigo 138, o CPC prevê outras possibilidades que admitem seu ingresso, conforme os artigos (i) 950, §§1º, 2º e 3º, no incidente de arguição de inconstitucionalidade; (ii) 983, *caput* e §1º, no incidente de resolução de demandas repetitivas; (iii) 1.035, §4º, na análise de repercussão geral em recurso extraordinário; e (iv) 1.038, I, no julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos.

Ademais, dada sua natureza meramente *opinitiva* e *colaborativa* em favor da jurisdição, essa espécie de intervenção não desloca a competência em função da pessoa, na hipótese, por exemplo, de admissão de uma entidade autárquica federal em tal condição, por força do art. 138, § 1º, do CPC.

Quanto ao direito de recorrer, dada a natureza colaborativa da sua atuação, o CPC veda a interposição de recursos pelo *amicus curiae*, com exceção dos embargos de declaração e do recurso em face da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), conforme parágrafos 2º e 3º do artigo 138. E, ao fazê-lo, o *amicus curiae* deverá demonstrar seu interesse recursal, como a aprioração do precedente a ser formado ou o enfrentamento de todos os fundamentos deduzidos no processo<sup>13</sup>. Ademais, não cabe recurso em face da decisão que *admite ou rejeita* a intervenção do *amicus curiae*, por expressa vedação legal, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça<sup>14</sup>.

13 “Lembre-se que, nos Estados Unidos – assim como no Brasil –, se admite a intervenção do *amicus* em nome de terceiros interessados na formação de precedente (Lowman, Michael K., “The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave”. *The American University Law Review*, v. 41, p. 1243-1299). Associações de defesa do meio ambiente e dos consumidores, por exemplo, têm regulamentos que exigem a intervenção como *amicus* em processos cuja decisão possa constituir precedente favorável aos seus interesses. Ainda se está a falar de um ‘representante adequado’ ou do titular da class action, isto é, de um representante que defende terceiros que possuem direito em discussão no caso, mas de alguém que participa para influenciar a formação de precedente que pode favorecer, em casos diversos e futuros, seus associados. Nessas situações, o *amicus* participa representando pessoas que, sem ter direito próprio em litígio, têm interesse no precedente. Ou seja, os terceiros não temem ou desejam a coisa julgada, mas o precedente.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia* - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.815).

14 No STJ: “A leitura do art. 138 do CPC/15 não deixa dúvida de que a decisão unipessoal que verse sobre a admissibilidade do *amicus curiae* não é impugnável por agravo interno, seja porque o *caput* expressamente a coloca como uma decisão irrecorrível, seja porque o §1º expressamente diz que a intervenção não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração ou a interposição de recurso contra a decisão que julgar o IRDR” (STJ, REsp 1.696.396/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 19/12/2018). No STF: “Direito constitucional e processual civil. Agravo interno em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inadmissão de *amicus curiae*. Decisão irrecorrível do Relator. Precedente da Corte. Agravo não conhecido. 1. É irrecorrível a decisão do Relator que indefere o pedido de ingresso na condição de *amicus curiae*. Precedente: RE 602.584-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. P/acórdão Min. Luiz Fux, j. em 17.10.2018. 2. Agravo interno não conhecido (art.

Nada obstante, parece-nos perfeitamente possível a interposição de *agravo interno* contra a decisão do relator que rejeita a intervenção do *amicus curiae*, vez que o órgão colegiado poderá decidir pela utilidade da presença desse terceiro. O agravo interno, nesse caso, equivaleria a um requerimento de ingresso do *amicus curiae* direcionado diretamente ao colegiado, que tem plena legitimidade para admitir ou solicitar a intervenção.

Ademais, a presença do *amicus curiae* se limita à instância em que ele foi admitido, isso em razão da sua condição de mero colaborador, sem interesse próprio na controvérsia e limitadas possibilidades recursais. Ressalvada sua legitimação para recorrer da decisão que julga o IRDR, em todos os demais casos, ele funcionará numa única instância<sup>15</sup>.

Cabe ao relator definir os *poderes* do *amicus curiae* na decisão que solicitar ou admitir a intervenção. É que as faculdades conferidas a esse agente são específicas e não se confundem com os poderes das partes, guardando relação direta com o interesse institucional que fundamenta sua intervenção. A teor do artigo 138, § 2, do CPC, cabe ao julgador estabelecer os poderes do amigo da corte no momento de solicitar ou admitir a intervenção, de modo a inibir eventuais discussões quanto ao seu alcance. O ato decisório é, portanto, definitivo, não podendo o *amicus curiae* dele recorrer<sup>16</sup>. Os poderes atribuídos variam de acordo com a necessidade de esclarecimento do julgador e a capacidade/possibilidade desse particular terceiro fornecer subsídios relevantes. Nessa perspectiva, confere-se ao *amicus curiae* a prerrogativa de apresentar memoriais, sustentar oralmente e, ainda, participar de prova pericial ou aportar outras provas e subsídios<sup>17</sup>.

---

21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)”. (ADI 4711 AgR/RS, Ag. Reg. na Ação Direta de Inconstitucionalidade, relator Ministro ROBERTO BARROSO, julgamento: 05/11/2019, Publicação: 28/11/2019, Tribunal Pleno, processo eletrônico DJe-260 divulgado 27-11-2019, public 28-11-2019)

15 “Ressalta-se, ainda, que a atuação do *amicus curiae*, salvo quando se estiver diante de incidente de resolução de demandas repetitivas, se limita na instância à qual foi admitido ou convocado. É dizer: sua atuação esgota-senaquela instância, de forma que, pretendendo intervir em sede recursal, deverá requerer ao relator do recurso respectivo a sua admissão. Daí por que não cabe ao *amicus curiae* recorrer da decisão (sentença) que julgue a causa na qual interveio.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Alterações do novo CPC*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 218.)

16 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 226.

17 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Renato Beneduzi sustenta que existem limites mínimos e máximos aos poderes, garantindo a lei, que, ao menos, o *amicus curiae* poderá apresentar por escrito sua manifestação, no prazo de quinze dias; opor embargos de declaração; e recorrer da decisão que

É possível que, numa causa de maior repercussão, surjam múltiplos requerimentos de intervenção de *amici curiae*, cabendo então ao magistrado identificar aqueles com *maior grau de representatividade e capacidade de agregar valor ao debate jurídico*, avaliando a utilidade e conveniência da intervenção. Além disso, o julgador deve ter preocupação em manter o *equilíbrio*<sup>18</sup> em relação ao exercício de direitos e meios de defesa, especialmente quando identificar alguma *hipossuficiência técnica* entre os litigantes. Percebendo a existência de diversos *amici curiae* alinhados e ideologicamente contrários à tese defendida pelo litigante mais vulnerável, é prudente que o juiz avalie a pertinência de convocar um *amicus curiae* da sua escolha que considere imparcial<sup>19</sup>.

#### 4. POSSIBILIDADE DE INDICAÇÃO DE ESPECIALISTA EM DIREITO PARA ATUAR COMO *AMICUS CURIAE*

A afirmação que inaugura este tópico pode causar certa perplexidade, afinal o magistrado detém o conhecimento jurídico necessário para o julgamento das causas que lhe são submetidas. Quanto a isso, nenhuma dúvida.

---

julgar o IRDR. Veda-se, contudo, que os poderes extrapolem o escopo de sua atuação e desnaturem o papel do amigo da corte BENEDUZI, Renato. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 272.

18 “Com isso se quer dizer que não há racionalidade em admitir a participação de todos os entes que podem representar um grupo. Se isso fosse possível, não apenas poderia haver, conforme o caso, uma multidão de amici no processo, como se estaria desestimulando a aferição dos requisitos que garantem a escolha da melhor representação, além de obviamente se poder privilegiar, em vista de um maior número de amici de um lado do que no outro, uma posição em detrimento de outra. A abertura irrestrita à participação de amici, ainda que em princípio capacitados para falar em nome de um grupo, além de gerar prejuízo ao desenvolvimento do processo e ao trabalho da Corte, desqualifica a fala em nome do grupo e da sociedade e fere a paridade que deve presidir a discussão e a decisão na Corte. Portanto, quando vários entes requerem a participação em nome de uma posição, deve a Corte ser ainda mais rigorosa na aferição das suas credenciais, na medida em que, em princípio, apenas um deles pode ser habilitado para falar em nome do grupo. É claro que isso não é tão simples, já que antes diversos podem, claramente, pretender falar sobre o mesmo assunto a partir de perspectivas diferentes. Quando é assim, é certo que a Corte pode admitir a participação de mais de um amicus, mas sempre procurando equilibrar as posições em antagonismo”. (MARINONI, Luiz Guilherme; *Processo Constitucional e Democracia* - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.830)

19 “Em havendo múltiplos pedidos de admissão como *amicus curiae*, cabe ao julgador buscar um equilíbrio na representatividade dos diversos interesses jurídicos em disputa, pois, conforme art. 7º do CPC, deve ser ‘assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório’. Oportuno consignar, nesse sentido, que a admissão de múltiplos amici curiae pode representar tumulto processual, com risco à efetividade e celeridade. Por conseguinte, cabe ao juiz, ao analisar criteriosamente a situação, avaliar se aquele terceiro possui reais condições de trazer novos subsídios ao feito, capazes de qualificar a decisão. É preciso examinar a situação pelo ângulo da utilidade e conveniência da intervenção”. (CARVALHO, Luciano Saboia Rinaldi de. *Código de Processo Civil de 2015: Recursos, Tutelas Provisórias, Novos Incidentes e Temas Relevantes* - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 52).

Como visto, o *amicus curiae* é um colaborador da jurisdição, um amigo da corte, que ingressa no processo para pluralizar o debate e fornecer subsídios úteis para a solução da controvérsia, sejam de ordem fática ou jurídica, e obviamente, agregar valor às manifestações das partes.

A reflexão proposta parte da premissa de que a qualidade da decisão está intimamente associada à amplitude do debate jurídico, da efetiva participação de quem pode agregar valor à solução final. E, nesse contexto, está o *amicus curiae*, que, inclusive, pode ser uma pessoa da área do direito com notório saber, idoneidade moral e credibilidade, sem interesse pessoal no resultado da demanda, que fornecerá ao julgador uma opinião jurídica sobre a questão de alta relevância, especificidade ou de forte repercussão social.

Primeiramente, *não há vedação legal* que impeça o julgador de solicitar ou admitir o ingresso de um especialista da área jurídica para colaborar com a jurisdição quando estiverem presentes os requisitos indicados no *caput* do art. 138 do CPC, a saber: relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia.

Ademais, na linha de entendimento dos tribunais superiores, a admissão do *amicus curiae* insere-se no poder discricionário do juiz, sendo irrecorrível a decisão que admite ou rejeita sua intervenção. Essa faculdade de contar com um colaborador da jurisdição para ampliar e qualificar o debate processual não impede a intervenção de um *amicus curiae jurídico*, sempre observados os requisitos legais dessa intervenção.<sup>20</sup>

---

20 Luiz Guilherme Marinoni, advertindo que o *amicus curiae* não se presta apenas a esclarecer fatos, admite uma participação estritamente jurídica desse terceiro: “Se o fundamento da participação do *amicus* é, antes de tudo, colocar às claras e defender posição de determinado grupo social, solicitando uma determinada interpretação da Constituição, é obviamente equivocado limitar a sua atuação à discussão dos fatos. O *amicus* pode realizar qualquer argumentação que possa favorecer o atingimento da interpretação que interessa ao grupo que representa, inclusive estritamente jurídica. É certo que em alguns países, como na França, costuma-se adotar regras que se destinam à investigação técnica dos fatos para reger a atividade do *amicus*. Na França, o instituto do *amicus* é regulado a partir das regras relativas às vérifications personnelles do juiz, equiparando-se, em princípio, o *amicus* a um perito ou técnico. Contudo, mesmo na França, e sem qualquer resistência no common law, admite-se que o juiz possa consultar terceiros acerca de questões jurídicas. Diante dessas questões, aliás, não é raro solicitar, nas Cortes estadunidenses, a manifestação de entidades semelhantes à OAB e ao Instituto dos Advogados. Na verdade, a dificuldade em compreender a possibilidade de o *amicus* falar sobre questões jurídicas decorre da dificuldade em aceitar que a intervenção possa se dar para suprir a deficiência de argumentação da parte, ainda que em favor de terceiros. Nos Estados

Em absoluto, não se trata de delegação da atividade jurisdicional, mas providência capaz de, muitas vezes, *equilibrar* os interesses em disputa em causas de alta indagação e interesse público relevante, e/ou propiciar meios adicionais de se alcançar uma decisão final justa e efetiva, com mais qualidade e eficiência (CPC, arts. 6º, 7º e 8º).

Dada a possibilidade de ingresso de múltiplos *amici curiae* num mesmo processo, pode ocorrer de todos se posicionarem alinhada e ideologicamente em favor de uma das teses, razão pela qual o julgador, identificando esse desequilíbrio, pode convidar um especialista da área jurídica para emitir um parecer, seja para referendar a opinião dos *amici* anteriores, seja para agregar novos elementos. Mas será sempre imprescindível sua imparcialidade e desinteresse no resultado da causa, ressalvado o interesse meramente acadêmico de contribuir para a formação de precedentes.

A presunção de que o juiz conhece todo o direito – *iura novit curia* – não afasta a possibilidade de intervenção excepcional de especialista da área jurídica, como um renomado parecerista ou professor de direito, sem, contudo, ficar adstrito à conclusão ofertada. O conhecimento jurídico do juiz, por mais amplo que seja, não deve prescindir de opiniões jurídicas de notórios especialistas na matéria, indicados por ele próprio, e que poderão trazer subsídios fundamentais para o esclarecimento da questão<sup>21</sup>.

Na convocação, o magistrado deverá solicitar que o *amicus curiae* apresente eventuais custos (remuneração) relacionados à sua intervenção, bem como declaração de imparcialidade e desinteresse pessoal na causa. Ainda que se admita o interesse

---

Unidos, o amicus pode esclarecer qualquer questão, já que a sua intervenção ocorre para o completo esclarecimento da controvérsia, inclusive das circunstâncias que apenas a rodeiam, para que as Cortes possam tratar do caso em uma perspectiva mais ampla e profunda”. (MARINONI, Luiz Guilherme; *Processo Constitucional e Democracia* - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.818)

21 “O amicus objetiva convencer o juiz, assim como as próprias partes, com a diferença de que não sofre os efeitos da coisa julgada. De modo que é um interessado que poderia, numa perspectiva indiferente à dogmática processual, aproximar-se da figura do ‘assistente’. Não é por outra razão que o amicus tem interesse em convencer o Juiz de que argumentos teórico-jurídicos, morais, políticos e econômicos são idôneos para fazerem prevalecer uma das posições que discordam perante a Corte, sendo fora de lógica pensar que a sua participação seja limitada ao esclarecimento de fatos (Ulrich Kuhme, *Amicus Curiae: Richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 17 e ss.)” (MARINONI, Luiz Guilherme; *Processo Constitucional e Democracia* - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.813).

ideológico do *amicus curiae*, é fundamental que, no momento da intervenção, seja revelada toda e qualquer informação que possa suscitar alguma dúvida nos sujeitos do processo, como anterior representação judicial de uma das partes. Esses custos deverão ser submetidos à prévia aceitação das partes, *sob pena de impossibilidade da intervenção*, salvo na hipótese de participação não remunerada do *expert*.

Dada a impossibilidade de imposição de custos imprevistos no curso do processo judicial, essa remuneração do *amicus curiae* se sujeita à concordância das partes, que convencionarão a forma de remuneração.

Caso haja homologação judicial de honorários do *amicus curiae* sem anuência dos litigantes, caberá recurso em face dessa decisão, não em relação à indicação (irrecorrível), mas quanto ao custo. E, finalmente, a remuneração do *amicus curiae* somente se justifica em caso de convocação *ex officio* pelo tribunal, e não quando a intervenção é requerida.

## 5. ADMISSÃO DO *AMICUS CURIAE* NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS LOCAIS

Muito embora não se questione sobre a recorrente atuação do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal diante da possibilidade de seu ingresso, fundada em legislação especial anterior ao atual CPC, subsistem algumas inquietações no âmbito dos tribunais locais.

Em uma busca feita por amostragem nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, foi possível verificar nos casos analisados (i) os sujeitos que foram admitidos como *amicus curiae*; (ii) a forma de admissão; (iii) a natureza das causas; e (iv) o *modus operandi* de sua atuação.

Por via de consequência, o resultado dessa busca trouxe maior compreensão acerca do substrato da atuação do *amicus curiae*, em contextos totalmente distintos aos das ações de controle concentrado.

O primeiro caso analisado diz respeito à intervenção do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI – na Apelação Cível nº 0033727-98.2007.8.19.0001, que tramitou perante a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em demanda de abstenção de uso de patente e de reconhecimento de atos de concorrência desleal cumulada com pedido de reparação por danos, na qual o *amicus curiae* se manifestou sobre a validade da patente à luz das considerações do laudo pericial e dos artigos científicos que embasaram sua conclusão; e esclareceu se os documentos juntados, por tratarem exclusivamente do problema da corrosão, poderiam servir para afastar a atividade inventiva da patente em questão.

No segundo, a Agência Suplementar de Saúde – ANS – foi admitida como *amicus curiae* na Ação Civil Pública nº 1024367-77.2021.8.26.0053, em trâmite perante a 12ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, após requerer seu ingresso para fornecer informações a respeito de reajustes dos planos coletivos, objeto da ação coletiva.

No terceiro, verificou-se a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômico – CADE – na Ação Ordinária nº 1095876-97.2016.8.26.0100, que tramita perante a 40ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo. Nesse caso em particular, o CADE havia sido notificado para esclarecer se havia interesse em atuar como assistente litisconsorcial da parte autora. No entanto, informou que *“não possui interesse em intervir como assistente da Companhia Siderúrgica Nacional e da Companhia Metalúrgica Prada no processo em epígrafe, uma vez que a controvérsia versa sobre direitos ou interesses individuais, de natureza patrimonial e disponível, ainda que relacionados à indenização ou reparação de ocasionais danos ou prejuízos causados por uma infração à ordem econômica.”*, requerendo seu ingresso, assim, como *amicus curiae*, colocando-se à disposição do Juízo para prestar os esclarecimentos que se fizessem necessários acerca dos fatos apurados na esfera administrativa.

Contra a decisão que admitiu a atuação do CADE, foi interposto agravo de instrumento, autuado sob o nº 2248623-

19.2019.8.26.0000, que sequer foi conhecido, diante da expressa vedação legal de que trata o artigo 138.

A quarta situação consiste na admissão da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Goiás, em controvérsia inerente ao valor aparentemente elevado dos honorários contratuais firmados entre o procurador e a parte autora nas demandas previdenciárias e a possibilidade do seu destaque quando da expedição das requisições de pagamento, no âmbito do Agravo de Instrumento nº 0068074-82.2016.4.01.0000 (TRF-1. AI nº 00680748220164010000. 1ª Turma.Relator: Des. Carlos Augusto Pires Brandão. Julgamento em 24.05.2017).

Na hipótese, considerando o número de recursos similares ao presente, bem como a atuação e controle da Ordem dos Advogados do Brasil como autarquia *sui generis* da classe, o relator entendeu por fundamental sua participação no feito na qualidade de *amicus curiae*.

Por fim, analisou-se, igualmente, a admissão do Observatório Nacional de Segurança Viária - OSCIP na condição de *amicus curiae* na ação nº 0131093-04.2015.4.02.5001, movida pelo Sindicato dos Centros de Formação de Condutores do Estado do Espírito Santo contra a União Federal, em trâmite perante a 3ª Vara Federal de Vitória, objetivando revogação de resolução do CONTRAN sobre a habilitação de condutores.

No caso, o OSCIP requereu seu ingresso sob pretexto de contribuir com informações técnicas de relevância “no que tange ao uso de simuladores de direção veicular na formação do condutor e, via de consequência, pelas Auto Escolas do país, por ser o peticionário titular do estudo citado pelo sindicato autor em sua exordial, bem como por ser, atualmente, a organização sem fins lucrativos que mais atua na luta para a remodelação da formação do condutor, haja vista que atualmente o Brasil enfrenta uma verdadeira epidemia de mortos e feridos no trânsito, onde mais de 90% dos acidentes são causados pelo fator humano, em decorrência de negligência, imprudência ou imperícia dos atores envolvidos, principalmente do condutor de veículos”.

## 6. NEGÓCIOS PROCESSUAIS E *AMICUS CURIAE*

A cláusula geral dos negócios processuais, consubstanciada no artigo 190 do CPC, norteia as possibilidades de as partes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais antes ou durante o processo.

Não há óbice legal quanto à indicação convencional da intervenção do *amicus curiae* e ao sujeito que poderá ingressar nessa modalidade, respeitando-se, todavia, os critérios exigidos em lei. Há, contudo, vedação a eventual impedimento da participação do terceiro, por meio do negócio processual<sup>22</sup>.

Na hipótese de ser indicado pelas partes o sujeito que figurará como *amicus curiae*, por meio da convenção processual, sua admissão ficará adstrita ao convencimento do magistrado, que, inclusive, poderá indeferir a intervenção, sobretudo pela facultatividade da participação desse terceiro, dada sua condição de colaborador da justiça<sup>23</sup>.

O poder discricionário conferido ao magistrado quanto à admissão do *amicus curiae*, por conseguinte, subsiste mesmo com a eleição – ou não – das partes, ante o inequívoco dever de observância ao artigo 138 do CPC e a eventual necessidade de participação do terceiro para que se compreenda com maiores elementos a matéria discutida.

Em recentíssimo julgamento de um caso em que se admitiu o negócio processual, que prevê a cessão do direito à sustentação oral, entre as partes e o *amicus curiae*, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do ProAfR no REsp nº 1.610.844/BA, entendeu que “o *amicus curiae* somente poderá

22 CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 216.

23 “O ingresso do *amicus curiae*, a par do enquadramento nos pressupostos legais estabelecidos Código de Processo Civil – notadamente que a causa seja relevante, o tema bastante específico ou tenha sido reconhecida a repercussão geral –, pode eventualmente ser obstado em nome do bom funcionamento da jurisdição, conforme o crivo do relator, mercê não apenas de o destinatário da colaboração do *amicus curiae* ser a Corte, mas também das balizas impostas pelas normas processuais, dentre as quais a de conduzir o processo com eficiência e celeridade, consoante a análise do binômio necessidade-representatividade”. (trecho do acórdão no RE 602.584- AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 17.10.2018)

sustentar oralmente nos casos em que as partes do processo cedam do seu prazo regimental a favor de terceiros”.

Evidencia-se, dessa forma, certa mitigação ao exercício do contraditório das partes e do próprio terceiro, tendo em vista que restringe a parte de sua atuação consistente na sustentação oral, que, como visto, permite ampliar o debate e contribui diretamente para a convicção do julgador.

Atrelar um mecanismo de operação do *amicus curiae* – interesse institucional – ao não exercício do direito de sustentação da parte – interesse subjetivo – acaba por misturar a amplitude de atuação desses sujeitos processuais e conflita diretamente os interesses que estão postos frente ao litígio.

## 7. CONCLUSÃO

Embora o CPC tenha ampliado e generalizado o *amicus curiae* em nosso ordenamento jurídico, sua intervenção é excepcional, limitada aos casos de maior relevância, especificidade ou repercussão social. É valiosa a expansão do debate processual para sujeitos que, mesmo sem ostentar condição de parte, podem trazer subsídios técnicos de alta relevância, inclusive jurídicos, oferecendo diferentes perspectivas para influenciar a convicção do julgador.

Além disso, por ser essencialmente um colaborador da jurisdição – e não amigo da parte –, o *amicus curiae* deve atuar com idoneidade, responsabilidade e lealdade, sem jamais se arvorar na condição de parte, ainda que tenha interesse institucional ou ideológico na prevalência de uma das teses em disputa.

Não pode ser desconsiderado, no campo prático, o aparentemente invencível volume de processos em curso nos gabinetes dos juízes brasileiros, que subtraem tempo precioso para a reflexão que antecede os julgamentos, sobretudo nos casos de maior complexidade e densidade jurídica. Nesse cenário, a utilização do *amicus curiae* propicia enriquecimento do debate por meio de novas perspectivas, muitas vezes influenciando decisivamente na formação do convencimento motivado do julgador.

Dada a possibilidade de ingresso de múltiplos *amici curiae* numa mesma causa inclinados em favor da mesma tese, deve o juiz zelar pelo equilíbrio no exercício de direitos e meios de defesa, especialmente quando identificar *hipossuficiência técnica* entre os litigantes, avaliando assim a pertinência de convocar um *amicus curiae* da sua escolha imparcial.

Como a legislação autoriza que uma pessoa natural exerça a função de *amicus curiae*, nada impede que o juiz, em casos de maior relevância, especificidade ou repercussão, solicite o ingresso de um jurista com idoneidade moral e vocacionado no tema controvertido para emitir opinião jurídica, colaborando com a jurisdição. No entanto, eventuais custos decorrentes dessa intervenção sujeitam-se à prévia anuência das partes, sob pena de imposição indevida de despesas processuais imprevistas.

A expressiva e louvável ampliação do *amicus curiae* pelo Código de Processo Civil, *esse terceiro enigmático*<sup>24</sup>, enaltece a importância da cooperação e do contraditório substancial, ingredientes-chave para a completude e excelência dos provimentos jurisdicionais, sobretudo diante da complexidade das relações humanas que caracteriza o nosso tempo. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários ao novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, v. 2, 2016.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Alterações do novo CPC*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BERMUDES, Sérgio. *CPC de 2015: inovações*. 1ª ed., Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2016.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 12. n. 47, 2004. p. 7/15. *Apud* TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; e ROCHA, Cristiny

---

24 Conforme feliz expressão cunhada por Cassio Scarpinella Bueno na obra *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo, Saraiva, 2006.

Mroczkoski. *Apud* Reformulação do *Amicus Curiae* no Novo CPC: Integração Normativa ou Derrogação Parcial da Lei 9.868/99? *Revista de Processo*, vol. 268, 2017.

BUENO, Cássio, Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo, Saraiva, 2006.

\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil - volume 1 (arts. 1º a 317)*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares - o amicus e o vertreter des öffentlichen interesses*. *Revista de Processo*, vol. 117, 2004.

CARDOSO, José Eduardo Martins; NASCIMENTO Hugo Nunes Nakashoji. *Cinco anos do CPC: questões polêmicas em homenagem a José Roberto Neves Amorim / José Roberto Neves Amorim; Organização José Lucio Munhoz. - 1. Ed. - Barueri [SP]: Manole, 2021, página 198.*

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARVALHO, Luciano Saboia Rinaldi de. *Código de Processo Civil de 2015: Recursos, Tutelas Provisórias, Novos Incidentes e Temas Relevantes - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.*

DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.*

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - *Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* - vol. I, 56.ed. ver., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# Juiz de Garantias: Maximização do Princípio da Imparcialidade?

**Larissa Gonçalves Ferreira de Araujo**

*Advogada e graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.*

**RESUMO:** Na década de 1980, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos verificou que a atuação sucessiva do magistrado em ambas as fases da persecução penal poderia ocasionar uma dúvida legítima acerca de sua imparcialidade no processo. Foi sob influência desses precedentes que se iniciou um processo de reforma legislativa em diversos países da Europa e, até mesmo, da América Latina. Somente em 2019, todavia, o Brasil introduziu o Juiz de Garantias em seu ordenamento jurídico, tendo por finalidade precípua a adequação da legislação interna à nova ordem constitucional, que definiu o processo penal como acusatório. Muito embora a adoção do instituto processual tenha sofrido diversas críticas desde então, é perceptível que a sua implementação encontra fundamento nos preceitos constitucionais, bem como nos tratados internacionais, e representa a verdadeira busca pela maximização do princípio da imparcialidade. Nesse contexto, verifica-se que, conforme estudos apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, é cognoscível que o Juiz de Garantias encontra um terreno fértil para sua adoção no Brasil, de modo que todos os indícios apontam para o seu sucesso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal. Sistema Acusatório. Imparcialidade. Juiz de Garantias.

**ABSTRACT:** In the 1980s, the European Court of Human Rights found that the successive actions of the magistrate in both phases of criminal prosecution could cause a legitimate doubt about his impartiality in the process. It was under the influen-

ce of these precedents that a process of legislative reform began in several countries in Europe and even in Latin America. Only in 2019, however, Brazil introduced the Judge of Guarantees in its legal system, with the primary purpose of adopting domestic legislation to the new constitutional order, which defined the criminal process as accusatory. Although the adoption of this procedural institute has suffered several criticisms since then, it is clear that its implementation is based on constitutional principles, as well as on international treaties, and represents the true search for maximization of the principle of impartiality. In this context, it is important to emphasize that, according to studies presented by the National Council of Justice, it is known that the Guarantees Judge finds fertile ground for its adoption in Brazil so that all indications point to its success.

**KEYWORDS:** Criminal Procedure. Accusatory System. Impartiality. Judge of Guarantees.

## 1 INTRODUÇÃO

Muito embora o denominado “Pacote Anticrime” tenha tido como objetivo fundamental o recrudescimento do poder estatal, tem-se que, paradoxalmente, alguns dos pontos do Projeto de Lei n. 8.045/10 lhe foram incorporados. Entre eles, o instituto do juiz de garantias.

Sob a perspectiva do direito comparado, verifica-se que a implementação dessa figura processual no ordenamento jurídico pátrio representa uma verdadeira “tradução legal” do juiz da instrução, de origem europeia. É que, na década de 1980, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos constatou que a atuação excessiva do magistrado nas fases investigativa e processual conduziria à formação de um juízo de culpabilidade, capaz de interferir diretamente na imparcialidade do julgador, o que resultou na implementação do denominado juiz da instrução.

Por influência desses precedentes, diversos países europeus iniciaram um processo de reforma em suas legislações domésticas, com o objetivo de garantir que a imparcialidade subjetiva

e objetiva do magistrado estivesse a salvo. Todo esse processo serviu de inspiração para diversos países latino-americanos, que passaram a introduzir o juiz de garantias no ordenamento local como forma de aproximação ao sistema acusatório.

No Brasil, a implementação desse instituto processual também revela a necessidade de adequação do Código de Processo Penal à ordem constitucional de 1988. Afinal, ainda é nítida a estrutura ideológica da década de 1940, que guarda consigo diversas marcas de um sistema essencialmente inquisitório.

Dessa forma, a adoção do juiz de garantias apresenta como principal finalidade a proteção dos direitos individuais, bem como o controle da legalidade durante a investigação criminal. Assim, a separação do procedimento em duas fases distintas busca, fundamentalmente, impedir que um mesmo juiz tenha contato com os elementos investigativos e, posteriormente, venha a atuar na ação principal.

Diante disso, tem-se que o instituto processual altera a regra de prevenção da competência, considerada incompatível com o princípio da imparcialidade, e a substitui pela denominada regra de impedimento.

## 2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Os sistemas processuais penais constituem um conjunto de princípios e regras constitucionais, que, com base no momento político vivenciado pelo Estado, irão estabelecer a devida aplicação do direito penal no caso concreto (RANGEL, 2019, p. 121). É justamente por isso que, para Goldschmidt, a estrutura do processo penal de um país representa um verdadeiro termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição (GOLDSCHMIDT, 1936 *apud* LOPES JR., 2019a, p. 35). Vejamos:

Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. **Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.** Partiendo de esta

experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. [...] **El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del derecho pasado al derecho del futuro** (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 109, sem grifos no original).

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. ainda ressalta que:

**Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo**, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais (LOPES JR., 2019b, p. 183).

Historicamente, o sistema acusatório prevaleceu até meados do século XII, sendo substituído, de forma gradativa, pelo modelo inquisitório, que predominou com plenitude até o final do século XVIII, momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos (LOPES JR., 2019a, p. 43).

De modo geral, a doutrina costuma distinguir os sistemas processuais penais de acordo com a titularidade atribuída ao órgão da acusação. Isso porque, enquanto, no modelo inquisitorial, as funções de acusação e de julgamento estão reunidas em uma só pessoa (ou órgão), no modelo acusatório, tais papéis são reservados a pessoas (ou órgãos) distintos (PACELLI, 2017, p. 3).

Todavia, Aury Lopes Jr. (2019a, p. 206) destaca a insuficiência de tal concepção, por considerar que o núcleo fundante do processo seria, na verdade, a gestão da prova. O autor defende que esse elemento é que definiria os sistemas processuais em acusatório, inquisitório ou misto.

É que de nada serve a separação inicial das funções de acusar e julgar se o juiz puder atuar de ofício na gestão das provas. Assim, tem-se que o princípio inquisitivo estará configurado

sempre que o poder instrutório estiver nas mãos do julgador, enquanto o princípio dispositivo restará caracterizado, por sua vez, quando o núcleo fundante estiver, essencialmente, nas mãos das partes (COUTINHO, 2001 *apud* LOPES JR., 2019a, p. 426).

## 2.1 Sistema Processual Penal Brasileiro

Com a Constituição Federal de 1988, não restaram dúvidas quanto à natureza do sistema processual brasileiro. A nova ordem constitucional definiu o processo penal como acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo legal.

Nesses termos, o próprio STF, atuando como guardião da Constituição Federal, já se manifestou sobre os limites na atuação do magistrado frente ao sistema acusatório:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. **MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.** INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERACÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA.

1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que **impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória.** Doutrina. Lei 12.830/2013.

2. Ordem concedida (BRASIL, 2013a, sem grifos no original).

Ocorre que a Constituição Federal, que institui como informador o princípio acusatório, não foi capaz de afastar o autoritarismo já existente no Código de Processo Penal brasileiro, de modo a adequá-lo aos parâmetros legitimamente democráticos (SALEM FILHO, 2020, p. 23).

Desse modo, são diversos elementos que indicam a tradição inquisitiva do Código de Processo Penal, que ainda guarda consigo a ambientação cultural, ideológica e política vivenciada na década de quarenta. Entre as marcas dessa raiz inquisitorial, podemos citar, por exemplo, a possibilidade de o magistrado atuar de ofício, como um verdadeiro acusador, podendo requisitar a investigação, reconhecer agravantes que sequer haviam sido postuladas, bem como requerer a condenação, ainda que o Estado-acusação tenha pedido pela absolvição (GIACOMOLLI, 2015).

Contudo, convém pontuar que o cenário ora apresentado ganhou novos rumos diante da Lei n 13.964/19. Isso porque o art. 3-A (BRASIL, 1941) tornou pacífica a discussão quanto à adoção do sistema acusatório pelo processo penal brasileiro, o que ocasionou, conseqüentemente, a revogação ou a reinterpretação de diversos dispositivos presentes no CPP que ainda detinham elementos inquisitórios.

### 3 OS PRINCÍPIOS ACUSATÓRIOS E AS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIIS NO BRASIL

O Código de Processo Penal, idealizado durante o período da ditadura do Estado Novo, obteve forte influência da inspiração fascista presente no Código Rocco italiano, de modo que essa estrutura ideológica ainda permanece em nossa “normatividade ordinária, no ensino jurídico, na jurisprudência e nas atividades dos sujeitos, na *law in action*” (GIACOMOLLI, 2015, p. 146).

No momento atual, o Brasil é o único país da América Latina que ainda não promoveu uma reforma processual penal ampla e direcionada à adoção plena do sistema acusatório. Como reflexo desse cenário, tem-se a nítida incongruência, em diversos

aspectos, entre o Código de Processo Penal brasileiro e a ordem constitucional implementada pela Carta Magna em 1988.

O país, todavia, deu início a uma série de reformas parciais ao longo desses anos, que resultaram em uma verdadeira colcha de retalhos. Sobre essa conjuntura, Jacinto Coutinho pondera que:

[...] reformas parciais – com boas intenções ou não – tendem a destruir os sistemas (ou quase) se eles não são levados em consideração, justo porque os elementos que o integram estão umbilicalmente relacionados entre si, de modo a qualquer alteração produzir reflexos gerais e, por isso, produzem-se “furos” que o desfiguram. Desfigurado, por outro lado, escapa da lógica que o preside e, por isso, não se faz compreensível facilmente por todos, como é de se esperar de uma estrutura organizada para tanto (COUTINHO, 2015, sem grifos no original).

Muito embora as reformas parciais tenham ocasionado algumas fissuras, Giacomolli (2015, p. 160) acredita que a base epistemológica da década de 1940 ainda permanece incólume, com frágeis interrogantes constitucionais.

Diferentemente da Itália, em que o legislador pós-fascista reestabeleceu uma série de garantias no âmbito processual penal, o Brasil permaneceu com uma estrutura totalmente estagnada, sem que acompanhasse as mudanças do cenário nacional e mundial. Assim, pode-se dizer que o perfil do CPP brasileiro continua sendo essencialmente inquisitório, principalmente no que tange à prova e à atuação do magistrado.

### 3.1 O Código de 1941 e a Tradição Inquisitiva

Em nome da verdade real, o ordenamento jurídico brasileiro permite que, por diversas vezes, o magistrado ocupe simultaneamente a função de acusador e julgador. Pois bem.

Logo de início, cumpre ressaltar todo o embate existente em torno do conteúdo do art. 156 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Isso porque o dispositivo em análise prevê a

possibilidade de o juiz requerer, de ofício, a produção de provas mesmo antes de iniciada a ação penal.

Ocorre que a busca pela verdade substancial do fato, sem qualquer requerimento das partes, permite que o magistrado profira decisões extremamente equivocadas pelo seu prévio conhecimento sobre o fato. Sobre a matéria, Luigi Ferrajoli sustenta que:

É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal (FERRAJOLI, 2002, p. 38).

O juiz, ao receber a denúncia e os autos do inquérito, constrói, inevitavelmente, uma imagem mental dos fatos. Segundo a teoria da dissonância cognitiva, explicada por *Schünemann*, a tese apresentada pela defesa gera uma relação contraditória, diante da qual o magistrado poderá adotar duas posturas distintas: de um lado, poderá evitar determinadas informações que acentuem tal incoerência; mas por outro lado, o juiz também poderá buscar elementos capazes de reduzir tal “dissonância” (LOPES JR., 2019a, p. 101).

A possibilidade de o juiz requerer provas de ofício reflete exatamente um dos cenários acima. Isso porque essa atuação do magistrado representa, na verdade, seu desejo em encontrar a confirmação do que lhe foi apresentado primeiramente pela acusação, de modo que a sua imparcialidade se torna extremamente comprometida.

Quando há o rompimento do equilíbrio psíquico, o magistrado responde a isso através de processos cognitivos comportamentais involuntários. É justamente por isso que o efeito da perseverança ou, até mesmo, da busca seletiva de informações apenas reflete a necessidade do julgador em encontrar seu equilíbrio cognitivo (SCHÜNEMANN, 2012 *apud* PODCAST IMPROVÁVEL, 2020).

No estudo empírico realizado por *Schünemann*, constatou-se que cerca de 75% dos juízes que conheciam os autos da investigação condenaram o réu na fase de instrução e julgamento; enquanto 66% daqueles que não tinham qualquer conhecimento prévio absolveram o réu (SCHÜNEMANN, 2012 *apud* PODCAST IMPROVÁVEL, 2020).

Através desse exame também foi possível observar que o contato do magistrado com os elementos investigativos pode interferir, da mesma forma, na qualidade da prova produzida em juízo. Isso porque cerca de 85% dos juízes deram mais atenção a essa prova quando não tinham qualquer conhecimento prévio sobre o fato apurado (SCHÜNEMANN, 2012 *apud* PODCAST IMPROVÁVEL, 2020).

Dessarte, a teoria da dissonância cognitiva apenas comprova a tese de que a originalidade cognitiva do julgador permanece, de fato, prejudicada diante do seu contato com os elementos produzidos na investigação. Os dados demonstram, de forma clara, que o juiz tende a favorecer a hipótese acusatória, haja vista a busca pela autoconfirmação dos conhecimentos previamente obtidos.

Nessa mesma esteira, também não se pode negar a natureza inquisitória do art. 385 do CPP (BRASIL, 1941). É que o dispositivo em questão autoriza que o juiz decrete, de ofício, a prisão preventiva ou até condene, mesmo diante do pedido de absolvição do Ministério Público – de modo a permitir que o magistrado ocupe, novamente, a função de acusador dentro do processo.

Quanto a esse dispositivo, parcela da doutrina nacional entende ele não teria sido recepcionado pela ordem constitucional de 1988, haja vista que a posição ocupada pelo magistrado não seria compatível com o sistema acusatório ora descrito.

Atualmente, todavia, os arts. 156 e 385 do CPP se encontram tacitamente revogados pela Lei n. 13.964, haja vista a incompatibilidade desses dispositivos com o processo penal acusatório, em que é vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação, bem como a sua atuação probatória *ex officio*.

Diferentemente do que podia se inferir através do art. 156 do CPP (BRASIL, 1941), o inciso VII do art. 3-B também deixou claro que compete ao juiz apenas decidir sobre a produção antecipada de provas, devendo haver, conseqüentemente, a provocação prévia da parte interessada (MAYA, 2020, p. 99).

Outrossim, muito embora o art. 155 do CPP (BRASIL, 1941) tenha vedado a utilização exclusiva de elementos investigatórios para fundamentar uma eventual decisão condenatória, não é isso que se verifica na prática forense.

A partir de uma experiência profissional e acadêmica nas Varas Criminais de Maceió/AL, ventilou-se a possibilidade de que um índice superior a 80% das sentenças penais condenatórias utilizava-se, direta ou indiretamente, dos elementos informativos oriundos da fase investigativa, muitos dos quais não eram repetidos no curso do processo penal (SAMPAIO *et al.*, 2020, p. 179). Desse modo, o convencimento judicial se fundamentaria a partir de elementos produzidos em um expediente inquisitório, discricionário e, via de regra, unilateral — sem a observância, portanto, das garantias constitutivas de um processo penal acusatório e legitimamente democrático.

Como bem ressaltado por Franco Cordero (1986, p. 51), esse modelo permite que o juiz desenvolva o chamado “quadro mental paranóico”, através do qual o magistrado busca por provas necessárias apenas para justificar uma decisão previamente tomada, de modo que praticamente não há espaço para a defesa e o contraditório.

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr. ainda destaca que:

Quando o juiz, em dúvida, afasta o *in dubio pro reo* e opta por ir atrás da prova (juiz-ator=inquisidor), ele decide primeiro e depois vai atrás dos elementos que justificam a decisão que ele já tomou (LOPES JR., 2014).

Por todo o exposto, o autor (LOPES JR., 2019a, p. 52) entende que o processo penal brasileiro seria essencialmente neoinquisitório, haja vista que a fase processual teria como princípio informa-

dor o inquisitivo, em que a gestão da prova estaria nas mãos do juiz, sem qualquer distinção entre as funções de acusar e julgar.

Segundo Salem Filho (2020, p. 24), o Brasil enfrenta, atualmente, uma crise quanto à teoria das fontes, de modo que “[...] já não se sabe onde estão os valores supremos a serem protegidos, se na Constituição ou nas leis, que, na teoria, lhe devem reverência.” É justamente por isso que, para o autor, a constitucionalização do processo penal somente seria possível se houvesse uma transformação da mentalidade inquisitória, bem como de toda a política-pública penal autoritária.

Diante desse cenário, cumpre ressaltar que surgiram, em alguns estados, as chamadas “Varas de Inquérito Policial”, com o intuito de que o magistrado atuasse exclusivamente durante a investigação preliminar, exercendo o controle jurisdicional sobre os inquéritos policiais e decidindo sobre as medidas cautelares anteriores à ação penal (BARBOSA, 2020, p. 15).

Todavia, com o recebimento da acusação, o exame a ser efetuado ocasiona, inevitavelmente, uma “[...] aproximação do magistrado com os elementos indiciários da investigação, em especial porque o juiz não terá outra alternativa que não a de buscar nos autos do inquérito policial [...] o material de convencimento do *fumus comissi delicti*.” (MAYA, 2014, p. 205).

Notadamente, a adoção do juiz das garantias busca, dentre outros objetivos, superar a contaminação do juiz do processo pelos elementos colhidos durante a fase pré-processual, de modo a criar mecanismos que ajudem a promover a imparcialidade do magistrado durante o julgamento de mérito (BARBOSA, 2020, p. 14).

Isso porque o critério da prevenção, previsto nos arts. 75 e 83 do CPP, permite que o magistrado que acompanhou e tomou decisões durante a fase de investigação torne-se prevento para atuar na ação principal. Ou seja, no cenário atual, em que o instituto do juiz de garantias se encontra suspenso, a originalidade cognitiva do julgador resta claramente comprometida, na medida em que é inevitável a formação de um juízo prévio, tendo por

base os elementos já colhidos na investigação. Sobre essa problemática, André Machado Maya pontua que:

[...] é concreto o risco de aproximação subjetiva do juiz aos órgãos acusatórios e, assim, de desequilíbrio da relação de equidistância que caracteriza a imparcialidade. Isso porque, por ocasião da instrução criminal, o magistrado que formou um convencimento prévio sobre o fato naturalmente tenderá a ser mais receptivo às provas que confirmam a sua hipótese, em detrimento das provas em sentido contrário, e assim, estará inviabilizada a paridade de armas que deve marcar a disputa em contraditório entre as partes (MAYA, 2020, p. 38).

### 3.2 A Constituição Federal e os Princípios Acusatórios: Juiz Natural e Imparcialidade

Com origem no Direito anglo-saxão, o princípio do juiz natural representa um verdadeiro princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito. Expressamente previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVII e LIII (BRASIL, 1988), esse princípio consiste na garantia de que todo e qualquer cidadão tenha conhecimento de qual autoridade irá processá-lo e julgá-lo diante da prática de um ato considerado típico, ilícito e culpável.

Intimamente relacionado com o princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), o princípio do juiz natural proíbe que seja instituído órgão do Poder Judiciário, exclusiva ou casuisticamente, para o processo e julgamento de determinada infração penal (PACELLI, 2017, p. 34). É justamente por isso que, para Jacinto Coutinho (2008, p. 168), as regras estabelecidas pelo juiz natural buscam, essencialmente, extinguir os privilégios das justiças senhoriais (foro privilegiado), bem como afastar a criação de tribunais de exceção.

Sobre esse princípio, Eugênio Pacelli ressalta que:

As regras do juiz natural dizem respeito às **determinações constitucionais acerca da jurisdição brasileira, no âmbito da competência em razão da matéria e em razão da prer-**

**rogativa de função, bem como da proibição do juiz ou tribunal de exceção, consequência óbvia do princípio da impessoalidade** que subordina as relações Estado/administrado, e, assim, também, Estado/jurisdicionado (PACELLI, 2017, p. 35, sem grifos no original).

Nesse mesmo diapasão, tem-se que os princípios da independência e imparcialidade do magistrado constituem, igualmente, um dos pilares fundamentais para o pleno exercício da jurisdição. Esses elementos evidenciam a busca por um julgamento justo e legítimo, sem quaisquer arbitrariedades e abusos por parte do poder punitivo estatal.

Nesses termos, a Convenção Americana de Direitos Humanos – da qual o Brasil é signatário – prevê, em seu art. 8.1, que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CADH, 1969, sem grifos no original).

A investidura de um juiz imparcial, enquanto pressuposto de validade da relação processual, representa uma verdadeira garantia para as partes que atuam no processo, nos termos do art. 5º, XXXVII, da Carta Constitucional (BRASIL, 1988).

Sobre a relevância dessa garantia, Marcos Alexandre Zilli ressalta que:

Caracteriza-se pelo desinteresse subjetivo do juiz diante do caso posto a julgamento, ficando este impedido de servir aos interesses subjetivos de alguma das partes processuais. Deve, por consequência, atuar como um observador desapassionado, exercendo o poder jurisdicional com isenção sem permitir que fatores alheios interfiram na condução da marcha processual e no conteúdo de sua decisão (ZILLI, 2003, p. 140).

Como visto anteriormente, muito embora a imparcialidade seja claramente sacrificada no modelo inquisitório, o sistema acusatório preza por essa prerrogativa, de modo que uma de suas características é justamente a separação inicial das funções de acusar e julgar, bem como o afastamento do juiz da atividade instrutória.

Por sua vez, a independência do magistrado, disposta no art. 2º da Carta Magna (BRASIL, 1988), permite que o julgador se situe no processo como um terceiro, tendo como função precípua a garantia do efetivo contraditório entre acusador e acusado. É por isso que o distanciamento entre o juiz e os demais poderes do Estado é considerado imprescindível para que a imparcialidade seja plenamente alcançada.

Para Zaffaroni (2000, p. 86), a imparcialidade constitui a própria essência da jurisdição, de modo que não é possível que a jurisdição seja, ao mesmo tempo, parcial e cumpra eficazmente sua função. Assim, sem imparcialidade não há que se falar em jurisdição.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha já pontuou que “[...] *la imparcialidad judicial es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma: ‘Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional’*” (CORDÓN MORENO, 2002, p. 109).

Diante do monopólio da prestação jurisdicional criminal, torna-se perceptível a incansável busca por mecanismos que assegurem, de fato, as garantias estruturantes do devido processo legal, tais como o juiz natural, independente e imparcial. Sobre esse cenário, Giacomolli ainda ressalta que:

[...] o princípio da exclusividade da jurisdição criminal, diferentemente do que se verifica nas hipóteses de soluções em matérias de natureza privada, abrange ainda as outras esferas de Poder do Estado, em especial o Legislativo, visto que somente ao legislador é dado estabelecer as condutas puníveis e as sanções criminais, não havendo, fora da esfera legislativa, tipicidade criminal e, por consequência,

atividade sancionadora constitucionalmente legítima (GIA-COMOLLI, 2016 *apud* MAYA, 2020, p. 27).

Nesse diapasão, o juiz de garantias surge com o intuito de assegurar a legalidade da investigação criminal, bem como de salvaguardar os direitos fundamentais do acusado, de modo que o juiz da investigação seja distinto daquele que irá atuar na fase processual.

Desde 2009, buscava-se, através do Projeto de Lei n 156/09, implementar o instituto do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro. Ocorre que, apesar de o texto ter sido aprovado pelo Senado Federal, o mesmo ainda se encontra, desde 22.12.2010, em análise na Câmara dos Deputados.

Somente em 2019 o Brasil veio a introduzir o juiz de garantias no Código de Processo Penal, por meio da Lei n 13.964/19. Muito embora o Pacote Anticrime tenha tido como finalidade precípua o recrudescimento do poder punitivo estatal, tem-se que alguns pontos do PL n 8.045/10 lhe foram incorporados. Entre eles, o juiz de garantias.

Assim, caminhando em sentido oposto aos demais países da América Latina, o Brasil introduziu o instituto do juiz de garantias sem que houvesse uma reforma global da legislação processual penal.

Ressalte-se, todavia, que, em 2020, o Ministro Luiz Fux (Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal) suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras relativas ao juiz de garantias, por entender que esse instituto “[...] altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em tal nível que demanda uma completa reorganização da justiça criminal do país.” (BRASIL, 2020a, p. 21).

### 3.3 Imparcialidade X Neutralidade

A imparcialidade, enquanto pressuposto de validade do processo, constitui um elemento substancialmente incontrolável. Cabe, portanto, à legislação definir critérios objetivos aptos

a identificar uma possível contaminação subjetiva do juiz, o que pode vir a justificar, inclusive, o seu afastamento no caso concreto (MAYA, 2008, p. 4295).

Já a neutralidade, inexistente nas relações sociais, representa uma verdadeira utopia, haja vista que o magistrado, no ato de julgar, também “[...] implode em suas questões existenciais, em seus porquês, em suas emoções, nos sentidos que busca da vida e nas próprias expectativas e intenção que pretende comunicar na sentença.” (GIACOMOLLI; DUARTE, 2006, p. 290).

Nesse mesmo sentido, Zaffaroni ressalta que:

É insustentável pretender que um juiz não seja cidadão, que não participe de certa ordem de ideias, que não tenha uma compreensão do mundo, uma visão da realidade. Não é possível imaginar um juiz que não a tenha, simplesmente porque não há homem que não a tenha (ZAFFARONI, 1995 *apud* BOUJIKIAN, 2020).

Sobre o assunto, Aury Lopes Jr. (2019a, p. 96) entende que a imparcialidade seria uma construção técnica artificial do direito processual, que teria como principal objetivo a criação de um terceiro equidistante das partes. Por sua vez, a neutralidade inexistiria nas relações sociais, haja vista que o magistrado seria um “juiz-no-mundo”.

Assim, muito embora seja impossível exigir que o magistrado atue de forma neutra no processo, tem-se que a imparcialidade deve ser obrigatoriamente pleiteada, de modo que “[...] o juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira e qual é falsa.” (FERRAJOLI, 2002, p. 462).

A jurisprudência pátria tem entendido que a imparcialidade também não deve ser confundida com decisões contrárias aos interesses do réu, isso porque “[...] não se pode considerar um Magistrado suspeito por decidir de acordo com tese jurídica que considera correta, pois se estaria atingindo o exercício da atividade jurisdicional.” (BRASIL, 2016a).

Nesse mesmo sentido, vejamos:

[...] 4. A alegada quebra do dever de imparcialidade, por razões não declaradas pelo magistrado e supostamente diversas das subjacentes à real motivação de suas decisões, é deveras controvertida, uma vez que se trata de decisões motivadas, proferidas no exercício independente da atividade jurisdicional e impugnáveis por recurso ou ação autônoma.

5. Decisão judicial em que se justifique a escolha de uma interpretação possível não é apta, por si só, a gerar a suspeição de seu prolator, e sua revisão pelas instâncias superiores não significa que o magistrado tenha atuado de forma direcionada a prejudicar o recorrente (BRASIL, 2016b, sem grifos no original).

Nesse contexto, verifica-se que a fundamentação das decisões judiciais representa um verdadeiro termômetro capaz de aferir a imparcialidade do magistrado, haja vista que, por meio da motivação, o exercício da atividade jurisdicional pode ser plenamente avaliado, não só pelas partes, mas também pela própria sociedade.

Esse termômetro visa, também, a resguardar tanto o juiz como as partes do processo. Isso porque o magistrado não poderá ser considerado parcial simplesmente por divergir dos fundamentos apresentados, e as partes terão a garantia de que aquela decisão foi devidamente embasada em elementos fáticos e jurídicos colacionados nos autos.

#### 4 JUIZ DE GARANTIAS: FUNDAMENTOS E ORIGEM

Como suscitado anteriormente, o juiz de garantias foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei n 13.964/19, tendo como função precípua a proteção dos direitos individuais, bem como o controle da legalidade durante a investigação criminal. Após o processo de redemocratização em diversos países da América Latina, essa figura processual, que teve origem na Europa, serviu de inspiração para as reformas penais latino-americanas (MAYA, 2020, p. 135).

Com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, diversos países, signatários desse sistema regional, alteraram suas legislações internas, para introduzir a figura de um juiz competente por tutelar a fase pré-processual. Isso porque percebeu-se que a reunião das competências de investigação e julgamento em um mesmo magistrado afetava diretamente sua imparcialidade.

Seguindo essa tendência, a atuação do juiz de garantias no Brasil também estaria restrita à fase pré-processual. Após o recebimento da denúncia ou queixa, outro juiz seria considerado competente para a instrução e julgamento do processo, como uma forma de impedir a sua contaminação subjetiva com os elementos informativos produzidos na investigação (MAYA, 2020, p. 137).

Nesse contexto, tem-se que a adoção do instituto processual no âmbito nacional busca, além de adequar o CPP à ordem constitucional, também promover o julgamento imparcial, garantia fundamental à luz do Estado Democrático de Direito.

Dessarte, muito embora o modelo de persecução penal brasileiro seja distinto daquele verificado nos países europeus, é perceptível que, tanto o juiz de garantias como o juiz de instrução apresentam um único objetivo: a maximização do princípio da imparcialidade.

#### **4.1 A influência dos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos**

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Europa, assim como diversos continentes, promoveu a criação de sistemas regionais de direitos humanos com o intuito principal de complementar o sistema já existente da Organização das Nações Unidas – ONU. Nesse cenário, o denominado Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) representa o órgão jurisdicional do sistema europeu, sendo responsável pela proteção dos princípios previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Na década de 1980, esse Tribunal verificou que o contato do magistrado com o material produzido na investigação poderia gerar um risco concreto de quebra da imparcialidade (MAYA, 2020, p. 24). Esse questionamento surgiu após se perceber que atuação excessiva do juiz, tanto na fase investigativa quanto na fase processual, conduziria à formação de um juízo de culpabilidade que justificaria a dúvida quanto à perda da sua imparcialidade.

Ao formar sua orientação jurisdicional, o TEDH teve como preocupação não apenas garantir a imparcialidade do juiz no seu foro íntimo, mas também preservar a confiança da sociedade nas decisões jurisdicionais. Isso porque não basta que o juiz seja imparcial, é necessário que essa imparcialidade seja exteriorizada através de suas condutas.

No caso emblemático de *Piersack vs. Bélgica* (TEDH, 1982), o Tribunal Europeu considerou a imparcialidade sob dois diferentes aspectos: o subjetivo, que estaria relacionado com a convicção pessoal do juiz no caso concreto; e o objetivo, que, por sua vez, estaria associado com as garantias oferecidas pelo juiz, que deveriam ser suficientes para excluir qualquer dúvida legítima sobre a imparcialidade de seu desempenho.

Sobre a matéria, Aury Lopes Jr. (2019a, p. 73) destaca que a imparcialidade subjetiva diz respeito à “[...] convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de pré-juízos”; enquanto a imparcialidade objetiva considera “[...] se tal juiz encontra-se em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca da sua imparcialidade.”

Quanto ao caso em apreço, verifica-se que o juiz, antes de se tornar julgador do processo, havia atuado como órgão do Ministério Público, ocasião em que participou da investigação do caso. Ora, não se pode ter um julgador que atue simultaneamente como órgão de acusação e como juiz, haja vista que isso violaria os preceitos do modelo acusatório, bem como interferiria diretamente na credibilidade da prestação jurisdicional.

Sobre a aparência da imparcialidade, Cordón Moreno destaca que:

[...] deve evitar-se que este juízo oral (fase decisiva do processo) perca sua virtude ou macule sua imagem externa, como pode ocorrer se o juiz chega a essa fase com impressões ou preconceitos nascidos na instrução ou se chega a ser criada, com certo fundamento, uma aparência de que essas impressões e preconceitos existem (MORENO, 2002, p.116).

A investigação preliminar permite o contato direto do magistrado com o sujeito passivo e com os fatos imputados, o que pode influenciar diretamente no momento do julgamento, haja vista que é inevitável a construção de uma série de pré-julgamentos e impressões contra ou a favor do imputado (LOPES JR., 2007, p. 132).

O Supremo Tribunal Federal também já entendeu, no HC 94.641, que a atuação *ex officio* do magistrado em atos de natureza instrutória estaria apta a violar sua imparcialidade no caso concreto, haja vista ausência de originalidade cognitiva (LOPES JR., 2019a, p. 76). Analisemos um trecho do voto-vista do Min. Cesar Peluso:

[...] pelo conteúdo da decisão do juiz, restara evidenciado que ele teria sido influenciado pelos elementos coligidos na investigação preliminar. Dessa forma, considerou que teria ocorrido hipótese de ruptura da denominada imparcialidade objetiva do magistrado, cuja falta incapacita-o, de todo, para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida (BRASIL, 2008, sem grifos no original).

Por sua vez, no caso *Hauschildt vs. Dinamarca* (1989), o TEDH tomou um posicionamento diverso daquele que vinha sendo tomado. Na ocasião, a Corte Europeia considerou que o simples fato de o juiz ter proferido decisões na fase pré-processual não justificaria, por si só, o receio das partes quanto à perda da imparcialidade. Vejamos:

[...] o tão só fato de o juiz do caso ou a Corte de Apelação terem ordenado, anteriormente, a detenção provisória do acusado, ou atuado em outras questões procedimentais, não poderia ser tomado, de forma razoável, como algo que pudesse interferir na imparcialidade do julgador. De qualquer forma, a imparcialidade do juiz deve ser presumida até que se constitua prova em contrário [...] (TEDH, 1989, §§44 e 47, sem grifos no original).

Assim, ao longo de diversos julgamentos, o TEDH formou o entendimento de que a perda da imparcialidade do juiz estaria restrita à prolação de decisões que exigissem, de fato, uma convicção quase plena acerca da responsabilidade penal do acusado. Isso porque não é o simples contato do julgador com a prova que irá afetar a sua imparcialidade, mas sim a sua contaminação subjetiva, que impõe a formação de um juízo prévio a respeito do fato delituoso (MAYA, 2020, p. 64).

Muito embora oscilante, a jurisprudência da Corte Europeia influenciou na legislação doméstica de vários países signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de modo que se iniciou um movimento de reforma das legislações processuais penais (MAYA, 2020, p. 63).

## 4.2 A Problemática dos Transplantes Jurídicos

Sob a perspectiva do direito comparado, o termo “transplante jurídico” se consagrou como uma expressão icônica através dos estudos realizados por Alan Watson (1993 *apud* VIEIRA, 2018, p. 771), que se empenhou em explicar a transferência, o empréstimo e a imposição das regras jurídicas no contexto do mundo globalizado.

Sobre a matéria, Máximo Langer (2017, p. 27) explica que a denominação “tradução legal” seria considerada mais adequada para explicar esse fenômeno do direito comparado. Isso porque, segundo o autor, a metáfora “transplante legal” transmitiria a noção de que as ideias e instituições poderiam ser simplesmente “recortadas e coladas” entre os diferentes sistemas jurídicos.

Muito embora a adoção do juiz de garantias por diversos países latino-americanos seja apreciada como um avanço em direção ao sistema acusatório, torna-se imprescindível analisar essa manifestação de forma individualizada e contextualizada.

Isso porque a despreziosa reprodução de um instituto processual pode se tornar uma problemática a partir do momento em que não leva em consideração as estruturas política, econômica e cultural de cada país (GIACOMOLLI, 2016, p. 314). Por sua vez, a mudança drástica de suas ideias e instituições com o objetivo de adequá-las ao sistema jurídico também pode resultar em um cenário bastante complexo diante de uma verdadeira mutação jurídica.

Notadamente, a implementação do juiz de garantias em solo latino-americano representa uma verdadeira reprodução do modelo europeu de juiz de investigação, que obteve, como já exposto, forte influência dos precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (MAYA, 2020, p. 49).

Nos países de colonização hispânica, assim como nos países europeus, sempre existiu a figura de um juiz responsável por conduzir a instrução. No Brasil, diferentemente, o legislador de 1941 adotou o modelo de investigação criminal policial (MAYA, 2020, p. 135), em que a atuação do juiz na fase pré-processual sempre esteve restrita ao controle da legalidade da atividade desempenhada pelo Ministério Público e pela polícia.

Ocorre que, muito embora o modelo de investigação brasileiro seja completamente distinto daquele adotado por alguns países europeus e latino-americanos, isso não afasta a necessidade de implementação do juiz de garantias no Brasil. Sobre a adoção do instituto processual, André Maya explica que:

[...] ainda que aqui não tenhamos o juiz investigador, **temos um juiz que conhece a investigação e, nas inúmeras decisões que é chamado a proferir, analisa os elementos produzidos nessa fase e forma um juízo de adequação e necessidade sobre as medidas cautelares que lhe são postuladas** (MAYA, 2020, p. 136).

De fato, não é possível afirmar que o sucesso do juiz de garantias em outros países irá se reproduzir no Brasil da mesma forma, afinal as traduções jurídicas também envolvem as interações entre pessoas concretas com um conjunto de disposições individuais (LANGER, 2017, p. 38).

É preciso que haja a adequação e compatibilização do juiz de garantias com o modelo processual brasileiro, mas não se pode perder de vista que os fundamentos de sua adoção já encontram respaldo na própria Constituição Federal, bem como no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), da qual o Brasil é signatário.

Outrossim, cumpre destacar que, como bem ressaltado pelo Min. Toffoli na medida cautelar da ADI 6.298 (BRASIL, 2020b), os estudos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (2020) demonstram que, no Brasil, sete tribunais de justiça já apresentam centrais ou departamentos de inquéritos policiais (DIPO), os quais dispõem de uma certa estrutura, com a separação de competência entre as fases investigativas.

Assim, toda essa estrutura já existente em alguns estados poderá, de fato, ser aproveitada na implementação do novel instituto processual. Esses dados só demonstram que a necessidade de adoção do juiz de garantias já é uma realidade em várias regiões do país, que entendem a urgência em promover a imparcialidade do magistrado.

#### **4.3 Lei nº 13.964/19**

Ainda que sob a estrutura de um modelo essencialmente inquisitório, a Lei n. 13.964/19 foi responsável por uma série de alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais. Entre elas, a inclusão do juiz de garantias, figura processual prevista nos arts. 3-B a 3-F do CPP.

O art. 3-B (BRASIL, 1941) estabeleceu, logo de início, um rol exemplificativo das atividades inerentes ao juiz de garantias, de modo a permitir que a originalidade cognitiva do julgador

permaneça preservada por meio da repartição de competências entre o juiz da investigação e o juiz da fase processual.

Como se pode inferir através da leitura dos incisos V e VI do art. 3-B (BRASIL, 1941), caberá ao juiz de garantias decidir sobre todas as medidas cautelares no âmbito da investigação criminal (MAYA, 2020, p. 96), de sorte que o juiz responsável pela instrução e julgamento não terá contato com qualquer desses elementos, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, bem como as medidas de obtenção ou de antecipação de provas.

Destaque-se que, muito embora a Súmula nº 455 do Superior Tribunal de Justiça disponha sobre a possibilidade de produção antecipada de provas urgentes e relevantes, cumpre ressaltar que não cabe ao juiz efetuar essa medida *ex officio*, conforme dispõe o art. 3-B, VII, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que revogou tacitamente o art. 156, I, do mesmo dispositivo.

Assim, com o recebimento da denúncia ou da queixa, o juiz da investigação se torna impedido para atuar no processo, de modo que um outro magistrado, sem qualquer conhecimento prévio das circunstâncias fáticas, irá desempenhar o papel de julgador.

A atuação do juiz de garantias, todavia, não está restrita à garantia da imparcialidade, haja vista que essa figura processual também está diretamente relacionada com a proteção dos direitos fundamentais inerentes ao investigado.

Desse modo, o inciso III do art. 3-B (BRASIL, 1941) prevê que o juiz de garantias deverá zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar, inclusive, que este seja conduzido à sua presença a qualquer tempo. Igualmente, o inciso IV do dispositivo em apreço também dispõe sobre a imediata comunicação ao juiz de garantias quanto à instauração da investigação criminal, como uma forma de tutelar a legalidade do procedimento.

Nesse mesmo diapasão, entende-se que o inciso XV do art. 3-B (BRASIL, 1941) também é considerado um instrumento de proteção aos direitos do investigado na medida em que permite

o acesso da defesa aos autos da investigação, conforme entendimento outrora firmado pela Súmula Vinculante nº 14.

Dessa forma, torna-se perceptível que a atuação do juiz de garantias está intimamente relacionada com os pilares do sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal e, consequentemente, com o Estado Democrático de Direito. Sua adoção busca neutralizar a estrutura inquisitória ainda presente em nossos diplomas legais.

Ocorre que desde a introdução do juiz de garantias em nosso ordenamento jurídico, o instituto processual vem sendo alvo de diversas críticas, bem como do controle concentrado de constitucionalidade.

Muito embora o então Ministro Presidente Dias Toffoli, em sede de medida cautelar, tenha reconhecido a constitucionalidade do juiz de garantias e estendido para 180 (cento e oitenta) dias o prazo de sua implementação, tem-se que o Min. Luiz Fux derubou tal decisão, suspendendo a aplicação da figura processual até o julgamento do plenário.

Na decisão cautelar, que contempla quatro ações diretas de inconstitucionalidade, o Ministro Luiz Fux suscitou, em síntese, que:

a) a Lei n.º 13.964/19 incorreu em inconstitucionalidade material, haja vista que a ausência de dotação orçamentária prévia, somada à inexistência de estudos acerca do impacto na implementação do instituto processual, violariam os arts. 99 e 169 da Constituição Federal, bem como afrontariam o Novo Regime Fiscal da União, instituído pela EC nº 95;

b) a adoção do juiz de garantias também estaria maculada pela inconstitucionalidade formal, nos termos dos arts. 24 e 96 da Constituição Federal, haja vista que seus artigos teriam sido acrescidos “[...] ao projeto de lei por meio de emenda de iniciativa parlamentar, no âmbito do Congresso Nacional.”

Ora, como bem ressaltado por André Machado Maya (2020, p. 132), causa uma certa estranheza a forma como os argumentos

apresentados pelo atual Presidente do STF se restringem a questões meramente orçamentárias e estruturais, e não à adequação do juiz de garantias em relação ao sistema processual acusatório, adotado pela ordem constitucional de 1988.

Somado a isso, cumpre destacar que a Lei nº 13.964/19 sequer dispõe sobre a criação de cargos de magistratura ou de incremento orçamentário do Poder Judiciário. Em sentido oposto, a legislação em apreço prevê, inclusive, um sistema de rodízio de magistrados nas comarcas em que funciona apenas um juiz, como uma forma de solucionar as dificuldades de sua implementação (MAYA, 2020, p. 132 e 133).

Em um estudo sobre o juiz de garantias, o Conselho Nacional de Justiça constatou que cerca de 81% (oitenta e um por cento) das comarcas brasileiras tinham dois ou mais juízes no decorrer de 2018. Assim, o rodízio de magistrados se torna uma possibilidade concreta para garantir a viabilidade do instrumento processual sem que haja a “reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos”, como suscitado pelo Ministro Luiz Fux.

Em sentido oposto ao atual Presidente do STF, o Min. Dias Toffoli sintetiza os estudos realizados pelo CNJ da seguinte forma:

Esses dados demonstram que, diferentemente do que sugerem os autores das ações, **o Poder Judiciário brasileiro dispõe sim de estrutura capaz de tornar efetivos os juízes de garantia. A questão, portanto, não é de reestruturação, e sim de reorganização da estrutura já existente. Não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente.** É disso que se trata (BRASIL, 2020b, sem grifos no original).

Quanto à suscitada inconstitucionalidade formal, tem-se que as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/19 tratam de matéria essencialmente processual penal. Isso porque a regra de impedimento, introduzida pelo juiz de garantias, apenas permite a cisão do procedimento em duas partes distintas, de modo a

obstar a atuação de um mesmo magistrado na fase investigativa e processual (MAYA, 2020, p. 133).

Assim, considerando que a introdução do juiz de garantias dispõe sobre regras de competência e julgamento, não há que se falar em vício formal, na medida em que compete privativamente à União Federal legislar sobre matérias tipicamente processuais penais (art. 22, I, da Constituição Federal). Vejamos um trecho da decisão cautelar proferida pelo Ministro Dias Toffoli, que também entendeu pela constitucionalidade do instituto do juiz de garantias:

*Nessa esteira, mostra-se formalmente legítima, sob a óptica constitucional, a opção do legislador de, no exercício de sua liberdade de conformação, instituir no sistema processual penal brasileiro, mais precisamente no seio da persecução criminal, a figura do “juiz das garantias” (BRASIL, 2020b, sem grifos no original).*

Trata-se, portanto, de uma legítima opção feita pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, que, de modo algum, afeta o necessário combate à criminalidade.

Apenas passará a existir uma divisão de competência funcional entre os juízes na seara criminal, como já ocorre em vários países do mundo. Um juiz atuará durante a fase de investigação no controle da legalidade e da garantia dos direitos fundamentais, e outro, durante a instrução do processo e em seu julgamento. Mas ambos são juízes independentes e com todas as garantias da magistratura, previstas no art. 95 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Os dispositivos em análise introduziram um novo instituto ao processo penal brasileiro e, com ele, um microsistema que contém regras gerais de competência e de julgamento, matérias de natureza tipicamente processual criminal. Ao assim dispor, o legislador federal atuou, portanto, pautado na competência que lhe é atribuída pelo art. 22, I, da Constituição (BRASIL, 1988).

De fato, a introdução do juiz de garantias pode exigir um tempo para implementação de suas medidas, afinal, a reorganização de uma estrutura vigente desde a década de 1940 pode demandar um prazo maior de transição. Todavia, essa modificação sistêmica é extremamente necessária e encontra fundamento, como dito anteriormente, no modelo acusatório adotado pela Constituição Federal.

Destaque-se, inclusive, que o Conselho Nacional de Justiça instituiu um projeto voltado ao estudo dos efeitos, bem como da aplicação da Lei nº 13.964/19. Os tribunais, magistrados, associações e outros órgãos puderam enviar diversas sugestões acerca da implementação do juiz de garantias. Entre elas, a “[...] adoção de unidades centralizadas com competência para a análise do flagrante até o recebimento da denúncia” (centrais de inquéritos regionais); a digitalização rápida e prioritária dos processos e, por fim, a implementação do juiz de garantias somente para os inquéritos policiais e processos novos.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que o aumento progressivo dos processos eletrônicos já é uma realidade no Brasil, tendo em vista que, em 2018, apenas 16,2% dos novos processos criminais ingressaram fisicamente. Sem dúvidas, esses dados são muito positivos para a implantação do juiz de garantias, que encontra um terreno fértil para sua viabilidade.

Dessa forma, verifica-se que a implementação do juiz de garantias não se trata meramente de um “*cherry picking*”, como suscitado pelo Min. Luiz Fux. Isso porque a sua adoção não se baseia, fundamentalmente, no sucesso de outros países, estando intimamente relacionada com os preceitos constitucionais e com os princípios expressamente previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual o Brasil ratificou.

## 5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, verifica-se que a atuação dos Tribunais Supranacionais foi considerada essencial para o processo de atualização legislativa que se sucedeu nos países europeus

e latino-americanos, que teve como objetivo a adequação do ordenamento jurídico aos padrões democráticos contemporâneos (MAYA, 2020, p. 139).

Diferentemente dos demais países da América Latina, que efetuaram reformas globais no Código de Processo Penal, a Lei nº 13.964/19 representa, na verdade, a tendência do Brasil de alterar a legislação ordinária através de reformas parciais pontuais.

Ao contrário das informações comumente disseminadas, a adoção do juiz de garantias não se baseia, substancialmente, em seu sucesso nos demais países. Isso porque a introdução do instituto processual, através do Pacote Anticrime, encontra fundamento nos preceitos constitucionais, assim como nos tratados internacionais, e representa a busca pela maximização do princípio da imparcialidade.

Os estudos empíricos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (2020) demonstram que o Brasil encontra um terreno fértil para adoção do juiz de garantias sem que haja uma verdadeira reestruturação do Poder Judiciário. Todos os indícios apontam para o sucesso da figura processual, que irá garantir a proteção dos direitos individuais, bem como tutelar a legalidade da investigação criminal. ❖

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Letícia Gouveia de Oliveira. **A imprescindível separação entre as fases judiciais: seriam as varas de inquérito policial o juízo de garantias “à brasileira”?**. *Desafiando a inquisição: Ideais e propostas para Reforma Processual Penal no Brasil*, Santiago, vol. IV, p. 11-22, 2020.

BOUJIKIAN, Kenarik. **Neutralidade é um mito, mas a imparcialidade do juiz é um dever**. *Revista Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/escritos-mulher-neutralidade-mito-imparcialidade-juiz-dever>. Acesso em: 26 abril 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 94.641/BA**. Segunda Turma. Rel. Orig.: Min. Ellen Gracie. Rel. p/ acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88261/false>. Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Pacote Anticrime. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, 2019a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020a. Data da Publicação: DJe 03/02/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 15 de janeiro de 2020b. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/01/ADI-6298-MC.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A implantação do juiz das garantias no Poder Judiciário brasileiro**. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2. ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem**. Revista de Informação Legislativa, n. 179, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Reformas parciais do processo penal: breves apontamentos críticos**. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/reformas-parciais-do-processo-penal-breves-apontamentos-criticos>. Acesso em: 24 abril 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. **O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos**. Revista da AJURIS, v. 33, n. 102, jun. 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

ISRAEL, J. H. *et al.* **Modern Criminal Procedure: cases, comments and questions**. St. Paul, MN Pub.: West, Thomson Reuters, 2012.

LANGER, Máximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal**. Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 2, n. 3, p. 19-19, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JR., Aury. **Teoria da Dissonância Cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz**. Publicado na coluna Limite Penal do Consultor Jurídico em v. 11, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em: 02 março 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019a.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019b.

MAYA, André Machado. **A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha**. *In*: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. 2008.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao Juiz das Garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAYA, André Machado. **Juiz de Garantias: fundamentos, origem e análise da Lei n 13.964/19**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de São José da Costa Rica”). 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 13 maio 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PODCAST IMPROVÁVEL: A dissonância cognitiva no processo penal. [Locução de]: Ruiz Ritter e Janaina Matida. [S.I.]: SPOTIFY,

02 março 2020. Podcast. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/03wBAZsar03XriNMHqxLGf>. Acesso em: 11 maio 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SALEM FILHO, Júlio César Duailibe. **Defensoria Pública e a busca da defesa real no Processo Penal verdadeiramente acusatório**. Desafiando a inquisição, p. 23, 2020.

SAMPAIO, André Rocha *et al.* **A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória**: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 6, n. 1, p. 175-210, 2020.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: Caso Piersack vs. Bélgica, 1982. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/en-g?i=001-57557#%20>. Acesso em: 14 maio 2021.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: Caso Hauschildt vs. Dinamarca, 1989. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro\\_andrade.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html). Acesso em: 12 maio 2021.

VIEIRA, Renato Stanziola. **O que vem depois dos “legal transplants”?** Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. Revista brasileira de direito processual penal, v. 4, n. 2, p. 767-806, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2000.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do Juiz do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

# A Paridade de Armas na Recuperação Judicial

**Luiz Roberto Ayoub**

*Advogado. Desembargador aposentado TJRJ. Doutorando em Direito - UFF*

**Dione Assis**

*Advogada. Doutoranda em Direito – UFF. Mestre em Direito FGV*

**Beatriz Villa**

*Assistente Jurídica. Graduada em Direito pela FGV*

“visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, ***especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores***’ (REsp n. 1.337.989/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 8/5/2018, DJe 4/6/2018.)

## 1. INTRODUÇÃO

A partir do ano de 2005, foi introduzida, no nosso ordenamento jurídico, a Lei nº 11.101, que, alterando os parâmetros da insolvência no nosso país, trouxe para todos os agentes econômicos a possibilidade de superarem uma crise em sua estrutura, por diversos fatores, capaz de levá-los à impossibilidade de sobreviver.

Essa situação, por óbvio, a ninguém interessa, porque ao desaparecer uma agente da economia, todos acabam pagando o

preço que decorre do desaparecimento das células responsáveis por gerar riquezas para o país.

E essa preocupação ganha mais relevo com as modificações presentes numa sociedade dinâmica, com o auxílio da tecnologia, que nos faz avançar muito, a ponto de colocar em discussão: DIREITO X JUSTIÇA.

Como diz o professor Otto Lobo, hoje, o mundo experimenta a verificação de arquipélagos empresariais, ou seja, uma expansão nunca antes vista e que tende a crescer cada vez mais. Daí resulta a necessidade de nos debruçarmos para melhor analisar os textos normativos em comento, fomentando doutrina e aguardando, sempre, que a nossa jurisprudência se pronuncie para que haja um ambiente de negócios permeável ao investimento.

É, portanto, uma lei que tem fortes contornos econômicos, que encontra assento na Carta Republicana, bem como na própria legislação infraconstitucional, e procura garantir a higidez do princípio da proteção da função social das empresas. Tanto o art. 170 da Constituição da República como o art. 47 da Lei nº 11.101/05 caminham nesse sentido.

Dentro desse contexto, deve o magistrado agir de forma responsiva, considerando as consequências de suas decisões, conforme bem pontuado pelo ilustre Ministro Luis Felipe Salomão na ementa do presente trabalho, e no sábio aforisma de Santo Agostinho: *“necessitas non habet legem”*. Vale dizer: *“diante da necessidade, deve cessar a letra fria da lei”*<sup>1</sup>.

O referido diploma foi alterado no final de 2020, a partir da Lei nº 14.112/20, e esse aperfeiçoamento teve início numa ampla negociação no então Ministério da Fazenda, com o objetivo de aperfeiçoar o que se mostrou necessário, consoante demonstrou o tempo.

É, assim, uma legislação bastante testada, já tendo sido submetida ao crivo do e. Superior Tribunal de Justiça, sendo certo, porém, que ainda há muito espaço para debates que doutrina e

---

<sup>1</sup> Essa relevante máxima foi trazida pelo ilustre Ministro Luiz Fux em artigo disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/LuizFux/ArtigosJornais/1183845.pdf>

jurisprudência têm o dever de enfrentar. Quando a corte federal firmar o seu entendimento para que todos sigam a mesma trilha, garantindo que haja uma estabilidade na sua interpretação e, conseqüentemente, da segurança jurídica, inevitavelmente haverá um cenário propício a investimentos no país.

No entanto, dentre várias questões que nos parecem ainda merecedoras de discussões mais profundas, a experiência comum – por que não dizer o bom senso? – ainda nos conduz a analisar até que ponto há um necessário equilíbrio entre todos os credores que participam desse importante projeto de soerguimento. Questiona-se, aqui, se é possível, na prática, chegarmos à conclusão de que todos contribuem para o atingimento do interesse público que, em última análise, representa dizer a manutenção dessa fonte produtora de riquezas, como o emprego (talvez o ponto mais sensível numa sociedade evoluída). Aliás, um jargão que bem revela essa assertiva: não há empregos sem empresas, não há salários sem empregos e, por fim, não há dignidade sem os salários.

## 2. A EVOLUÇÃO DA *PAR CONDITIO CREDITORUM* E A FLEXIBILIZAÇÃO NA DIVISÃO DE CLASSES

A crise do devedor enseja a solidarização do sacrifício dos credores que, em diferentes níveis, devem contribuir, mesmo com perdas, mas com a esperança de que aquele agente econômico acabe se recuperando e, assim, a todos atenderá. E essa contribuição respeitará um tratamento igualitário.

Conforme bem pontuado por Rodrigo Tellechea e Luis Felipe Spinelli, a *par conditio creditorum* é “ *pilar de sustentação dos regimes de crise empresarial*”, constituindo “ *verdadeira cláusula pétrea do direito concursal*”<sup>2</sup>. Visando a garantir a referida regra e regular as hipóteses de sua afronta, a Lei nº 11.101/05 chega a incluir sanções de ordem penal, o que reforça como a igualdade no tratamento dos credores é princípio basilar do regime de insolvência. Vale

---

<sup>2</sup> Spinelli, Luis Felipe e Tellechea, Rodrigo em “A Lei 14.195/2021 e a quebra da igualdade de tratamento na recuperação judicial”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-14/spinelli-tellechea-quebra-igualdade-tratamento-recuperacao-judicial>>

lembrar que o procedimento recuperacional intenciona, sempre, a negociação coletiva, e não individual, agrupando os diferentes credores na tentativa de superação da crise da empresa.

Segundo o diploma atual, preenchido o critério temporal – créditos existentes até o pedido de recuperação judicial (art. 49, *caput* da Lei nº 11.101/05) –, todos os valores envolvidos serão tratados por um só juízo, o universal, respeitando a prioridade de pagamento conforme a natureza do crédito.

Entretanto, com o desenvolvimento da jurisprudência no país, tem se entendido cada vez mais pela possibilidade de apresentação de planos de recuperação judicial com formação de subclasses para execução dos pagamentos, as quais estabelecem tratamento diferenciado justificado, nem sempre vinculados à natureza jurídica do crédito<sup>3</sup>. Ou seja, a paridade no tratamento dos credores tem evoluído no sentido de reconhecer que, mesmo dentro das classes de credores que, em tese, seriam equivalentes, é necessária atenção para a realidade prática, que tem demonstrado que um tratamento homogêneo pode não ser equânime no caso concreto.

Nessa linha, no julgamento do Recurso Especial nº 1.634.844, o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva observou como não há vedação expressa na lei para a concessão de tratamento diferenciado entre os credores de uma mesma classe na recuperação. Segundo ele, a divisão em subclasses, entretanto, deve atender a critério objetivo, abrangendo credores com interesses homogêneos. Nesse sentido, é o Enunciado nº 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal, a ver:

**“O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuem interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou e outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano homologado pelo magistrado”.**

---

3 Sobre a criação de subclasses: DIAMANTE, Thiago. A par condicio creditorum e o tratamento diferenciado entre credores no plano de recuperação judicial. 19 de abril de 2017. 155. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Em outros julgados recentes<sup>4</sup>, o Superior Tribunal de Justiça vem reforçando seu posicionamento a respeito da possibilidade de criação de subclasses, consolidando a evolução do pensamento a respeito da *par conditio creditorum*, que não mais implica na estanque divisão entre credores originalmente disposta pela lei.

Nesse cenário, um ponto objeto de atenção reside na necessidade de precaução para que credores isolados e potencialmente mais vulneráveis não tenham seu direito de crédito anulado com a criação das subclasses. Nesse sentido, a doutrina de Sheila Cristina Nader Cerezetti:

“(...) A realidade torna-se ainda mais grave ao se perceber que o credor prejudicado não possui meios para defender sua posição creditícia, na medida em que, ao participar da mesma classe em que se incluem os credores beneficiados pelos termos do plano, seu voto dissidente não implica representatividade. Chega-se, destarte, ao ponto em que o credor individual não se agrupa entre seus pares, não possui garantia de que seu crédito receberá tratamento igualitário em relação aos demais participantes da mesma classe e, pior do que isso, não encontra mecanismos efetivos de defesa de seu direito”. (As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses: em Defesa da Alteração da Disciplina das Classes na Recuperação Judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco - coords. Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 374)

Conclui-se, desse modo, que a criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial tem sido admitida, desde que mediante critérios objetivos, devidamente justificados no plano de recuperação judicial e abrangendo credores com interesses homogêneos – e, por isso, também os interesses heterogêneos –, buscando adequar-se à realidade do caso concreto.

Conforme o supracitado entendimento evolui, mais se abre espaço no Judiciário para a realidade da atividade empresária, que,

---

<sup>4</sup> A título de exemplo: STJ - REsp: 1700487 MT 2017/0246661-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 02/04/2019 e STJ - AgInt no AREsp: 1510244 RJ 2019/0148626-9, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 21/11/2019.

inevitavelmente, afeta toda uma coletividade de terceiros (credores ou não) nas suas complexas e entranhadas operações. Permitir, assim, que o devedor proceda às suas negociações considerando as particularidades dos seus credores potencializa o sucesso de acordos e, em última instância, a recuperação como um todo.

### 3. A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, O *CRAM DOWN* E A DESPROPORÇÃO DO PODER DE VOTO DOS CREDORES FINANCEIROS

Demonstrada a evolução na interpretação do tratamento dos credores dentro das suas respectivas classes, cabe abordar também o desenvolvimento do direito de insolvência no que diz respeito à utilização do instituto do *cram down*, isto é, a possibilidade de aprovação do plano de recuperação judicial mesmo diante do não atendimento dos critérios legais **rígidos**, presentes no art. 45, § 1<sup>o</sup> e § 2<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 11.101/05, desde que se verifique situação de abuso da minoria e posição individualista do credor em detrimento do soerguimento da empresa.

Cumprido destacar que o *cram down*, disciplinado pelo art. 58<sup>7</sup> da Lei n<sup>o</sup> 11.101/05, possui uma série de requisitos legais para sua aplicação, não constituindo, portanto, artifício para aprovação de plano de recuperação judicial por um menor quórum na

---

5 Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1<sup>o</sup> Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

6 § 2<sup>o</sup> Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

7 Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei.

§ 1<sup>o</sup> O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 3 (três) das classes de credores ou, caso haja somente 3 (três) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 2 (duas) das classes ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas, sempre nos termos do art. 45 desta Lei;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> do art. 45 desta Lei.

§ 2<sup>o</sup> A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1<sup>o</sup> deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

assembleia geral de credores: trata-se de mecanismo à disposição do magistrado para melhor promover os objetivos traçados pela Lei de Recuperação Judicial e Falências diante do abuso do direito de voto de credor.

O referido instituto foi importado do Direito norte-americano, que nos termos do seu Bankruptcy Code, permite que os juízes superem os vetos impostos pelos credores, reconhecendo, nas palavras de Frederico Simionato, que são concedidos:

*“amplos poderes aos jurisdicionais ao magistrado com a função de tutela e regularidade, mas principalmente, a possível determinação direta e obrigatória aos credores para que aceitem o plano apresentado pelo devedor economicamente viável”<sup>8</sup>*

Seguindo na linha das boas práticas internacionais, a jurisprudência e a doutrina, desde a introdução do *cram down* no Brasil, vêm admitindo a flexibilização dos requisitos dispostos nos incisos e parágrafos do art. 58 da Lei nº 11.101/05, quais sejam, em suma: (i) o voto favorável dos credores que representam mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia; (ii) a aprovação de três das classes de credores; e (iii) na classe em que o plano de recuperação judicial tenha sido rejeitado, o voto favorável de mais de um terço dos credores.

Por mais que ainda não se possa dizer que se trata de entendimento pacificado – existe ainda número significativo de decisões de tribunais estaduais sustentando que a aplicação de tal instituto depende da presença de todos os requisitos constantes do art. 58 –, o Superior Tribunal de Justiça já possui precedentes (tanto da terceira quanto da quarta turma) no sentido de flexibilizar os parâmetros de concessão do *cram down* desde que presente o abuso do direito de voto. Sobre o tema, o Enunciado nº 45 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal dispõe, expressamente, que “o magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito”. Nesse mesmo sentido:

<sup>8</sup> SIMIONATO, Frederico Augusto Monte, Tratado de Direito Falimentar, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, p. 123-124.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o “abuso da minoria” ou de “posições individualistas” sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear. 2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58. 3. O microsistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF. 4. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois “presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfaz a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes” (fl. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige “mais” de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento. 5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, **é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a**

**deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.** 6. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1337989 SP 2011/0269578-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/05/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/06/2018)<sup>9</sup>

Dessa forma, o *cram down* surge como mecanismo, assim como a utilização de subclasses, para a promoção da paridade de forças entre credores, ambas considerando a realidade de cada caso e proporcionando a satisfação de mais amplo número de credores.

Ao analisar os precedentes existentes do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que a principal causa para a flexibilização das regras constantes do art. 58 da Lei nº 11.101/05 é a hipótese de credor único que, por possuir montante majoritário ou até único em sua classe, consegue decidir o desfecho da aprovação do plano de recuperação judicial ou sua convocação em falência. Não bastasse tamanho poder sobre o destino do agente econômico, não é incomum que esses credores se limitem a proferir a negativa do seu voto na assembleia geral de credores, sem qualquer justificativa para tanto, mesmo diante de tentativas de negociação por parte da recuperanda.

Como todo direito, o exercício de voto em assembleia não é absoluto. Não se deve admitir, em qualquer esfera, que o exercício de um direito se dê de forma abusiva, frustrando o próprio objetivo da norma que o estabeleceu. **Sob esse fundamento, o Código Civil de 2002 consagrou o instituto do abuso do direito ao dispor, no art. 187<sup>10</sup>, que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.**

<sup>9</sup> No mesmo sentido, AgInt no AREsp 1551410/SP, julgado pela Quarta Turma e publicado em 24.05.2022; AgInt no AREsp 1529896/RS, julgado pela Quarta Turma e publicado em 14/08/2020; AgInt no AREsp 1632988 SP, julgado pela Terceira Turma e publicado em 30.05.2022

<sup>10</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

**Os credores, como fundamentado por Newton de Lucca<sup>11</sup>, tem todo o direito de votar e de fazê-lo, evidentemente, contra o plano, se este for contrário aos seus legítimos interesses, mas deve justificá-lo de forma a demonstrar que essa conduta não se presta, como no caso concreto, a prejudicar a comunidade dos interesses de todos os envolvidos e salvar um agente que está em sintonia com os propósitos da Lei de Recuperação Judicial.**

Conforme bem pontuado por Alex Stocchi Veiga e Vinicius Monteiro Campos<sup>12</sup>, o mesmo princípio da preservação da atividade econômica (art. 47 da Lei nº 11.101/05), utilizado para se flexibilizar o art. 57 da Lei nº 11.101/05 – que trata da obrigatoriedade de apresentação de certidões negativas de débito tributário –, pode ser utilizado para se dar nova interpretação ao art. 58, § 1º, da Lei nº 11.101/05. Nessa linha, a pura e simples negativa de voto por motivos particulares de um único credor pode vir a justificar os requisitos do *cram down*, inequívoca forma de tentar garantir a paridade do tratamento do voto entre credores diferenciados, cujo poder no exercício da sua manifestação pode – senão deve – comprometer o interesse comum, o público.

Aprofundando um pouco mais o olhar sobre a jurisprudência atual, percebe-se que os credores financeiros costumam ser os principais credores, tanto em volume de crédito quanto de representatividade na classe em que se encontram, figurando como credor único da respectiva classe, que detém poder de decidir os rumos do processo de soerguimento. Nesse cenário, em muitas oportunidades, salta aos olhos como esses credores preferem a decretação da falência da empresa – com demissões em massa e cessação da atividade econômica e tributária – à solidarização do sacrifício.

---

11 Abuso do direito de Voto de Credor na Assembleia Geral de Credores prevista nos art. 35 a 46 da Lei 11.101/05, *in* Direito Recuperacional II (Newton de Lucca, Alessandra de Azevedo Domingues e Nílva M. Leonardi Antonio coord), São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 226.

12 Stochi Veiga, Alex e Monteiro Campos, Vinicius, Aplicação Do Teste de Insolvência Z-score Quando da Deliberação Sobre a Aplicação do Cram Down Além Previsto no Art. 58, §1º, E §2º, Da Lei 11.101/05 (October 1, 2021). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3954110> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3954110>

É sabido que os credores mais vulneráveis (e, muito frequentemente, mais numerosos) são os trabalhistas, possuindo, inclusive, prazo menor para quitação de seus créditos de acordo com a Lei nº 11.101/05. Diante desse quadro, na prática, a manutenção da leitura estanque da lei atual nas decisões envolvendo aprovação do plano de recuperação judicial ocasiona imensa discrepância no poder desses credores, em detrimento dos abastados credores financeiros, que, sozinhos, conseguem decidir o futuro do agente econômico, repita-se.

A título de exemplo, cumpre trazer a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, desde 2017, já vinha reconhecendo a necessidade de aplicação do *cram down*<sup>13</sup>. Como exemplo, destacam-se dois julgados, de cunho similar, que demonstram a manutenção da postura dos bancos frente ao soerguimento de empresas ao longo dos anos:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO E SEU ADITIVO. APLICAÇÃO DO CRAM DOWN. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUIZ NO RESULTADO DA VOTAÇÃO QUE REJEITOU O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA IMPOR A APROVAÇÃO DA PROPOSTA AOS CREDORES, QUANDO A RECUSA NÃO É JUSTIFICADA E FUNDAMENTADA DE FORMA LEGÍTIMA. APLICAÇÃO DO PRÍNCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM DETRIMENTO DO VOTO DO CREDOR DE EXPRESSIVO CRÉDITO E ÚNICO NA CLASSE II (GARANTIA REAL). VOTO DISCORDANTE QUE CONFIGURA O ABUSO DE MINORIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 47 E 58 DA DA LEI DE FALÊNCIAS E ARTIGO 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (...) 4- O fato de o banco agravado ser o único in-**

13 Conforme se verifica dos seguintes julgados: AI: 00615061620168190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 6 VARA EMPRESARIAL, Relator: GUARACI DE CAMPOS VIANNA, Data de Julgamento: 11/07/2017, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL; AI: 00497220820178190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 7 VARA EMPRESARIAL, Relator: VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO, Data de Julgamento: 26/06/2018, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL; AI: 00588606220188190000, Relator: Des(a). MARIA LUIZA DE FREITAS CARVALHO, Data de Julgamento: 22/05/2019, VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL; AI: 00024138820178190000, Relator: Des(a). SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO, Data de Julgamento: 26/11/2019, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL; AI: 00588663520198190000, Relator: Des(a). MARIA HELENA PINTO MACHADO, Data de Julgamento: 07/02/2020, QUARTA CÂMARA CÍVEL; AI: 00046245820218190000, Relator: Des(a). JDS RICARDO ALBERTO PEREIRA, Data de Julgamento: 06/05/2021, VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL

tegrante da Classe II impossibilita o preenchimento do inciso III, do § 1º do art. 58 da LF, que exige a existência de pluralidade de credores e ceifa completamente um dos fundamentos do presente recurso. 5- No que concerne ao previsto no inciso I, do § 1º do art. 58, da LF, é certo que diante de figurar o banco com expressivo crédito e em sendo único na Classe II, o seu voto pela reprovação deságua necessariamente no impedimento da homologação da recuperação diante de seu poderio dentre os credores. Contudo, rejeitado o seu voto o percentual a que menciona o dispositivo foi viabilizado de forma afortunada o que se vale expressar aqui no equivalente em 86,273%. 6- In casu, observando o juízo a necessidade de tutelar o interesse social bem como prejudicialidade em razão da vontade discordante de um dos credores, aprovou o plano de recuperação judicial diante do exercício manifestamente excedente dos limites impostos pelo fim econômico-social, pela boa-fé ou pelos bons costumes pelo titular do direito de voto. 7- O legislador ao editar a Lei 11.101/2005 preocupou-se em amparar o direito dos credores quando se permite a concessão da Recuperação Judicial através da votação destes com a convocação de Assembleia Geral de Credores, dando-lhes poderes para decidir o destino da empresa com a aprovação ou rejeição ao plano de recuperação apresentado, conforme expresso no artigo 47 da lei supracitada. 8- Não obstante isso, também proporcionou a atuação do administrador judicial, nomeado pelo juízo, que serve para amenizar as dúvidas trazidas pelos credores, bem como viabilizar o procedimento com a análise dos créditos devidos e, na hipótese, a administração judicial foi favorável ao Plano de Recuperação Judicial assim como o Ministério Público especializado. 9- Evidentemente o poder de barganha dos credores, a possibilidade de se impor frente ao devedor, estará diretamente vinculada ao percentual que seus créditos representam nas suas respectivas classes, sua capacidade de articulação (com os demais credores) e o manejo das informações estratégicas e especialmente sobre a real condição do devedor. 10- **Certo é, que o voto do banco Santander S.A., manifestado na Classe II de credores, é claramente incompatível com a função pública do instituto da recuperação da empresa, podendo o juiz reconhecê-lo em razão do exercício manifestamente excedente dos limites**

**impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes pelo titular do direito de voto. 11- Noutro giro, deve-se redundar ao fato de que o banco agravante nada questiona no tocante a inviabilidade do Plano de Recuperação, o que denota que a par dos interesses do processo recuperacional o banco age em prol de seus interesses e vantagens individuais. (...) 15- Daí, o desprovimento do recurso do banco agravante. (TJ-RJ - AI: 00602114120168190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 6 VARA EMPRESARIAL, Relator: GUARACI DE CAMPOS VIANNA, Data de Julgamento: 14/03/2017, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/03/2017)**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE HOMOLOGA O PLANO DE RECUPERAÇÃO APRESENTADO. **IRRESIGNAÇÃO DE UM DOS CREDORES.** PLANO DE RECUPERAÇÃO APROVADO ATRAVÉS DE “CRAM DOWN”, PREVISTO NO ARTIGO 58, § 1º, DA LEI 11.101/05. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO JULGADOR QUANTO À VIABILIDADE ECONÔMICA DO PLANO, QUE CONSTITUI MÉRITO DA VONTADE DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. LIMITAÇÃO AO CONTROLE DE LEGALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES DO STJ. INSTITUTO DO “CRAM DOWN” QUE DEVE PRESTIGIAR A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A VONTADE DA MAIORIA DOS CREDORES EM DETRIMENTO DOS CREDORES DISSIDENTES. RECURSO CONHECIDO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJ-RJ - AI: 00624573920188190000, Relator: Des(a). LÚCIA HELENA DO PASSO, Data de Julgamento: 30/09/2020, VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/10/2020)

**Além disso, em recentíssima decisão, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AREsp 1.551.410, por maioria, entendeu que é possível a aprovação de recuperação judicial de empresa cujo plano havia sido rejeitado por banco credor detentor de 56,8% dos créditos.**

## Em seu voto, que acompanhou o do relator, o Ministro Luis Felipe Salomão pontuou:

“Assim, no caso concreto, observado o critério de proporcionalidade, o voto dissidente de um único credor, ainda que tenha representado maioria dos votos presentes em assembleia, não pode ser tomado como representativo da vontade dos demais credores, circunstância que permite, segundo penso, a aprovação do plano mediante a interveniência da atividade jurisdicional, também como forma de se garantir o alcance da maioria necessária, mesmo que a decisão assemblear seja tomada em um contexto de validade e legalidade.

É nesse sentido, portanto, que o relator, em abono ao entendimento perfilhado pelo juiz responsável pela recuperação, entendeu pela abusividade do direito de voto, **relacionando-a ao abuso do direito de que seja imposta a vontade da minoria, aqui sempre lembrando que a rejeição foi manifestada por um único credor, ainda que possuidor da maioria de créditos de sua categoria na decisão assemblear. Nessa linha de entendimento afirma-se que, também no caso em exame, inclusive visando evitar eventual abuso do direito de voto da minoria, justamente no momento de superação de crise, é necessário que se confira certa sensibilidade à verificação dos requisitos do cram down,** “preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores” (SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de empresas e falência. São Paulo: Almedina, 2017, p. 400).”

Os credores, de acordo com a Lei nº 11.101/05, possuem, portanto, duas principais salvaguardas no curso do procedimento recuperacional: (i) de que serão tratados de acordo com a natureza do seu crédito e (ii) de que através das suas **negociações** com o devedor ajudarão a construir, em conjunto, o futuro da empresa.

Conforme já demonstrado anteriormente, a jurisprudência tem caminhado cada vez mais no sentido de reconhecer que,

apesar da exigência legal, visando a garantir a paridade no tratamento dos credores, a obrigatoriedade de tratamento isonômico por classe pode/deve ser flexibilizada. No tocante à paridade de poder entre os diferentes credores, para que ninguém, sozinho, seja capaz de frustrar o interesse coletivo no soerguimento da empresa, é necessário que sejam revistas as condições da principal “arma” dos credores no processo negocial: o voto.

Desse modo, assim como tem se sedimentado a hipótese da criação de subclasses, com base em critérios objetivos, no intuito de permitir negociação mais justa e garantir, na prática, o princípio da *par conditio creditorum*, mostra-se relevante que o voto dos credores que rejeitam o plano de recuperação judicial também obedeça a critérios objetivos, visando sempre a privilegiar a preservação da empresa. Como bem pontuado pela Ministra Fátima Nancy Andrighi, a Lei nº 11.101/05 adota também a técnica legislativa dos princípios, espécies de normas que se diferenciam de regras<sup>14</sup>, e, assim, o sistema falimentar passa a ser “*fundado em normas de cunho geral que informam os valores buscados pelo legislador*”.

Nesse contexto, diante da controvérsia acerca da aplicação do *cram down*, Alex Stocchi Veiga e Vinicius Monteiro Campos<sup>15</sup> propõem “reconstrução” do art. 58, § 1º, da Lei nº 11.101/05, que envolve aplicação de um teste de insolvência, envolvendo critério objetivo, de modo a superar a interpretação restritiva do supracitado artigo e prestigiar “as consequências práticas da decisão”, como prevê o art. 20 da LINDB. Para os autores, seria interessante a aplicação de um teste matemático capaz de verificar a solvência da empresa (teste Z score) para funcionar como “*instrumento da análise do voto dos provedores de crédito e somente destes credores*”. Por outro lado, é indispensável que doutrina e jurisprudência se debrucem em buscar outras alternativas que, de igual forma, procurem equacionar a referida assimetria de

14 Comentários, in Osmar Brina CORRÊA-LIMA – Sérgio Mourão CORRÊA-LIMA (coord.), Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 490.

15 Stocchi Veiga, Alex e Monteiro Campos, Vinicius, Aplicação do Teste de Insolvência Z-score Quando da Deliberação Sobre a Aplicação do Cram Down Além Previsto no Art. 58, §1º, E §2º, Da Lei 11.101/05 (October 1, 2021). Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3954110> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3954110>

poder, tornando o ambiente negocial mais linear. Só assim a essência da recuperação, que, como dito, reside na convergência da vontade das partes envolvidas, não será desnaturada, mantendo-se a igualdade “no peso do voto de cada classe”.

Em outras palavras, há de haver um equilíbrio na participação dos credores durante o processo de recuperação, especialmente no tocante à votação do plano, porque a experiência tem demonstrado uma desproporção odiosa entre as classes votantes, sendo comum, infelizmente, que certos credores – dado o seu poder e com interesses próprios em detrimento do comum, que, como cediço, toca no interesse público – acabem traçando o destino do processo de soerguimento daquele agente que à nação interessa.

Aqui, repita-se, os credores mais vulneráveis, os trabalhadores (que, destaque-se, não raro representam a classe com maior volume de crédito e número de credores), ficam literalmente nas mãos de outros cujo poder é inequívoco, causando uma desproporção na paridade entre os participantes do destino do agente submetido ao processo de reestruturação. ❖

# Fundamentos para uma Abordagem Interdisciplinar para o Direito da Criança e do Adolescente

**Marcos Sergio Rego**

*Mestrado em Direito em andamento na Universidade Estácio de Sá. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Especialização em Direito Civil Constitucional pela UERJ e em Direito para a Carreira da Magistratura pela EMERJ.*

**RESUMO:** Apesar de a Convenção sobre Direitos da Criança, da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente estarem em vigor há mais de trinta anos, ainda há dificuldade na implementação da doutrina da proteção integral ante o embaraço institucional em abandonar práticas paternalistas ou assistencialistas voltadas ao público infantojuvenil. O Direito da Criança e do Adolescente tem sua gênese nos direitos humanos internacionais, o que atrai sua metodologia e fundamentos, destacando-se a necessidade de uma abordagem de cunho interdisciplinar. Na Convenção e na legislação nacional, é possível detectar-se uma ambiguidade ou tensão entre direitos relativos à proteção e direitos relativos à autonomia, o que pode ser solucionado pela interdisciplinaridade com outras ciências sociais e humanas, a fim de abrir o horizonte da ciência jurídica na busca de interpretação e de solução para casos concretos que envolvam crianças e adolescentes. O método aplicado é o dedutivo, com pesquisa qualitativa, teórica e bibliográfica em que, inicialmente, se vinculou os direitos da criança e do adolescente aos direitos humanos, para em seguida focar a necessidade da interdisciplinaridade para a compreensão da infância e da adolescência e do poder familiar e estatal na efetivação desses direitos.

**ABSTRACT:** Although the Convention on the Rights of the Child, the Federal Constitution and the Statute of Children and Adolescents have been in force for more than thirty years, there is still difficulty in implementing the doctrine of full protection in view of the institutional embarrassment of abandoning paternalistic practices or assistance aimed at children and youth. Children's and Adolescents' Law has its genesis in international human rights, which attracts its methodology and foundations, highlighting the need for an interdisciplinary approach. In the Convention and in national legislation, it is possible to detect an ambiguity or tension between rights related to protection and rights related to autonomy, which can be solved by interdisciplinarity with other social and human sciences in order to open the horizon of legal science in searching for interpretation and solution for specific cases involving children and adolescents. The method applied is deductive, with qualitative, theoretical and bibliographic research in which, initially, the rights of children and adolescents were linked to human rights, and then focused on the need for interdisciplinarity to understand childhood and adolescence and parental and state power in the enforcement of these rights.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criança e Adolescente – Direitos Humanos – Interdisciplinaridade

**KEYWORDS:** Children and Adolescent – Human Rights - Interdisciplinarity

## INTRODUÇÃO

O Direito da Criança e do Adolescente ganhou nas últimas décadas expressiva importância com a promulgação da Convenção sobre os Direitos da Criança no âmbito dos direitos humanos internacionais. Os debates de seus grupos de trabalho exerceram significativa influência na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, com a introdução da doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, é notória a dificuldade dos operadores do Direito e da praxe judiciária e institucional em abandonar certas práticas ainda ligadas à concepção menorista da doutrina da situação irregular, permeando o debate jurídico em torno de ideias não mais respaldadas pela ordem constitucional e internacional. Portanto, embora tenha ocorrido avanço na pauta dos direitos da criança e do adolescente, como, por exemplo, o reconhecimento da condição de sujeitos de direitos, ainda paira, no sistema jurídico-estatal, os ares do paternalismo e do assistencialismo da doutrina que consagrou o Código de Menores de 1979.

É interessante notar como a legislação caminhou do amparo somente a crianças vulneráveis e da regulação de adolescentes em conflito com a lei para a garantia de direitos a todas as crianças e adolescentes, sem distinção. Por outro lado, ao se consagrar atualmente a condição de sujeitos de direitos, com respeito à autonomia do público infanto-juvenil, não se afastou a ideia de proteção relativa à própria condição peculiar de desenvolvimento. Evidencia-se, assim, a ocorrência de uma certa ambiguidade ou oposição entre direitos de proteção e de emancipação, pois, se de um lado protege-se a criança e o adolescente ante sua imaturidade, do outro concede-se a eles espaços de autonomia e de liberdade como direitos fundamentais.

A hipótese deste artigo é de que essa ambivalência entre proteção e autodeterminação precisa ser mais discutida no âmbito jurídico à luz das outras ciências humanas e sociais em um debate interdisciplinar, de modo que todas se influenciem mutuamente, rechaçando-se concepções paternalistas ou assistencialistas ainda em voga. Para tanto, utiliza-se o aporte teórico dos fundamentos dos direitos humanos, observada a ligação intrínseca entre estes e os direitos da criança e do adolescente.

Outrossim, não se pode olvidar que há pouca ou nenhuma contextualização social dos temas ligados à criança e ao adolescente no campo do Direito, em função da extrema abstração das normas jurídicas e da lenta operacionalização das mudanças de paradigmas culturais e sociais, levadas a cabo pela constitucio-

nalização do Direito de Família e da Criança e do Adolescente a partir de 1988, no Brasil, o que demonstra a necessidade de uma interdisciplinaridade com outras ciências, a fim de adequar a aplicação da norma à realidade social.

Além disso, a doutrina jurídica ressenete a falta de uma sistematização teórico-epistemológica que possa conceber direitos de proteção e de emancipação sem que haja entre eles uma correlação de forças opostas, mas, sim, uma complementação, o que pode ser solucionado com a interdisciplinaridade.

Ressalte-se que, em regra, o operador do Direito não possui conhecimentos técnicos acerca de outros saberes e, por essa razão, necessita muitas vezes de informação advinda de equipes multidisciplinares, precipuamente no Direito de Família e no Direito da Criança e do Adolescente. Dessa forma, a interdisciplinaridade objetiva agregar mais qualidade ao aporte jurídico, trazendo uma análise mais rica e aberta do fenômeno social que envolve o público infantojuvenil, com levantamento de repercussões quicá imaginadas pelo jurista.

O presente trabalho enfoca, portanto, a necessidade de uma abordagem interdisciplinar no Direito da Criança e do Adolescente de forma a aproximar a realidade jurídica da social, além de realçar seu traço internacional ligado aos Direitos Humanos, com observância dos fundamentos e métodos destes aplicados diretamente àquele. E, especificamente, objetiva-se mostrar que esse sistema de direitos necessita intercambiar conceitos e fundamentos com outras ciências sociais e humanas para contribuir para o enriquecimento da discussão jurídica a que lhe diga respeito.

O método utilizado foi o dedutivo, com pesquisa qualitativa, bibliográfica e aplicada ao estudo dos direitos humanos, com contribuição de textos nacionais e estrangeiros e foco na interpretação do Direito brasileiro relacionado ao tema.

Inicia-se, assim, com a importância histórica do desenvolvimento internacional dos direitos da criança e do adolescente e sua influência na normatividade brasileira, para identificar a

necessidade da perspectiva dos direitos humanos. Em seguida, demonstra-se, na conjuntura do Direito da Criança e do Adolescente, a ocorrência de uma ambiguidade ou oposição entre direitos de proteção e de liberdade, encontrando-se na interdisciplinaridade e nos fundamentos dos direitos humanos a solução para esse embate, sem a pretensão de esgotar as possibilidades de outras concepções científicas e culturais que possam contribuir para o esclarecimento das vivências relativas à infância e à adolescência. Por fim, analisa-se a contribuição de campos do saber específicos para a evolução e o estudo dos direitos da criança e do adolescente, com especial destaque para a Filosofia, a Ética, a Psicologia, a Sociologia, a Política e a História.

## 1. O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

O Direito da Criança e do Adolescente, tal como hoje é conhecido, tem sua gênese no debate dos direitos humanos, especialmente, no campo internacional, por meio da construção da doutrina da proteção integral. Entretanto, para chegar até esse ponto, o percurso foi longo. Por isso, é importante delimitar alguns marcos históricos que deram rumo à evolução do Direito da Criança e do Adolescente e sua teoria jurídico-protetiva a partir das discussões relativas aos direitos humanos. E é a partir da relevância dessa questão que nasce a compreensão da necessidade do debate interdisciplinar nessa área.

Inicialmente, em 1924, a Liga das Nações – substituída posteriormente pela Organização das Nações Unidas (ONU) – aprovou a Declaração de Genebra ou Carta da Liga sobre a Criança, cuja intenção era de circunscrever especificidades dos direitos da criança na agenda internacional com reconhecimento do direito à alimentação, à educação e a cuidados em situações de perigo<sup>1</sup>.

1. VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes Muniz. A criança e o adolescente no marco internacional. In VERONESE, Josiane Rose Petry (Org). *Direito da Criança e do Adolescente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 15-16. O texto também destaca a contribuição do médico e educador polonês Janusz Korczak, que ganhou notoriedade à época pela militância em defesa dos pequenos e do empoderamento deles e pela crítica dele ao texto da Declaração de Genebra. Ele foi homenageado, posteriormente, quando a Polónia tomou a iniciativa para o debate da Convenção sobre os Direitos da Criança nos idos de 1978.

Porém, ela não possuía caráter vinculante ou coercitivo e apenas elencava princípios de proteção e de assistência.

Em 1959, surge a Declaração Universal dos Direitos da Criança, já no âmbito da ONU. Essa declaração, contudo, também apresentava somente princípios e diretrizes sem força vinculativa, que, apesar disso, avançavam sobre as proteções reconhecidas na carta anterior<sup>2</sup> e enunciava já o “interesse superior da criança”<sup>3</sup>.

Em 1978, o governo da Polônia propõe então a elaboração de uma nova carta que tenha efeito vinculante e cujo texto deveria estar pronto em 1979 para a celebração do Ano Internacional da Criança, conforme estabelecido pela ONU. Todavia, em face do contexto e das repercussões ideológicas da Guerra Fria, as discussões se estenderam por dez anos, culminando, em 1989, no principal instrumento jurídico internacional de proteção à infância e à adolescência: a Convenção sobre os Direitos da Criança. Por meio dela, reconhece-se a criança em sua individualidade, como sujeito de direitos, dentro de sua singularidade, e nela se expressa a doutrina da proteção integral, sobrepujando o caráter assistencialista do período anterior em prol de um movimento emancipatório, assecuratório e garantidor de direitos da criança e do adolescente<sup>4</sup>.

No Brasil, ainda dentro da conjuntura da ditadura militar, no mesmo período em que se iniciam as discussões sobre a Convenção, entra em vigor a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, cognominada “Código de Menores”, que adotava a doutrina da situação irregular<sup>5</sup>, embora a Declaração Universal dos Direitos

2 *Ibid.* p. 16-17. As autoras apontam esse avanço no direito à proteção desde o nascimento, no direito ao nome e à nacionalidade, na proteção social e vivência em ambiente de afeto, tolerância e amizade e extensão aos familiares, repercutindo as críticas à declaração anterior.

3 *Ibid.* p. 17. O interesse superior da criança ou melhor interesse da criança está contido no 2º princípio.

4 *Ibid.* p. 18-21.

5 A doutrina da situação irregular era direcionada aos infantes que se encontravam em situação precária ou de abandono, ou aos infratores com cunho assistencialista e disciplinador. Ela tem sua raiz no Brasil no Código de Menores de 1927 e foi reeditada com influência da doutrina de segurança nacional em decorrência da ditadura militar. Porém se mostrava deficiente e ineficaz na solução do problema do abandono e do desvio social que pretendia abarcar. Para aprofundamento, ver FREITAS, Ramiro Ferreira de; SILVA, Jardel Pereira da; GAMA, Aymé Holanda. Os direitos da criança e do adolescente: aporte histórico e evolução jurídica à luz da proteção humana. In *Revista Aporia Jurídica (on-line)*. *Revista Jurídica do Curso de Direito da*

da Criança, de 1959, já evidenciasse a criança e o adolescente como sujeitos de direitos. O Brasil seguiu, portanto, na contra-mão do tratado internacional de que era signatário.

Entretanto, por influência dos estudos da ONU para a elaboração da Convenção, iniciados em 1978, começa também aqui a discussão a respeito da doutrina da proteção integral, a partir de um discurso teórico justificador de estratégias do UNICEF<sup>6</sup> para a América Latina e Caribe voltadas à criança e ao adolescente. Com isso, os países da região demonstraram um esforço de sistematização doutrinária prevalentemente latino-americano, o que contribuiu com reflexões teóricas inovadoras, boas práticas e fundamentos para alterações do ordenamento jurídico dessas nações, com fulcro nas dimensões ética, política e jurídica dos direitos humanos, de modo a superar a concepção menorista, especialmente no Brasil. Portanto, as discussões para o preparo da Convenção influíram fortemente no país no período que antecede a redemocratização, de modo a repercutir na Assembleia Constituinte de 1987-1988<sup>7</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra, em seu art. 227, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente<sup>8</sup>. O texto constitucional traz um rol de direitos fundamentais inerentes à infância e à adolescência em função de sua condição peculiar de desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990, por sua vez, regulamenta es-

---

Faculdade CESCAGE. 7. ed., vol. 1, p. 269-282, jan-jul-2017. Disponível em <http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/80/91>. Acesso em: 05 abr. 2021.

6 O UNICEF é o Fundo das Nações Unidas para a Infância, criado em 1946 pela Assembleia Geral da ONU. Atua no Brasil desde 1950 e contribuiu de forma significativa para a mobilização da aprovação do art. 227 da Constituição Federal e para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente. Informações disponíveis em <https://www.unicef.org/brazil/sobre-o-unicef>. Acesso em: 15 jun. 2021.

7 NOGUEIRA NETO, Wanderlino. *Instrumentos de promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente, enquanto direitos humanos especiais de geração. Instrumentos normativos internacionais de promoção e proteção: a Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2018/04/analise-historica-sobre-os-23-anos-do-eca.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021. p. 3-5.

8 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. *In* BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jun 2021.

ses direitos fundamentais como forma de facultar à criança e ao adolescente o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, assegurando a implementação desses direitos na esteira da doutrina da proteção integral.

Assim, apesar de a Constituição ser anterior e o ECA posterior à Convenção<sup>9</sup>, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro acompanha os preceitos desta última, instrumento importante do Direito Internacional relacionado aos direitos humanos, pois é um dos pactos globais que se somam ao *International Bill of Human Rights*, da ONU<sup>10</sup>. Nessa direção, a importância da Convenção é de dar a tônica de necessidade de efetivação da norma e da implantação e implementação de um sistema de promoção e proteção dos direitos humanos, com a criação de espaços públicos institucionais e mecanismos de amparo, controle e garantia desses direitos<sup>11</sup>.

Esse conjunto de normas jurídicas, ao enunciar que a criança e o adolescente possuem direitos fundamentais a serem resguardados, aponta a necessidade de que o estudo desses direitos seja abordado do ponto de vista dos fundamentos e métodos dos direitos humanos.

Para Rhona Smith e Lee McConnell, esse enfoque metodológico deve respeitar os princípios de direitos humanos e ter como objetivo o seu cumprimento. Deve também fortalecer a capacidade dos detentores de direitos e dos que lha asseguram, quando identificados<sup>12</sup>.

9 Embora a Convenção seja de 1989, ela somente entrou em vigor em 1990. No Brasil, o Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, ratificou a Convenção em data posterior à própria publicação do ECA, que é datado de 13 de julho de 1990.

10 *The International Bill of Human Rights* ou Carta Internacional de Direitos Humanos da ONU é como restaram conhecidos os três principais tratados de direitos humanos promulgados no âmbito das Nações Unidas. São eles: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. A eles se somam outras convenções internacionais posteriores, como por exemplo a Convenção Internacional contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984, e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, entre outras. Para mais detalhes, ver: JOSEPH, Sarah; KYRIAKAKIS, Joanna. *The United Nations and Human Rights*. In JOSEPH, Sarah; MCBETH, Adam. *Research Handbook on International Human Rights Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2010, p. 2-5.

11 NOGUEIRA NETO, op. cit., p. 10.

12 SMITH, Rhona; MCCONNELL, Lee. Introduction to human rights research methods. In SMITH, Rhona;

Essa perspectiva inclui, portanto, a necessidade de um debate jurídico-filosófico e, também, de um discurso político, da participação dos atores e movimentos sociais, dos estudos psicossociais e das relações internacionais, entre outros possíveis aportes, a criar parâmetros teóricos e pragmáticos para possibilitar o preenchimento do conteúdo das normas jurídicas a partir dos valores humanos e das opções políticas daí subjacentes. Os fundamentos dos direitos humanos, portanto, dão a tônica da construção de uma hermenêutica para os direitos infantojuvenis.

A ciência jurídica, permeada pelo estudo da normatividade, tende a fechar-se na objetividade, na exatidão e na neutralidade do objeto de estudo a partir da abstração, da generalidade e da universalidade das leis, sem levar em conta, a princípio, possíveis conexões com outras áreas do conhecimento e tampouco a complexidade da sociedade pós-moderna. Porém, o propósito da pesquisa em direitos humanos não parte mais tão somente do pressuposto da implementação prática das normas a eles relativas. Ela deve perseguir uma investigação crítica da composição, do funcionamento e do papel dos direitos humanos no contexto social e institucional<sup>13</sup>.

Não se olvida a importância inicial que o campo legal-jurídico possui na elaboração e na interpretação dos direitos humanos e na construção de instituições internacionais e locais para monitorar e aplicar normas jurídicas a eles relativas. Contudo, com o passar do tempo, os estudos nessa área se ampliaram para outras disciplinas, como, por exemplo, a Antropologia. Cientistas sociais passaram então a estudar o papel dos direitos humanos nos processos locais de mudanças sociais com foco analítico, comparativo e antropológico, particularmente, na comparação entre as normas nacionais e globais. Essa ampliação também trouxe para tal matéria os economistas, a definir regras de políticas públicas de desenvolvimento correlacionadas às exigências desses direitos. E a História também tem seu crédito e repercus-

---

MCCONNELL, Lee. *Research Methods in Human Rights*. New York: Routledge, 2018, p. 3.

13 ANDREASSEN, B.A. et al. *Human Rights Research Methods: a handbook*. USA: Edward Elgar Publishing, 2017, p. 2.

são a partir da investigação do componente histórico para a natureza da doutrina moderna dos direitos humanos<sup>14</sup>.

A pesquisa realizada pelas ciências sociais em geral procura compreender e explicar as variações e diferenças no que tange ao respeito, à proteção, à promoção e o preenchimento dos direitos humanos na diversidade dos contextos sociais e culturais, o que pode contribuir sobremaneira no estudo da ciência jurídica, enriquecendo-a e dando-lhe relevância, pois o fenômeno jurídico é antes de tudo um fato social. Até porque é a partir da normatividade dos direitos humanos que seu impacto se fez presente nas sociedades, gerando, a partir disso, estudos interdisciplinares com as demais ciências sociais, que auxiliam na compreensão do discurso jurídico, além de suas instituições, políticas, normas, trocas, culturas, efeitos e origens<sup>15</sup>.

Além disso, é importante destacar que a pesquisa relacionada aos direitos humanos não deve ficar limitada a exigências de promoção e suporte aos direitos fundamentais. Mister uma abordagem crítica às soluções político-institucionais encontradas, especialmente, quando há falta de efetividade na implementação desses direitos<sup>16</sup>. A mera adoção de um corpo legislativo robusto não resulta necessariamente num melhoramento dos direitos humanos na base social.

É evidente, portanto, a natureza interdisciplinar dos direitos humanos. O ser humano não é apenas o sujeito de direitos tipicamente conformado pela ciência jurídica. É também um ser moral e que se insere numa realidade política, com implicações psicossociais, culturais, antropológicas e econômicas. Portanto, a pesquisa científica do Direito não pode se dissociar da realidade social a que está ligada. A validade e a abstração das normas jurídicas não podem estar acima da consciência crítica dos valores e escolhas que elas incorporam. Do mesmo modo, a ênfase nas

---

14 *Ibid.* p. 3.

15 Para aprofundamento do tema, ver LANGFORD, Malcom. Interdisciplinarity and Multimethod Research. In ANDREASSEN, B.A. et al. *Human Rights Research Methods: a handbook*. USA: Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1-30.

16 ANDREASSEN, *op. cit.*, p. 4-5.

fontes do Direito em detrimento do impacto e das políticas enunciadas pela própria lei ou numa tradição hermenêutica desacompanhada de uma base crítica e socialmente engajada à doutrina dos direitos humanos.

O Direito da Criança e do Adolescente no Brasil, ao fincar suas bases na doutrina da proteção integral, conjunto doutrinário elaborado a partir da Convenção sobre os Direitos da Criança, legitima-se sobre os direitos humanos internacionais. Em virtude disso, seu estudo também não pode estar dissociado dos valores sociais que envolvem a proteção da criança e do adolescente e o estabelecimento de um sistema de garantia de direitos pelo ECA, com o impacto social e cultural que dele advém, particularmente na mudança de paradigmas institucionais e no direcionamento de políticas públicas. Não basta, portanto, a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança ou a consagração da doutrina da proteção integral no texto constitucional e estatutário. É preciso incorporá-la na base social, de modo que sua repercussão seja plena, modificando parâmetros individuais, sociais, culturais, políticos e estatais, o que ressalta a aproximação entre Direito e Política nesse campo.

Destaque-se que os direitos humanos e, dentre eles, os direitos da criança e do adolescente também não podem ser estudados de forma dissociada da História. Ela contribui para reposicioná-los de modo mais representativo de uma fase ou tempo histórico, observadas as dinâmicas globais e locais para assegurar uma interação mais construtiva e apurada entre presente e passado.

Convém salientar, outrossim, a importância da Ética e da Filosofia nesse debate interdisciplinar. A Ética impacta sobretudo no campo da vulnerabilidade, que não está restrita à questão social, mas também à psicológica, notadamente, quando se fala em criança e adolescente, em sua relação com a família, com a sociedade e com o Estado, e as formas de proteção da condição peculiar de desenvolvimento como pessoa. Já a Filosofia tem grande alcance nos fundamentos teóricos que dão o substrato da norma jurídica a apontar caminhos a serem seguidos pelos ideais de justiça adotados no ordenamento.

A Sociologia e a Psicologia também são fundamentais para a compreensão desses direitos. A Sociologia, por exemplo, trazendo a lume as discussões sociais a eles relativas, tem impacto na sociedade e na elaboração de políticas públicas voltadas à proteção da infância e da adolescência, especificamente. Já a Psicologia tem foco no desenvolvimento pessoal desses seres humanos, na construção de suas identidades como indivíduos e na sua relação com o outro, além da especificação dos direitos infanto-juvenis dentro do âmbito dos direitos humanos.

Essa interdisciplinaridade não pode ser interpretada como uma soma de partes estanques e separadas das demais disciplinas que influenciam o estudo jurídico. Ela deve ser compreendida como uma unidade na multiplicidade, trazendo uma atividade de investigação que aborda as disciplinas em relação umas com as outras para gerar uma nova acepção do conhecimento<sup>17</sup>.

Frise-se que, quando se fala em interdisciplinaridade, não se requer total conhecimento de outras disciplinas, mas uma instrução básica, uma familiaridade ou o domínio de áreas ou métodos específicos de outras disciplinas. Ao se preocupar excessivamente com jurisprudência e legislação, os atores jurídicos acabam criando uma tendência a isolar-se de outros campos das ciências sociais e humanas e a criar enunciados que não passam de recomendações, sem considerar a alternatividade de visão institucional ou a viabilidade política, quiçá os custos socioeconômicos envolvidos e a repercussão psicológica<sup>18</sup>.

Por isso, ressoa significativa a necessidade de uma abordagem interdisciplinar dos direitos humanos. Logo, como o Direito da Criança e do Adolescente bebe diretamente da fonte dos direitos humanos, essa abordagem crítica e interdisciplinar é essencial também nessa arena, a denotar a natureza dos direitos ligados à infância e à adolescência.

E sobreleva a vinculação entre Direitos Humanos e a doutrina da proteção integral, haja vista que é a partir desse referencial teórico que a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de

17 ACCOLINI, Grazielle. *Antropologia, direitos humanos e interdisciplinaridade*. p. 3. Disponível em: [http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1400524983\\_ARQUIVO\\_TextoCompleto.pdf](http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1400524983_ARQUIVO_TextoCompleto.pdf). Acesso em: 30 mar. 2021.

18 LANGFORD, *op. cit.*, p. 6 e 10.

direito, sem desconsiderar sua condição de pessoas em desenvolvimento, ressaltando que seu conteúdo está contido na Convenção e foi incorporado pela Constituição Federal e pelo ECA.

A doutrina da proteção integral, portanto, efetiva-se como construção teórica de caráter interdisciplinar, pois enseja novas práticas e ações concretas para a promoção da cidadania das crianças e dos adolescentes de modo responsável, respeitada sua condição de pessoa em desenvolvimento, sendo essa a razão da exigência de participação da família, da sociedade e do Estado para a consecução do seu paradigma de fundamentalidade<sup>19</sup>.

## 2. A INTERDISCIPLINARIDADE NO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Divisado o valor histórico e a correlação entre direitos humanos e os direitos da criança e do adolescente na atualidade, faz-se necessário indagar por que e como o debate interdisciplinar observado no campo dos direitos humanos deve ser também realizado no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente.

Antes de adentrar nessa discussão, é preciso investigar os motivos pelo qual ela se faz necessária, principalmente em razão dos enunciados erigidos pela Convenção sobre os Direitos da Criança e a forma como houve a construção desses princípios, uma vez que são relativos aos direitos humanos e necessitam ser respeitados, como regra elementar da metodologia e dos fundamentos desses direitos, como admitido no capítulo anterior.

A Convenção se apoia em quatro grandes axiomas, quais sejam: a) não discriminação; b) melhor interesse da criança; c) direito à sobrevivência e ao desenvolvimento; d) respeito à opinião da criança. Além disso, a estreita análise do texto convencional demonstra uma ambivalência entre direitos de proteção/provisão e de autodeterminação/autonomia<sup>20</sup>.

---

19 ROSSETO, Geralda Magella de Faria; VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente. In VERONESE, Josiane Rose Petry (Org), *op. cit.*, p. 72-73.

20 ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Direitos da Criança e do Adolescente: um debate necessário. In *Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, vol. 24, n. 1, p. 45-56, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pc/v24n1/04.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021.

Não se desconsidera a grande evolução que esse tratado gerou para os direitos dos infantes, particularmente ao trazer à tona a doutrina da proteção integral, mas o seu debate foi permeado por grandes disputas de caráter ideológico entre os que professavam a necessidade de proteção, já evidenciada nas Declarações de 1924 e 1959, e aqueles que demandavam a necessidade de caracterização da criança como sujeito de direitos. A Convenção, entretanto, acabou adotando as duas posições, gerando várias críticas a quem considera que os direitos de proteção contrastam com aqueles que concedem liberdades ao público infantojuvenil<sup>21</sup>.

Ressalte-se que direitos de proteção são aqueles que visam a resguardar a criança e o adolescente face à sua condição peculiar de desenvolvimento e à sua vulnerabilidade em relação aos adultos. Já os direitos de emancipação dizem respeito àqueles cujo objetivo é tornar o infante um indivíduo pleno e respeitado, rumo à sua maioridade.

Para Irene Théry, esses dois pontos de vista possuem sentidos não só diferentes, como contraditórios, vinculados a duas tradições antagônicas. A tradição da proteção reconhece as especificidades da infância e sua condição de vulnerabilidade. Já os partidários da autodeterminação afirmam que a proteção da infância é uma forma moderna de opressão secular, pois os filhos seriam projetos de seres humanos, sendo-lhes negado o pertencimento à comunidade. Assim, o texto da Convenção não proporia solução para essa contradição, gerando ambiguidades teóricas, porquanto a pessoa é criança naquilo que não se diferencia do adulto e está sujeita à responsabilidade parental, razão pela qual a concessão de direitos de liberdade às crianças e aos adolescentes estaria descontextualizada da realidade social e familiar, não podendo haver tratamento igual ao do adulto<sup>22</sup>.

Ainda para Théry, a infância deve ser pensada como infância, uma humanidade em devir, não podendo ser afastada

21 *Ibid.* p. 48-49. O debate também foi permeado pela discussão entre países capitalistas e socialistas no contexto da Guerra Fria, em que os primeiros ensejavam a discussão de direitos civis e políticos, enquanto os segundos demandavam a pactuação de direitos econômicos, sociais e culturais.

22 THÉRY, Irène. Novos direitos da criança – a poção mágica? In ALTOÉ, Sônia (Org.). *A Lei e as leis*. Direito e Psicanálise. Rio de Janeiro: Revinter, 2007. p. 138-142.

da realidade psicológica, biológica, econômica ou sociológica da autonomia infantil e da dependência das crianças em relação aos adultos. Logo, não se deve ocultar a reflexão sobre a infância e a juventude como categorias ou condições sociais. Afirma também que o discurso autonomizante teria gerado uma ruptura de alto para baixo, baseada na demonização do passado ou na ideia de que a criança era considerada até a Convenção como um ser inferior, um não sujeito, ou um objeto, passando então a ser concebida como sujeito de direitos, porém sem deveres ou sem responsabilidades. O foco, portanto, não deveria estar em um fim político, de observar a criança como cidadã, mas de reconhecer o risco do paternalismo e de dar à criança meios de defesa contra aqueles que têm o poder de exercer por ela seus direitos. É trazer um conjunto de modificações e reformas que não contrariem a lógica protetora, mas que permita prevenir e sancionar os casos em que essa proteção se transforma em abuso de poder<sup>23</sup>.

Prossegue a autora ao dizer que o fundamento político não deveria ser o de emancipar a criança em razão de uma suposta opressão do adulto, mas o de reconhecer que todas as crianças são dependentes e que algumas são vítimas dos pais, da sociedade ou do Estado, de forma a evitar o que ela denomina de *pseudojuridicismo psicossocial*, caracterizado por um paternalismo pós-moderno em que o Estado, em substituição da família, detém a palavra final sobre o que é o melhor interesse da criança, ocupando um espaço autoritário na aplicação de direitos, o que contradiz a lógica dos direitos humanos. O Poder Judiciário, como instrumental estatal, tornar-se-ia uma máquina burocrática monstruosa com perda da nitidez das fronteiras com o trabalho social, criando impasses de políticas públicas e exacerbando os riscos de controle social estatal com redução do papel e do escopo da atividade jurisdicional como garantidor de direitos<sup>24</sup>.

Por fim, Théry chama a atenção para a necessidade de observar o pluralismo das relações sociais e dos diversos tipos de in-

---

23 THÉRY, Irène. Novos direitos da criança – a poção mágica? In ALTOÉ, Sônia (Org.). *A Lei e as leis*. Direito e Psicanálise. Rio de Janeiro: Revinter, 2007. p. 144-150.

24 *Ibid.* p. 151-157.

fância e de interesses nela envolvidos, afastando-se da concepção de criança como algo abstrato a ser utilizado pura e simplesmente como argumento de autoridade e instrumentalização. O Direito deveria então seguir como concepção organizadora do laço social e instância reguladora da comunidade, a dar ênfase à responsabilidade familiar no desenvolvimento da autonomia da criança e do adolescente. E a infância não poderia deixar de ser pensada como categoria social complexa e heterogênea, atravessada pelas grandes desigualdades da vida em sociedade, com políticas públicas entrelaçadas com as demais políticas sociais, reconhecendo que há crianças protegidas enquanto há outras exploradas, martirizadas e violentadas, porém, não por serem inferiores, mas porque, como seres humanos, podem ser reduzidas a isso<sup>25</sup>.

As afirmações de Irene Théry são significativas, pois redimensionam o tema da infância e da adolescência sem deslocar a discussão para fora dos direitos humanos, principalmente porque os estudos da autora são direcionados ao debate em torno da Convenção. Ademais, trazem importantes questões debatidas pela sociedade sobre os limites da família e do Estado quanto ao que seja o melhor interesse da criança.

Conquanto essa crítica seja contundente, não se pode olvidar que crianças e adolescentes são seres humanos e, como tais, não se diferenciam dos adultos, o que exige da ordem jurídica a garantia de que sejam tratados como sujeitos de direitos, ressalvada, obviamente, a condição peculiar de desenvolvimento em que se encontram. A infância não pode ser mais considerada como uma humanidade em devir, e sim como uma fase pela qual todos os seres humanos passam e que possui especificidades.

Decerto que, em razão disso, o tratamento dado ao adulto não pode ser igual ao dispensado ao público infantojuvenil, o que exige um esforço para regulamentação dos direitos da criança e do adolescente, sem deixar de observar a responsabilidade parental na formação dos filhos. Isso, todavia, não pode ser obs-

25 THÉRY, Irène. Novos direitos da criança – a poção mágica? In ALTOÉ, Sônia (Org.). *A Lei e as leis*. Direito e Psicanálise. Rio de Janeiro: Revinter, 2007. p. 158-160.

táculo ao reconhecimento de direitos fundamentais e da condição de sujeito de direitos às crianças e aos adolescentes.

As ideias de Théry, entretanto, contribuem para o debate acerca do pluralismo da infância e da adolescência, que não podem, de fato, ser vistas como categorias únicas e abstratas. Além disso, seu pensamento retrata muito bem a transposição de um paternalismo advindo dos que defendem os direitos de proteção e correlacionado à doutrina da situação irregular a um sistema novo em que a autonomia e a cidadania tomam a dianteira, impondo ao Estado um viés autoritário de decidir o que é melhor para esse público, com fulcro em razões assistencialistas, o que seria contrário a todo o instrumental teórico dos direitos humanos.

No Brasil, a discussão entre assistencialismo, proteção e autonomia não restou imperceptível na Assembleia Constituinte que consagrou a Constituição de 1988, uma vez que a tradição da concepção menorista ainda se encontrava arraigada nos espaços públicos e cujas ideias ainda hoje persistem com representações da criança como objeto de assistência, controle, disciplinamento e repressão<sup>26</sup>.

Arantes indica não acreditar em uma contradição entre forças, como acredita Théry, porém numa tensão entre proteção e autonomia. Ela ainda argumenta que essa tensão precisa ser mais bem pensada e compreendida para entender o caráter não apenas jurídico, mas também ético, político e social dos direitos da criança e do adolescente, já que, ao lado de uma legislação avançada em termos de direitos humanos, persiste nas instituições brasileiras e nas práticas de diversos profissionais do campo social a compreensão dos direitos da criança como mero assistencialismo, correção e disciplina<sup>27</sup>.

Logo, ainda que haja uma ambiguidade, contradição ou tensão entre proteção e autonomia, é importante salientar que os textos convencional, constitucional e legal consagram tanto direitos de proteção quanto liberdades. Portanto, é preciso

26 ARANTES, *op. cit.*, p. 49.

27 *Ibid.* p. 50.

estabelecer um diálogo ou uma conexão entre ambos, já que, para a ciência jurídica, os dois tipos de direitos existem e devem conviver, havendo necessidade de se ancorarem em um fundamento comum.

As lições de ambas as autoras são, portanto, valiosas, pois, ao mesmo tempo em que mostram a dificuldade em estabelecer o que são os direitos da criança e do adolescente, elas desafiam as ciências humanas e sociais a debater a questão sob o ponto de vista interdisciplinar, haja vista que, para definir o que são esses direitos, é mister compreender o que é a infância e a adolescência. Além disso, há a importância de se estabelecer uma conexão entre a proteção e a autonomia das crianças e dos adolescentes, o que só poderia ser alcançado com a ajuda categórica de outros saberes aos quais o Direito precisa se abrir, não se confinando em sua dogmática.

Para se conceber que a criança não é um adulto em miniatura ou que a infância não é uma mera preparação para a maturidade, não basta reconhecer que o infante é sujeito de direitos, a quem a lei concede autodeterminação e liberdades. É preciso pressupor que são pessoas concretas, que estão inseridas em contextos políticos, econômicos e sociais, e que a proteção integral é especializada e diferenciada em função da condição específica de pessoas em desenvolvimento<sup>28</sup>.

Dessa forma, para evitar a ambiguidade ou contradição evidenciada por Théry ou a tensão como concebida por Arantes, o Direito necessita construir uma teoria com coerência e que encontre fundamentos éticos, filosóficos, políticos e sociais que ajudem o mundo jurídico a compreender o balanço existente entre os dois pesos, de proteção e de autonomia, trazidos à baila pela Convenção sobre os Direitos da Criança.

Atualmente, no Direito brasileiro, já é possível encontrar ecos dessa construção teórica. A partir do conteúdo ético dos di-

---

28 REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. Fundamentos históricos e principiológicos do direito da criança e do adolescente: bases conceituais da teoria da proteção integral. In *Justiça do Direito*. v. 31, n. 3, set./dez. 2017, p. 626 e 635-636. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7840/4646>. Acesso em: 06 abr. 2021.

reitos humanos e da positivação desses direitos no sistema normativo pátrio, é possível extrair uma teoria para a proteção integral edificada sobre a dignidade da pessoa humana como valor fundamental da ordem constitucional, já que o ser humano possui direitos que decorrem de sua condição humana<sup>29</sup>.

Por outro lado, o reconhecimento da condição de sujeito de direitos para as crianças e adolescentes também impõe consagrar-lhes a noção de cidadania, fundamentando direitos econômicos, sociais e culturais que demandam prestações positivas dos poderes públicos, ao lado de direitos individuais e políticos<sup>30</sup>. Além disso, o reconhecimento normativo de que as crianças e adolescentes estão em condição peculiar de desenvolvimento<sup>31</sup> transforma a proteção integral e a prioridade absoluta no cerne da teoria da proteção integral<sup>32</sup>, dando-lhe a base principiológica para a sistematização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil.

Com isso, o referencial de respeito aos princípios de direitos humanos se soma ao objetivo de fortalecer a capacidade dos detentores desses direitos – na hipótese, a criança e o adolescente. E, em contrapartida, também exige a atuação estatal e social para a garantia desses direitos por parte de quem deve observá-los, quais sejam, a família, a sociedade e o Estado, que devem ser capacitados para tanto. Ambas as situações atendem, portanto, aos fundamentos dos próprios direitos humanos, como visto anteriormente.

O princípio da prioridade absoluta é, portanto, o instrumento para garantia de direitos da criança e do adolescente e para o reconhecimento, efetivação e aperfeiçoamento de seus direitos de autodeterminação e cidadania voltados tanto para a família e para a sociedade, quanto para o Estado, na posição

---

29 REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. Fundamentos históricos e principiológicos do direito da criança e do adolescente: bases conceituais da teoria da proteção integral. In *Justiça do Direito*. v. 31, n. 3, set./dez. 2017, p. 637-638. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7840/4646>. Acesso em: 06 abr. 2021

30 *Ibid.*, p. 640.

31 Art. 6º do ECA. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. In BRASIL, *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 05 jun. 2021.

32 REIS; CUSTÓDIO, *op. cit.*, p. 644.

daqueles que devem assegurá-los, conforme o enunciado do art. 227 da Constituição Federal. Ele também é o garantidor dos direitos individuais no que tange à proteção de sua condição, assentada esta no reconhecimento de que são seres humanos em desenvolvimento e que não conhecem plenamente seus direitos e não dispõem de meios próprios para suprir suas necessidades básicas, nem possuem condições de defender eficazmente seus interesses<sup>33</sup>.

E é a partir da prioridade absoluta que se lê o princípio do melhor interesse da criança, subsistindo como critério hermenêutico e balizador das instâncias familiares, sociais e estatais para a consagração dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Logo, é na doutrina da proteção integral que se encontra a base epistemológica para a interpretação das normas jurídicas relativas às crianças e aos adolescentes, aliada à teoria geral dos direitos humanos<sup>34</sup>.

Para Ramidoff, essa teoria epistemológica de cunho jurídico-protetivo perpassa outras dimensões cognitivas e instâncias culturais que jamais substituirão o discurso jurídico, mas proporcionam importantes contribuições para a construção transdisciplinar que visa a garantir resoluções mais adequadas aos interesses e direitos das crianças e dos adolescentes. Para ele, isso requer estratégias que permitam o preenchimento do conteúdo das normas consoante os valores humanos optados politicamente para que haja atribuição de sentido e para que os objetivos e finalidades sejam traçados com o fito de ampliar a efetividade jurídica e social das normatividades em prol da infância e da juventude, a levar a uma transformação da perspectiva analítica e da conformação ideológica sobre as questões vinculadas à criança e ao adolescente<sup>35</sup>.

---

33 *Ibid.* p. 649-650.

34 *Ibid.* p. 651-652.

35 RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar*. 2007, 432 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12287/Tese-Mario\\_Ramidoff.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12287/Tese-Mario_Ramidoff.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 07 jun 2021. p. 20.

Nessa direção, é na Filosofia e na Ética que se encontram as principais raízes de cunho teórico-metodológico para complementar a doutrina jurídica no que tange aos direitos da criança e do adolescente. A primeira busca uma teoria da justiça que intermedeie os direitos humanos e os direitos fundamentais positivados em busca de uma epistemologia para a proteção integral. Já a segunda busca pela emanção dos valores humanos subjacentes à condição de direitos humanos das crianças e dos adolescentes em sua condição de vulnerabilidade.

De outra sorte, devem ser afastadas as concepções paternalistas ou perfeccionistas, fundamentadas na proteção de certas pessoas, no caso, crianças e adolescentes, baseadas em restrições à sua autonomia, ou na concepção de modelos de virtude ou vida boa. Esse paternalismo, como já mencionado, serviu de justificativa para a doutrina da situação irregular e para as práticas assistencialistas, ainda hoje verificadas no âmbito infantojuvenil, e é a base para a coexistência dessa tensão ou ambivalência entre proteção e autonomia.

O paternalismo ou perfeccionismo pressupõem que o Estado saiba melhor o que é bom para cada pessoa, tratando-as como se elas não fossem capazes de tomar decisões apropriadas sobre suas vidas, objetificando-as. Essas linhas filosóficas, portanto, não se compatibilizam com a dignidade da pessoa humana e com o tratamento de sujeito de direitos aos seres humanos. Ao Estado, cabe motivar suas decisões em razões públicas e racionalmente aceitas pelas pessoas ao lidar com atos autorreferentes, o que não o impede de fomentar o enraizamento social de cosmovisões baseadas na liberdade e na igualdade em detrimento de outras de teor mais autoritário ou hierárquico<sup>36</sup>.

É possível, portanto, preservar o espaço de autonomia das crianças e dos adolescentes, lugar que não pode estar sujeito ao paternalismo jurídico, sem que se afaste a necessidade de proteção em razão de sua condição peculiar de desenvolvimento, quando, então, o Estado pode assumir uma postura protetora e

36 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 3a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 189-194.

emancipatória de promoção dos direitos humanos, postulando políticas públicas de salvaguarda dos direitos da criança e do adolescente – não só de proteção/provisão, mas também de autonomia/autodeterminação. Elimina-se, assim, a possibilidade de exercício autoritário por parte do Estado acerca do que é o melhor interesse da criança, aliviando-se a tensão ou ambivalência entre direitos de proteção e direitos de autonomia.

Sem embargo, além da discussão ético-filosófica, a contribuição da Psicologia, precipuamente, da Psicanálise, também é significativa, observada a intersecção com o Direito entre a definição de subjetividade e o conceito de pessoa em desenvolvimento, já que é na infância e na adolescência que se dá o processo de construção da identidade a partir dos registros paterno e materno e do estado de filiação a que todo ser humano está submetido. O Direito, por não deter conhecimento acerca desse aspecto, pode concorrer para a degradação da significação do que é ser um pai ou uma mãe<sup>37</sup> e escorregar na esteira daquele paternalismo estatal narrado por Irène Théry, antes mencionado.

Portanto, é essencial para o estudo dos direitos da criança e do adolescente conhecer a subjetividade infantojuvenil, até porque as crianças e os adolescentes são muito mais do que somente sujeitos de direitos, e esse processo de subjetivação requer investimento socioeducativo para que eles se encontrem como sujeitos, num lugar de inserção social e com um projeto de vida responsável<sup>38</sup>.

Não se pode esquecer que a família é considerada a base da sociedade<sup>39</sup> e que é dever dela, junto com a sociedade e o Estado assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente. E, pela perspectiva dos direitos humanos, faz-se imperativo for-

---

37 GUYOMARD, Patrick. A Lei e as leis. In ALTOÉ, Sônia (Org). *op. cit.*, p. 12 e 28. O autor cita um caso emblemático ocorrido na França, em que um casal resolveu ter um filho por inseminação artificial. Após o nascimento do filho, houve o divórcio e, posteriormente, o pai requereu em juízo que lhe fosse retirada a paternidade sob o argumento de que o filho não era biologicamente seu. O Judiciário então acolheu essa tese em detrimento do sentido psicossocial da paternidade e dos efeitos jurídico-sociais sobre o estado de filiação. Para o autor, o julgador agiu em uma espécie de perversão, no sentido psicanalítico, da lei.

38 RAMIDOFF, *op. cit.*, p. 94 e 101.

39 Art. 226 da Constituição Federal. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. In BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jun. 2021.

talecer não só a capacidade das crianças e dos adolescentes como detentores de direitos, mas também daqueles que lhes devem afiançar essa capacidade, como já aqui reiterado.

Por certo, a autodeterminação das crianças e dos adolescentes encontra limites no poder familiar, ante a responsabilidade parental direcionada para o desenvolvimento pleno do público infantojuvenil, sendo a família a primeira a ser chamada a cumprir esse desiderato. Esse poder, contudo, não pode ser considerado um sistema de opressão, pois é um poder-dever<sup>40</sup>, que pode degenerar em abuso ou excesso, caso em que a sociedade e o Estado, por também comporem o sistema garantidor dos direitos da criança e do adolescente, devem intervir para assegurar à criança e ao adolescente sua dignidade e sua condição peculiar de desenvolvimento diante do descumprimento dos deveres funcionais da família.

Logo, é preciso que os operadores do Direito compreendam as funcionalidades das figuras paterna e materna, e, por esse motivo, ressalta-se a importância da construção metodológica interdisciplinar de uma teoria da proteção integral como instrumento fundante para que a sociedade e o Estado, em caso de virem a ser chamados a interferir, possam atuar nessa relação com fulcro nos compromissos ético-filosóficos dos direitos humanos. Em virtude disso, para o estudo do Direito da Criança e do Adolescente, é necessário compreender a dimensão psicossocial da família, da sociedade e do Estado, sendo relevante a contribuição da Psicologia para tanto.

Um outro desafio que a doutrina da proteção integral se propõe é sociopolítico. É a operação de mudanças socioculturais indispensáveis para implementação de valores humanos consagrados pela lei e, ao mesmo tempo, a observância do processo inverso, de como esses valores já incorporados na comunidade se integram ao campo jurídico. Por isso, a importância de analisar situações

---

40 MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021. p. 16. Para a autora, na família pós-moderna e democrática, a autoridade parental dilui-se no respeito à originalidade do filho. Os pais devem ajudar os filhos a tornarem-se si mesmos, sendo essa a ideia de melhor interesse da criança.

que envolvam crianças e adolescentes à luz da metodologia das ciências sociais e, também, de confrontar os critérios de valoração das normas jurídicas com as realidades sociais por ela reguladas. O âmbito social contribui, portanto, não só para a formulação dos direitos, mas também para sua formatação<sup>41</sup>, seja identificando grupos sociais, seja pela análise dos aspectos políticos, econômicos e sociais envolvidos, notadamente, as desigualdades socioeconômicas e os pluralismos de vivências infantis e adolescentes.

Sob esse ponto de vista, Direito, Política e Sociologia dariam as mãos para fundamentar, orientar, discutir e implementar políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente, não só para sua emancipação como cidadãos e sujeitos de direitos, mas, outrossim, para sua proteção, considerada sua vulnerabilidade pela condição de pessoas em desenvolvimento ou, em casos de específicos grupos sociais, sua vulnerabilidade social ou psíquica, na tentativa de encontrar uma intersecção satisfatória entre os direitos de proteção e os de emancipação, afastando-se de concepções paternalistas ou assistencialistas no que tange a atos autorreferentes e sempre com fundamento na teoria da proteção integral e dos direitos humanos<sup>42</sup>. Portanto, o Direito necessita da abordagem crítica às soluções político-institucionais adotadas, em especial quando há falta de efetividade dos direitos humanos, sobretudo, os das crianças e adolescentes, mesmo havendo posituação pelas normas jurídicas.

Por fim, não se pode olvidar o contributo do processo histórico de evolução dos direitos humanos ligados à criança e ao adolescente e narrados no capítulo anterior como forma de situar o Direito da Criança e do Adolescente no tempo e no espaço, apontando como necessário o método interdisciplinar para conhecer as bases fundantes da doutrina da proteção integral e sua efetivação, tanto no mundo quanto na sociedade brasileira, e o modo como se chegou até o ponto em que hoje se encontra.

41 RAMIDOFF, *op. cit.*, p. 127-129.

42 Sobre esse ponto, é significativo o estudo dos conselhos de defesa dos direitos da criança e do adolescente, sobretudo os conselhos tutelares. Importante também realçar que a Constituição Federal e o ECA enumeram uma série de políticas públicas a serem conduzidas pelos entes estatais para a promoção dos direitos da criança e do adolescente e para a construção de um sistema de garantias desses direitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito da Criança e do Adolescente possui correlação histórica com os direitos humanos, alcançando grande repercussão com a Convenção sobre os Direitos da Criança, ao consagrar a doutrina da proteção integral. Além de a Convenção ter sido ratificada pelo Brasil, a Constituição Federal e o ECA, mesmo antes dessa ratificação, já consagravam a proteção integral como anepáro fundamental dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Os fundamentos e métodos dos direitos humanos contribuem de forma incisiva para o debate dos direitos infantojuvenis e exigem a interdisciplinaridade como pressuposto, haja vista que os direitos humanos possuem valores ético-filosóficos e políticos que precisam ser delineados para a interpretação das normas jurídicas. Assim, realça-se o respeito aos princípios relativos aos direitos humanos com o objetivo de implementação e cumprimento para o fortalecimento não só de quem é detentor desses direitos, mas também de quem deve assegurá-los.

Os direitos da criança e do adolescente carregam uma ambiguidade ou uma tensão entre os direitos de proteção e os de autonomia, como previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança, o que demanda a construção de uma teoria jurídico-protetiva de cunho epistemológico, com fulcro na fundamentação da doutrina da proteção integral e na interpretação dos institutos jurídicos ligados à criança e ao adolescente, afastando-se de concepções paternalistas que fundamentaram a doutrina da situação irregular. E isso enseja a interdisciplinaridade com outros saberes das ciências sociais e com a Filosofia e a Ética, em especial na delimitação de uma teoria da justiça que equilibre a proteção e a emancipação das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em face de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, além de uma abordagem crítica da implementação desses direitos.

Por outro lado, a Psicologia, com a identificação das subjetividades; a Sociologia, com os estudos da valoração da norma na sociedade e sua efetividade; a Política, com o espaço de

construção de cidadania emancipatória e de proteção de vulnerabilidades e de políticas públicas voltadas para tanto; além da História, para situar os direitos da criança e do adolescente no tempo e no espaço sem perder de vista a teoria dos direitos humanos, são essenciais para a compreensão desse aporte teórico jurídico-protetivo, com base na proteção integral a equilibrar proteção e autonomia das crianças e adolescentes rumo ao desenvolvimento como pessoas.

Portanto, o debate interdisciplinar é essencial e indispensável para a compreensão dos direitos da criança e do adolescente, particularmente se observada a perspectiva dos direitos humanos da qual tais direitos são provenientes. ❖

## REFERÊNCIAS

ACÇOLINI, Grazielle. *Antropologia, direitos humanos e interdisciplinaridade*. Disponível em: [http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1400524983\\_ARQUIVO\\_TextoCompleto.pdf](http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1400524983_ARQUIVO_TextoCompleto.pdf). Acesso em: 30 mar. 2021.

ANDREASSEN, Bard. A.; SANO, Hans-Otto; MCKIRNENEY-LANKFORD, Siobhán. *Human Rights Research Methods: a handbook*. USA: Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1-14.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Direitos da Criança e do Adolescente: um debate necessário. In *Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, vol. 24, n. 1, p. 45-56, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pc/v24n1/04.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jun. 2021.

\_\_\_\_\_, *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 05 jun. 2021.

\_\_\_\_\_, *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/16697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16697.htm). Acesso em: 05 jun. 2021.

\_\_\_\_\_, *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 05 jun. 2021.

FREITAS, Ramiro Ferreira de; SILVA, Jardel Pereira da; GAMA, Aymé Holanda. Os direitos da criança e do adolescente: aporte histórico e evolução jurídica à luz da proteção humana. In *Revista Aporia Jurídica (on-line)*. *Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE*. 7. ed., vol. 1, p. 269-282, jan-jul-2017. Disponível em: <http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/80/91>. Acesso em: 05 abr. 2021.

GUYOMARD, Patrick. A Lei e as leis. In: ALTOÉ, Sônia (Org). *A Lei e as leis*. Direito e Psicanálise. Rio de Janeiro: Revinter, 2007, p. 3-59.

JOSEPH, Sarah; KYRIAKAKIS, Joanna. The United Nations and Human Rights. In JOSEPH, Sarah; MCBETH, Adam. *Research Handbook on International Human Rights Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2010, p. 1-35.

LANGFORD, Malcom. Interdisciplinarity and Multimethod Research. In: ANDREASSEN, B.A. et al. *Human Rights Research Methods: a handbook*. USA: Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1-30.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino. *Instrumentos de promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente, enquanto direitos humanos especiais de geração. Instrumentos normativos internacionais de promoção e proteção*: a Convenção sobre os Direitos da Criança. p. 1-12. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2018/04/analise-historica-sobre-os-23-anos-do-eca.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar*. 2007, 432 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12287/Tese-Mario\\_Ramidoff.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12287/Tese-Mario_Ramidoff.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 07 jun 2021.

REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. Fundamentos históricos e principiológicos do direito da criança e do adolescente: bases conceituais da teoria da proteção integral. *In Justiça do Direito*. v. 31, n. 3, p. 621-659, set./dez. 2017. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7840/4646>. Acesso em: 06 abr. 2021.

ROSSETO, Geralda Magella de Faria; VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente. *In VERONESE, Josiane Rose Petry (Org). Direito da Criança e do Adolescente*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 67-104.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 3a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SMITH, Rhona; MCCONNELL, Lee. Introduction to human rights research methods. *In SMITH, Rhona; MCCONNELL, Lee. Research Methods in Human Rights*. New York: Routledge, 2018, p. 1-5.

THÉRY, Irène. Novos direitos da criança – a poção mágica? *In ALTOÉ, Sônia (Org.). A Lei e as leis*. Direito e Psicanálise. Rio de Janeiro: Revinter, 2007, p. 137-161.

VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes Muniz. A criança e o adolescente no marco internacional. *In VERONESE, Josiane Rose Petry (Org). Direito da Criança e do Adolescente*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 11-39.

# Controle Judicial do Ato Administrativo à Luz da Teoria das Capacidades Institucionais

**Rafael Couto Federice**

*Graduação em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Juiz Leigo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

## 1. INTRODUÇÃO

Os limites da influência de um poder da República sobre os demais é um tema muito caro ao equilíbrio de qualquer Estado Democrático de Direito, vez que um dos seus pilares é justamente a separação e independência entre eles (art. 2º da CRFB).

Assim, as relações orgânicas entre os Poderes – especialmente as exceções à mencionada separação e independência – devem ser previstas na Lei Maior, que cunhou o que se chama de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), a fim de que um poder seja controlado pelo outro, com o nítido fim de evitar abusos no exercício de cada uma das funções atribuídas a eles.

Dentre os instrumentos introduzidos por esse sistema, destaca-se o controle judicial exercido naturalmente pelo Poder Judiciário sobre os atos editados pelos demais Poderes; e, nesse contexto, a distinção entre atos discricionários e atos vinculados tem importância fundamental (DI PIETRO, 2013, p. 225) para traçar limites a essa atuação.

## 2. ATOS VINCULADOS X ATOS DISCRICIONÁRIOS

Em relação aos atos vinculados, a doutrina prega a ampla liberdade do Poder Judiciário para exame em todos os seus as-

pectos (DI PIETRO, 2013, p. 225), vez que todos os elementos do ato estariam definidos em lei, o que permitiria a análise de sua conformidade e a eventual declaração de sua nulidade, caso se verifique alguma irregularidade.

Já em relação aos atos discricionários, é tradicional a separação entre a análise de mérito propriamente dita e a de legalidade, estando o Poder Judiciário limitado à segunda, de forma a respeitar a discricionariedade administrativa, sob pena de substituir o gestor público em sua função, imiscuindo-se de uma competência que não lhe foi dada pela Constituição Federal e, assim, violar a nobre e necessária separação de Poderes.

Isso não significa que há uma carta branca ao gestor, pois a análise do mérito é possível em seu aspecto de legalidade, ou seja, de conformidade com os limites da liberdade (que não se confunde com arbitrariedade) assegurada pela lei, verificando-se que não foram ultrapassados tais limites.

Apesar dessa dicotomia ter se mantido pacificada por longo tempo, com o desenvolvimento do pós-positivismo jurídico, “não mais se permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade” (BINENBOJM, 2008. p. 208).

Daí, o ato administrativo deve se submeter não mais a um mero controle de legalidade, mas a um controle de juridicidade, entendida, segundo o dicionário de vocabulário jurídico do STF, como a “vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineados na Constituição”.

Como decorrência da juridicidade, tema deveras rico que merece um trabalho próprio, pretende-se perquirir o papel da teoria das capacidades institucionais no controle judicial dos atos administrativos e, para isso, começaremos com um breve histórico.

### 3. HISTÓRICO DA TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS NO STF

#### A) Política Externa

O primeiro caso (v. RCL 11.243/11 e EXT 1.085 PET-AV) examinado pelo STF no qual se mencionou a capacidade institucional de um órgão e/ou entidade como fator limitador para o exercício do controle judicial foi julgado em 2011.

A República Federativa da Itália exigia a extradição de um indivíduo, negada pelo então Presidente da República, com fundamento em cláusula do tratado de extradição entre a RFB e RFI, que permitia a recusa à extradição por crimes políticos.

O STF não conheceu da reclamação, assentando que a extradição não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu Chefe de Estado, o Presidente da República.

*A ratio decidendi* é deveras interessante, mas nos interessa um dos argumentos de reforço (*obiter dictum*) utilizados pelo STF: o Chefe de Estado é figura constitucionalmente capacitada para interpretar o Tratado de Extradição, por lhe caber, de acordo com o art. 84, VII, da CRFB, “manter relações com Estados estrangeiros”.

Concluiu, dessa forma, que o Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, *in casu*, a noção de capacidades institucionais, nos moldes cunhados por SUNSTEIN e VERMEULE (2002).

#### B) Controle de Contas

Em 2015, o STF mencionou (v. MS 33.340, j. 26/05/15) a capacidade institucional do TCU como órgão constitucionalmente

imbuído do controle financeiro da Administração Pública, mas não se debruçou sobre o tema de forma mais aprofundada.

Menciona-se a decisão para traçar um histórico fiel da teoria na jurisprudência do STF e porque, apesar de ter sido breve a menção, fortaleceu a mensagem de que a teoria é reforçada pela previsão constitucional.

Já em 2019, o STF novamente foi instado a exercer o controle sobre ato emanado do TCU e reforçou (v. MS 36.369, j. 17/05/19) a necessidade de deferência às suas decisões quando respaldadas na sua habilitação e atribuição técnicas constitucionalmente previstas (art. 71, CRFB) e ausentes violações aos princípios e valores constitucionalmente caros (ampla defesa, contraditório e devido processo legal).

Em 2020, o STF apontou (v. AgR no AgR no MS 31.677, j. em 04/05/2020) que a revisão judicial dos atos praticados pelo TCU, órgão técnico-especializado no controle da Administração Pública Federal e com previsão constitucional para tanto, deve ser exercida com parcimônia, em situações de patentes ilegalidade e/ou teratologia, em respeito à capacidade institucional da Corte de Contas no regular exercício de suas funções constitucionais.

Posteriormente, o STF reforçou (v. AgR no MS 36.869, AgR no MS 31.244 e AgR no MS 36.744, j. 22/05/2020 e MS 30.892 e MS 35.409, j. 08/06/2020) a aplicação da teoria das capacidades institucionais às decisões tomadas pelo TCU em seu *munus*.

### C) Definição de Receitas e Despesas

Em 2016, o STF reconheceu (v. ADI 5.468, j. 30/06/16) que “a jurisdição constitucional, em face da tessitura aberta de conformação legislativa prevista pelo inciso I do § 3º do art. 166 da CRFB, não detém capacidade institucional automática ou presumida e não pode empreender, no âmbito do controle abstrato, a tarefa de coordenação entre o Plano Plurianual (PPA) e as respectivas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDOs) e Leis Orçamentárias Anuais (LOAs)”.

## D) Políticas Públicas em Matéria Ambiental

Em 2018, pretendeu-se discutir três temas afetos ao direito ambiental: reserva legal, mecanismos de sanção e reparação ambiental e áreas de preservação permanente.

O STF entendeu (v. ADC 42, j. 28/02/18) que a questão revestia-se de importância e complexidade maior, considerado o impacto da política ambiental nas futuras gerações e o caráter técnico-científico inerente à matéria, impondo-se ao Supremo prudência na análise das causas de pedir veiculadas e deferência às instâncias representativas.

Ponderou ainda que tal prudência não significava afastar-se do papel contramajoritário, mas sim reconhecer as diversas capacidades institucionais em jogo, as quais afetavam sobretudo situações como a discutida naquele processo, presentes os fatos e previsões efetuadas pelo Legislativo, com significativa influência de fatores propriamente científicos.

O relator apresentou vários argumentos pela constitucionalidade dos dispositivos questionados, dentre os quais destacamos dois: i) obediência ao devido processo legal substantivo (ampla participação social e suporte técnico e científico) e ii) falta, ao Poder Judiciário, de capacidade institucional para apreciar fundamentadamente as inúmeras discussões técnicas envolvidas, pois abrange a percepção e análise de uma realidade que não é aferível do contraste entre a legislação impugnada e o projeto normativo da Constituição em matéria de proteção ambiental.

Naquele cenário, a jurisdição constitucional encontrou óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe de julgado da Suprema Corte Americana (v. FCC v. *Beach Communications, Inc.* 508 U.S. 307,1993), no qual se consignou que “a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos”.

Assim, caberia ao Poder Judiciário um dever de deferência para com as opções políticas adotadas pelo Legislativo e, sob a ótica da capacidade institucional, “ausente em um cenário de incerteza, impor-se-ia a autocontenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas” (VERMEULE, 2016, p. 130, 134-135).

### **E) Improbidade Administrativa**

Em 2018, o STF, sob a redatoria para acórdão do Min. Roberto Barroso, afastou a extensão do foro de prerrogativa de função para ações de improbidade administrativa, apontando (v. AgR na Pet 3.240/DF, j. 10/05/18) que “a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1o grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa”.

### **F) Políticas Públicas em Matéria de Educação e Ensino**

Ainda em 2018, o STF decidiu (v. ADC 17, j. em 01/08/18) que cabe ao Ministério da Educação a definição do momento em que o aluno deverá preencher o critério etário para ingresso no ensino fundamental, pois se trata de órgão dotado de capacidade institucional adequada para a regulamentação da matéria.

No caso concreto, essa definição foi fruto de debates contínuos realizados por órgãos técnicos responsáveis por subsidiar o Ministério da Educação com informações de cunho pedagógico e de psicologia educacional, o que recomendava “postura de autocontenção judicial e deferência com relação ao órgão técnico”.

Interessante registrar que o Min. Roberto Barroso, possivelmente o maior entusiasta da teoria (no STF), em seu pedido de vista, ressaltou sua deferência para com as posições técnicas, mencionando o Conselho Nacional de Justiça, o CADE e Tribunal de Contas da União.

Em 2020, o STF reforçou (v. ADPF 460, j. 29/06/2020) a aplicação da teoria das capacidades institucionais ao tema e o neces-

sário respeito aos especialistas em pedagogia, psicologia e educação, responsáveis pelo desenho de políticas públicas no setor.

### G) CNMP

Em 2019 e 2020, pretendeu-se a revisão de decisão administrativa tomada pelo CNMP, no exercício de sua função correicional e o agravo interno foi desprovido.

O STF não atua como instância recursal das decisões administrativas tomadas pelo CNMP no regular exercício das atribuições constitucionalmente estabelecidas, de sorte que, “ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, impõe-se ao Poder Judiciário autocontenção (*judicial self-restraint*) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior capacidade institucional para o tratamento da matéria” (v. AgR no MS 34.493, j. 06/05/19 e MS 37.178, j. 18/08/2020).

### H) CNJ

Ainda em 2019, em caso semelhante (v. AgR no MS 36.062, j. 06/05/19) ao tratado no tópico anterior, pretendeu-se o reexame de PAD instaurado pelo CNJ, com breve menção à necessária deferência, por sua habilitação técnica, à capacidade institucional do órgão no exercício da sua competência constitucional de controle do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados.

Posteriormente, no mesmo ano (AgR no MS 36.037, j. 28/05/19), o STF reforçou a necessidade de deferência à habilitação técnica do CNJ para o exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 103-B, §4º, V da CRFB.

O STF seguiu coerente em sua jurisprudência sobre o tema (v. AgR no MS 36.253 e AgR no MS 35.758, ambos j. 11/05/20, AgR no MS 36.993, j. 29/05/20, AgR no MS 36.884, j. 08/06/20 e MS 36.716, j. 16/06/20), apontando que descabe transformar-se em instância recursal, revisora geral e irrestrita, das decisões administrativas tomadas pelo CNJ, no regular exercício de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas.

Assim, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, impõe-se ao Poder Judiciário

autocontenção (*judicial self-restraint*) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos técnico-especializados, sobretudo os dotados de previsão constitucional para tanto, dada sua maior capacidade institucional para o tratamento da matéria.

## I) Atividade Regulatória

Também em 2019, o STF apontou (AgR no RE 1.083.955, j. 28/05/19) que “a capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos” e traçou interessantes vetores para a aplicação da teoria, que serão vistos a seguir.

## 4. CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO À LUZ DA TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

Consoante adverte Sarlet (2017), o objetivo da teoria das capacidades institucionais é:

[...] cobrar do Poder Judiciário, de modo especial em áreas sensíveis como a do controle das políticas públicas e que envolvem uma grande exigência de conhecimentos técnicos estranhos ao mundo jurídico, um maior grau de deferência em relação às opções e decisões levadas a efeito pelo legislador e pelo administrador, no sentido de uma valorização recíproca das capacidades institucionais de cada esfera estatal [...].

Segundo Barroso (2013), a noção de capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, de modo que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o “árbitro” mais qualificado por falta de informação ou de conhecimento específico.

O argumento da capacidade institucional é, portanto, “critério interpretativo a ser levado em consideração na atividade jurisdicional” (WEBER, ADC 42, p. 442), como já decidiu o STF,

em diversos contextos decisórios, nos quais o problema jurídico subjacente é permeado por questões técnicas e de cenário de incertezas, a exemplo da necessidade de inferências baseadas em consensos médicos e/ou técnicos especializados.

Decisões que envolvam questões dessa qualidade somente podem ser revistas pelo Poder Judiciário, especificamente pelo STF (espaço qualificado por uma intersubjetividade muito mais restrita que a existente no Legislativo, não obstante busque-se amenizar isso por meio dos *amicus curiae* e da audiência pública), quando se tratar de “inconstitucionalidade cuja constatação não requeira profunda revisão das premissas fáticas e técnico-jurídicas adotadas na tomada da decisão” (TOFFOLI, ADC 42, p. 586).

Do histórico jurisprudencial traçado, podemos extrair alguns vetores para aplicação da teoria das capacidades institucionais ao controle judicial do ato administrativo, como:

- i. deferência aos sistemas de representatividade e às atribuições constitucionais de competência;
- ii. respeito à expertise técnica de outras instituições em contraste à falta de expertise de tribunais para decidir sobre determinadas matérias que envolvem questões policêmicas e/ou prognósticos especializados;
- iii. reconhecimento da limitação analítica do Judiciário quando a matéria transcender o mero contraste entre a legislação impugnada e a Constituição;
- iv. atenção à possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica da atuação administrativa;
- v. ausência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia;

A teoria das capacidades institucionais mostra-se relevante instrumento de dupla-função: tanto serve de vetor para o exercício do controle judicial sobre os mais diversos atos – não só administrativos – como serve de limite ao exercício desse controle,

atuando como importante fator para a manutenção de uma sadia separação de poderes. ❖

## 5 BIBLIOGRAFIA

ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 38, p. 6 a 50.

BARROSO, Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2013.

VERMEULE, Adrian. ***Law’s Abnegation.*** Cambridge: Harvard University Press, 2016.

# “O Combinado não Sai Caro”: Uma Relação da Autocomposição com o Desenvolvimento Político e Socioeconômico

**Thiago Ferreira Cordeiro**

*Graduação em Ciências Sociais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

**RESUMO:** O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Lei nº 13.105/15) introduziu diversas inovações nas práticas jurídicas. Dentre elas, destaca-se a valorização das técnicas de autocomposição e de colaboração processual. Mas, para além da necessidade prática de responder a um sistema lento e formalista, há uma preocupação de ordem ideológica levando autores a defender a existência de uma mudança paradigmática em curso, que deverá levar a uma nova cultura no método de solução de crises jurídicas. Discutem-se os fundamentos jurídicos, políticos, filosóficos e socioeconômicos da Justiça Conciliativa, desenvolvendo uma reflexão sobre as potencialidades e preocupações que envolvem a concepção do processo civil enquanto procedimento cooperativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Civil, conciliação, democracia participativa.

**ABSTRACT:** THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE (Law nº 13.105/15) introduced several innovations in legal practices. Among them, the valorization of techniques of self-composition and procedural collaboration stands out. But beyond the practical need to respond to a slow and formalist system, there is an ideological concern leading authors to defend the existence of

an ongoing paradigm shift, which should lead to a new culture in the method of solving legal crises. The legal, political, philosophical and socioeconomic foundations of Conciliatory Justice are discussed, developing a reflection on the potentialities and concerns that involve the conception of the civil procedure as a cooperative procedure.

## 1. INTRODUÇÃO

ONOVOCÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Lei nº 13.105/15) introduziu diversas inovações nas práticas jurídicas. Dentre elas, destaca-se a valorização das técnicas de autocomposição e de colaboração processual. Tais institutos acompanham um movimento de diversos países no sentido da flexibilização de normas processuais e do fortalecimento dos chamados métodos alternativos à solução de conflitos.

A mudança não se deu por acaso. O relatório *Justiça em números* de 2020, publicado pelo CNJ, demonstra que, em média, a cada 100.000 habitantes, 12.211 ingressaram com uma ação em 2019, isto é, mais de 12% da população brasileira. Ao mesmo tempo, cada processo demora, segundo dados do mesmo período, cerca de 5 anos e 4 meses para ser concluído. O resultado é uma tendência progressiva de acúmulo de causas litigiosas sem solução.

Tal contexto de excesso de judicialização é um problema grave para a administração da Justiça, que acaba por repercutir, como se verá adiante, em custos sociais, econômicos e políticos. Sabemos que o processo é o meio a partir do qual, através do direito de ação, o cidadão exige que o Estado exerça o seu papel de Leviatã. Portanto, a ineficiência do poder público enquanto garantidor do contrato social gera um desgaste para a legitimidade dos canais formais de solução de conflitos, abrindo caminho para corrosões na ordem civil, capazes de desacreditar o Estado Democrático de Direito e todas as relações que dele dependem. Os cidadãos, insatisfeitos com os mecanismos legítimos de pacificação podem, no limite, recorrer a condutas antissociais ou criminosas (BACELLAR, 2015). A esse respeito, com sabedoria

colocou o ministro Marco Aurélio de Melo, em breve passagem que se destaca:

A pressão que advém desse antagonismo põe a nu o que pode ser considerado, aos olhos da população, o tendão de Aquiles, a maior fragilidade do sistema jurídico brasileiro – a morosidade na entrega da prestação jurisdicional, cujas consequências, infelizmente, são o desalento de quem a requer e o descrédito para aqueles que, mesmo unguidos de toda abnegação, veem-se impotentes para debelar a avalanche cotidiana de processos. Os perigos de tais posturas, Kafka outrora bem os revelou ao enunciar, no magistral “O processo”, que a Justiça existe para quem nela acredita. Destarte, a perda dos valores simbólicos, carcomidos pelas algemas da lentidão, inevitavelmente acabará resultando na prevalência da lei do mais forte, na exacerbação do poder econômico, acabrunhando sempre e mais o desvalido cidadão comum. (MELLO, 2007, pp. 88-90)

Assim, por trás do intuito da legislação em flexibilizar as normas processuais e solucionar crises jurídicas por conciliação, está a imperatividade de atender às demandas contemporâneas por jurisdição. É perceptível, já há algum tempo, que o processo contencioso, burocrático e preocupado em impor a vitória de uma parte sobre a outra, muitas vezes não é eficiente o bastante, tanto para pacificar o conflito já existente quanto para prevenir o surgimento de novos conflitos no seio das relações sociais conturbadas.

Mas, para além da necessidade prática de responder a um sistema lento e formalista, há uma preocupação de ordem ideológica levando autores a defender a existência de uma mudança paradigmática em curso, que deverá levar a uma nova cultura no método de solução de crises jurídicas. Começam a soar expressões como *processo colaborativo* ou *processo democrático*. Termos praticamente antitéticos, parecem absurdos a um primeiro olhar conservador. Se o processo sempre foi caracterizado por uma lide e por um desenvolvimento dialético da verdade centrado no convencimento do magistrado, falar em cooperação no conflito, ou democracia na sentença, aparenta ser uma excrecência. Contudo, é exatamente uma superação dos perfis adversarial e

inquisitivo o que vem propondo uma corrente simpática à influência da Justiça Conciliativa no processo civil.

Até então, o arcabouço da teoria geral do processo foi construído em torno do conceito de “lide” e da imposição da verdade da lei pelo Estado, o que confere ao Judiciário um papel de autoridade coatora na pacificação dos conflitos. Com o sinal de novos tempos, que parecem, por um lado, desacreditar o intervencionismo do poder público e, por outro, reconhecer a insuficiência do absentismo estatal, formas híbridas de interação entre o público e o privado vêm constituindo um novo paradigma de busca do interesse coletivo. Nesse sentido, uma processualística que combina o diálogo democrático entre as partes com a autoridade do juiz caminha de encontro aos ares contemporâneos.

Neste artigo, discutem-se os fundamentos jurídicos, políticos, filosóficos e socioeconômicos da Justiça Conciliativa, desenvolvendo uma reflexão sobre as potencialidades e preocupações que envolvem a concepção do processo civil enquanto procedimento cooperativo. Partindo da doutrina mais contemporânea, que valoriza as técnicas de autocomposição como uma parte essencial da jurisdição estatal, dentre as quais citamos os professores Calmon de Passos, Leonardo Greco, Luiz Guilherme Marinoni, Ovídio Baptista e Fredie Didier Jr. (*apud SÁ, 2020*), propõe-se uma exposição das questões técnicas e valores que permeiam esse novo modelo jurisdicional.

## 2. O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

Tradicionalmente, são identificados dois modelos processuais nas civilizações ocidentais: o inquisitivo, ou inquisitorial, e o dispositivo, também chamado de adversarial. O primeiro é marcado por um alto poder de intervenção do juiz na condução do processo em busca da verdade real. O segundo adota uma postura mais liberal e tímida frente aos interesses das partes. Nele, o magistrado assume a posição de um observador que não toma a frente da marcha processual para não se contaminar e comprometer sua imparcialidade. Ao contrário, apenas aguarda

que as próprias partes interessadas formem o seu convencimento, comprometendo-se a julgar a causa nos limites que lhe foram trazidos por elas. Mais do que uma diferença de técnica jurídica, a adoção de um modelo ou outro reflete em parte a opção política de cada país, conforme se privilegie uma maior preocupação com a Justiça material ou com a segurança jurídica.

Desta forma, estamos diante de uma inovação quando parte significativa da doutrina fala do nascimento de um novo modelo processual, denominado “cooperativo”. Este se destacaria pela inexistência de protagonismo, colocando as partes e o magistrado em posição de igualdade. Para Fredie Didier (2011), o princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC<sup>1</sup>, deriva diretamente do contraditório, do devido processo legal e da boa-fé processual. Pode-se dizer que este modelo combina aspectos dos dois paradigmas anteriores. O juiz possui poder de intervenção no processo, produzindo provas (art. 370) ou distribuindo seu ônus de forma diversa (art. 373, § 1º), mas, ao mesmo tempo, deve exercê-lo, sempre que possível, sem a verticalidade que é típica ao modelo inquisitorial.

Além dos dispositivos supracitados, o princípio da cooperação encontra-se presente na vedação da prolação de decisões surpresas, consagrada no art. 10 do diploma processual, bem como na possibilidade de designação de audiência para saneamento conjunto dos pontos controvertidos do processo, oportunizando às partes comparecerem para esclarecer suas alegações. Mas as normas mais significativas em termos de conciliação quanto às regras processuais são respectivamente os arts. 190 e 191 do código em comento. O art. 190 trouxe a chamada “cláusula geral de negociação processual”, dispondo que:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

---

<sup>1</sup> Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Por meio de tais poderes amplos de flexibilização das normas, as partes podem negociar quanto as regras de Direito Processual, desde que não violem princípios de ordem pública, favorecendo um resultado mais célere e eficiente, em respeito às especificidades de cada litígio. Estes negócios podem ser celebrados durante o processo, perante o juiz, ou até mesmo antes, enquanto cláusula contratual. Na mesma linha, o art. 191 consagrou o poder de “calendarização dos atos processuais”, sendo as partes capazes de adequar os prazos de tramitação do processo aos seus interesses, em detrimento do curso genérico de tramitação pensado pelo legislador.

Estes dois institutos talvez sejam aqueles que concretizam com mais clareza o modelo cooperativo de processo. Por meio destes, a autocomposição não se limita ao direito material, sendo transformada em regra da própria dinâmica processual. Tal expectativa só poderia ser concretizada por meio de uma arena mais horizontal de discussão, em que as posições privadas e a do próprio juiz podem ser negociadas em nome de um resultado socialmente mais satisfatório.

Contudo, apesar do entusiasmo do legislador e de parte da doutrina, tais poderes são ainda pouco utilizados. Seja pela insegurança jurídica de eventuais modificações atípicas incorrerem em nulidade, seja pela dificuldade de viabilizar na prática a existência de um regramento para cada processo, ou mesmo pela estranheza das partes e do Judiciário, pouco acostumados com tal liberdade, o fato é que são raros os casos em que os litigantes e o juiz modificam procedimentos ou elaboram calendários.

Seja como for, missão tão importante quanto conduzir o processo de modo democrático é que o mérito das causas também seja resolvido de forma participativa. Nesse sentido, o art. 334 do CPC prevê que o primeiro ato a ser realizado após a citação do réu é a audiência conciliatória, de modo que, antes de haver a materialização do contraditório através da contestação, as partes são instadas primeiramente a conciliar. Tal audiência, antes prevista apenas nas hipóteses sujeitas ao antigo *Procedimento*

*Sumário*, foi incorporada de maneira definitiva ao *Procedimento Comum*, sendo de observância pelo juiz, a princípio, obrigatória, sujeitando as partes inclusive à condenação em multa por ato atentatório à dignidade da Justiça em caso de não comparecimento injustificado (art. 334, § 8º).

Nesse sentido o processo civil contemporâneo vem acenando na direção de uma reformulação paradigmática no modo como se concebe o acesso à Justiça. Alguns críticos, entretanto, sustentam que a interpretação segundo a qual a cooperação reconstruiu o entendimento que se tem do contraditório, acarretando a existência de um novo modelo, é uma leitura idílica e perigosa. A essa construção, o professor Lênio Streck faz duras críticas. Sustenta o mesmo que a interpretação segundo a qual o princípio da cooperação implica um redimensionamento do contraditório acaba por desvirtuar o mesmo, gerando um dever inconstitucional de colaborar, mesmo contra o interesse da parte. A imposição desse dever ético seria capaz de gerar abusos. Em suma, defende-se o modelo adversarial de processo, sustentando que o dever de cooperação se limita a uma ampliação do princípio da boa-fé objetiva, de aplicabilidade mais restrita. Posição semelhante é a sustentada por Machado (2015), para quem a ideia de um processo essencialmente colaborativo parece crer que as partes e o juiz sairão de mãos dadas rumo ao “arco-íris processual”.

Com a devida vênia aos argumentos sólidos em sentido contrário, não cremos que as preocupações expressadas pelos adeptos do paradigma adversarial sejam contundentes o bastante para afastar o novo modelo. Se corre o risco de parecer utópica a proposta de um processo democrático, devemos lembrar que a democracia em si é uma utopia, como um ideal a ser perseguido sem nunca ser concretizado. Fatalista, por outro lado, é reduzir a cooperação a um anexo da boa-fé.

Ademais, o princípio da cooperação pode ser sustentado também pela ótica do próprio direito material. O Código Civil de 2002, capitaneado pelo professor Miguel Reale Júnior, consagrou três valores básicos que o inspiraram, em reprodução aos

valores constitucionais de solidariedade social e dignidade da pessoa humana. São eles a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade*. Os dois primeiros, sobretudo, dizem respeito à dimensão ética e social das relações privadas, especialmente no que tange à boa-fé objetiva e à função social. Junto a estes valores, estão, dentre outros, os subprincípios da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e da preservação dos negócios jurídicos. Não só a propriedade, mas as relações privadas, de um modo geral, atendem a uma função social, interessando ao bem-estar coletivo. Nesse sentido, a boa-fé objetiva demanda o cumprimento do dever anexo de cooperação, mesmo fora da relação processual, de modo que os particulares têm o compromisso ético de zelar para que as expectativas mútuas não sejam frustradas. Nessa linha, destacam-se ainda o dever de não causar dano a outrem, ainda que no exercício do seu direito, quando este ultrapassar os limites da finalidade social, econômica, da boa-fé ou dos bons costumes, constituindo abuso de direito (art. 187 do CC), bem como o dever de mitigação das perdas (*duty to mitigate the loss*<sup>2</sup>), por meio do qual a parte detentora de um crédito não deve adotar comportamento que agrave sua condição, gerando ônus desnecessário para a adversa. Em complementação, o valor da operabilidade, que animou o código material pretendeu dar simplicidade à aplicação do Direito por meio de um sistema aberto de cláusulas gerais, o que permite a adequação das normas através de uma interpretação jurídica sistêmica no sentido de conferir maior efetividade aos mandamentos constitucionais.

Por essa perspectiva, também o diploma material é permeado por regras e princípios que visam a imprimir uma maior solidariedade e eticidade nas relações privadas. Assim, rompe-se a concepção de uma ética liberal puramente negativa (não violar o direito do outro) para dar lugar a uma ética positiva, pautada na alteridade (respeitar reciprocamente o direito do outro). O modelo cooperativo do CPC parece estar em harmonia com essa tendência. Não se nega que a motivação dos sujeitos pro-

---

2 Enunciado nº 169 do CJF/STJ na III Jornada de Direito Civil “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

cessuais seja, muitas das vezes, egoística, mormente nas causas patrimoniais. Entretanto, abre-se um horizonte para se pensar se o oposicionismo das partes, cada uma entrincheirada no seu autointeresse, irá realmente, ao fim e ao cabo, conquistar uma maior utilidade para o litigante. Criar incentivos para que as partes considerem o valor intrínseco da preservação dos contratos e relações extracontratuais como um ganho objetivo pode ser o caminho para a convergência entre o interesse privado e o público.

Portanto, ao invés de uma proposta utópica, argumenta-se que a nova codificação promoveu uma verdadeira simbiose entre o aspecto contencioso e voluntário do processo. O princípio da cooperação não mitigou o contraditório, mas o reascendeu com novas forças (DIDIÉ JR., 2011). Reafirmou seu caráter efetivo, superando a antítese entre oposição e colaboração pela via da intersubjetividade e abrindo caminho para a via do diálogo. Assim, por meio da participação na composição da lide, tem-se a possibilidade de aumentar a sensação de justiça e acolhimento das partes, concorrendo para um resultado com maior grau de adesão voluntária, trazendo também a dialética processual para mais perto do conflito social real.

Nesse sentido, sustenta-se, inclusive, em acordo com a teoria revisionista do processo, a devida integração dos instrumentos autocompositivos à essência da atividade jurisdicional (ao menos quanto às competências não criminais). Não parece haver mais, em tese, uma diferença crucial na atividade do juiz quando este concilia ou decide. Isso porque, enquanto dialoga com as partes, o faz conduzindo o processo ao amadurecimento da causa para decisão e, enquanto decide, organiza a lide e resolve questões pendentes, abrindo caminho para um possível acordo.

## 2.1. O Fundamento Político-constitucional da Cooperação

Para que não se pense que a Justiça Conciliativa e o modelo cooperativo como um todo foram colocados em evidência apenas por uma reforma do CPC, é importante entender o contexto mais amplo em que as mudanças estão ocorrendo. A fase atual

do pensamento jurídico constituiu-se a partir da segunda metade do século XX, tendo como marco, no Brasil, a promulgação da Constituição de 1988, através do fenômeno que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*. Apesar de haver muito dissenso a respeito das características determinantes desse momento, bem como críticas à terminologia<sup>3</sup>, basicamente, por ele, entende-se que a Carta Magna é dotada de força normativa imediata, capaz de subjugar a aplicação de todo o ordenamento jurídico aos seus ditames, bem como impor deveres e direitos, muitas das vezes, sem necessidade de intermediação legislativa (DIDIER JR., 2011).

O resultado dessa forma de encarar o Direito contemporâneo é que a Constituição, antes vista quase como uma carta de intenções, de eficácia praticamente retórica, passou a irradiar o seu conteúdo valorativo pelo Direito como um todo, tornando a interpretação jurídica uma tarefa mais profunda e sujeita a apropriações ideológicas. Nesse contexto, interpretar o Direito torna-se uma atividade multidisciplinar e crítica, pois implica inquirir a respeito do propósito do constituinte e dos ideais magnos da sociedade, sendo inevitável algum nível de politização.

Por esse efeito de animar o Direito com uma carga axiológica, denominou-se essa fase também de *pós-positivismo*, tendo rompido com a adoção do texto duro da lei e estabelecido um conteúdo ético mínimo a ser observado. Portanto, uma das marcas desse modelo é o fortalecimento dos princípios constitucionais, que, apesar de serem normas gerais e abstratas, ganharam força cogente autônoma, expandindo e consagrando também os direitos fundamentais, agora sob a guarida direta do Poder Judiciário (DIDIER JR., 2011).

No que diz respeito à vertente desse fenômeno direcionada especificamente ao DIREITO PROCESSUAL CIVIL, chamou-se de *neoprocessualismo* ou ainda de *formalismo-valorativo*<sup>4</sup> tal infusão de valores essenciais na teoria do processo. O próprio CPC preocupou-se em deixar claro, logo em seu art. 1º, que a Constituição

3 Segundo Didier Jr. (2015), o termo peca por ser demasiadamente vago, e, por isso mesmo, há autores que defendem existir vários “neoconstitucionalismos”.

4 Termo capitaneado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2006).

é o referencial para leitura do código. O neoconstitucionalismo substancializou a processualística com o direito material constitucional, tirando-o do burocratismo. Nesse sentido, destaca-se, dentre os preceitos éticos aplicáveis, o princípio da cooperação, elevado a eixo norteador desse ramo jurídico. O mesmo se revela, então, não somente através da depuração de um conjunto de regras somadas ao longo do código, mas em uma ideia geral a ser observada, a todo momento, como parte do espírito do processo.

O ato de pulverizar a constituição ao longo da lei processual enriqueceu o vocabulário jurídico com uma gama de expressões que fazem questão de evidenciar a carga constitucional embutida nos institutos tradicionais, adjetivando-os. Fala-se, por exemplo, em *processo democrático cooperativo* (THEODORO JÚNIOR, 2018). O termo põe em destaque igualmente o princípio do Estado Democrático de Direito, positivado no art. 1º da CRFB, infiltrando na ciência processualística valores como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social. A mera análise semântica da palavra “democracia” nos remete à ideia de que o poder emana do povo e a um regime político (e jurídico) participativo, com capacidade real de influência sobre as tomadas de decisões.

Outra norma maior que desce para o neoprocessualismo e se concretiza no princípio cooperativo é a igualdade material. A posição do juiz em diálogo com as partes, aplicando um Direito sujeito a ponderações valorativas, ajuda a promover uma noção de justiça social efetiva. Permite-se, assim, que o julgador seja sensível à vulnerabilidade ou hipossuficiência de um dos litigantes, dando-lhe tratamento mais benéfico e privilegiando uma solução moralmente justa, ainda que, por vezes, menos técnica.

Entretanto, nem tudo são vantagens no recente modelo. A nova feição da atividade de jurisdição fortaleceu inegavelmente os poderes do Judiciário. Isso tem seu aspecto positivo e negativo. Os críticos do neoconstitucionalismo costumam se preocupar com o aumento abusivo da discricionariedade judicial, capaz de alçar o magistrado quase à posição de legislador. Explica-se que o movimento propicia ao órgão jurisdicional a própria criação de

seu objeto de conhecimento, recaindo em um solipsismo filosófico que confunde a verdade com a própria concepção subjetiva do julgador. Como o juízo das finalidades constitucionais não tem como ser feito de forma rasa, sem a opinião política de quem aprecia, a razão da autoridade judiciária torna-se protagonista frente à lei (STRECK, 2014). Em outras palavras, questiona-se a hipertrofia do magistrado, que não é eleito democraticamente, para submeter a lei ao seu próprio senso de justiça, ainda que orientado pela Constituição.

Nesse mote, há quem teça, por extensão, duras críticas ao princípio cooperativo. Defensores de um posicionamento mais liberal e, portanto, do modelo dispositivo-adversarial já comentado consideram uma inconstitucionalidade a pretensão do art. 6º do CPC, segundo o qual é dever das partes cooperar pela justiça. Argumenta-se que o dever de cooperação seria uma forma abusiva de violar o direito de defesa, obrigando as partes a colaborar com seus antagonistas, em detrimento de seus próprios interesses processuais. O dispositivo estaria propondo um sistema no qual juízes interferem no contraditório, formulando suas decisões como bem entendem e colorindo-as com suas ideologias ou moralismos, sem se despir de seus preconceitos e crenças. O magistrado caminhará no fio da navalha, aventurando-se no terreno dos enviesamentos. Assim, ironicamente, o paradigma da colaboração democrática é chamado de “autoritário” (DELFINO, 2016).

Delfino (2016) ainda condena a pretensão do processo democrático comparando-o ao projeto político de Jean-Jacques Rousseau<sup>5</sup>. A referência é pertinente. Paradoxalmente, enquanto, para uns, o filósofo é autor de uma proposta de democracia radical, para outros, é o pai do totalitarismo moderno, vez que sua filosofia romântica influenciou os regimes comunistas. Não por

---

5 O filósofo francês, um dos pais do contrato social, está entre os teóricos iluministas que mais influenciaram o princípio republicano. Seu pensamento propôs a formação de um corpo político constituído pela totalidade de seus cidadãos, por meio de participação direta. Seu ideal de democracia correspondia ao autogoverno da comunidade, sem instâncias de representação, mediante um forte vínculo de virtude cívica. Não haveria sequer motivos para haver direitos oponíveis frente ao Estado, pois este seria um mero reflexo da sociedade. Assim, seu pensamento pode ser considerado antiliberal.

acaso, Delfino ressalta que a cooperação é um pilar do socialismo, enquanto os países capitalistas baseiam-se na competição. A colaboração teria servido à doutrina processual comunista para criar juízes Hobin-Hood's, de vertente assistencialista, menos preocupados com a solução do litígio e mais com a realização de uma Justiça material, que, naquele contexto, era uma palavra com evidente viés marxista.

Comparativamente, Castelar Pinheiro (2002) constatou, em estudo empírico sobre o tema, que, para 73,1% dos magistrados brasileiros questionados, “a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos”, de modo que “a politização das decisões judiciais frequentemente resulta da tentativa dos magistrados de proteger a parte mais fraca na disputa que lhe é apresentada” (PINHEIRO, 2002, p. 41). Um aspecto negativo destacado pelo autor diz respeito à insegurança jurídica dos pactos, resultando em um aumento dos custos dos serviços, haja vista a transferência do risco em contratos assimétricos para a parte mais fraca, na forma de juros (Apud SOUZA, 2015).

Contudo, tem-se a impressão de que os críticos confundem parcialmente o modelo cooperativo com o inquisitivo. A sugestão é a intervenção judicial, porém de maneira horizontal. Não se pretende uma concepção filosófica subjetivista da verdade focada na razão do juiz ou em um empirismo materialista. Em fato, como se aprofundará a seguir, propõe-se o reconhecimento de uma verdade enquanto construção intersubjetiva das próprias partes, afinal, estas são as titulares dos direitos em controvérsia. Nenhuma outra poderia emergir com maior legitimidade democrática.

Acerca dos perfis de magistrados e como cada um se adequa a um modelo de processo (e indiretamente a um modelo de Estado), François Ost (2007) descreve três tipos ideais<sup>6</sup> de juízes, classificados como Júpiter, Hércules e Hermes. O primeiro desses refere-se ao deus dos deuses, da lei e da ordem. Trata-se do juiz burocrata, aplicador da lei neutra, em observância à pirâmide de Kelsen. Este adota uma posição passiva diante do

<sup>6</sup> O conceito de “tipo ideal” foi formulado por Max Weber designando uma abstração das principais características do objeto, realçando o seu caráter em determinado sentido. É uma construção teórica e metodológica feita para atender ao propósito de um argumento específico. Não se pretende que seja universal e encontrada em estado puro na realidade.

conflito, fiscalizando-o, sem buscar a verdade. “Frente a esta conformação, além de ser a jurisdição a única forma de solução das lides, não se cogita neste sistema em deveres de lealdade, de cooperação na busca da verdade” (PINHO, 2011, p. 26). Corresponde ao paradigma adversarial, no qual predomina o interesse privado das partes. Não por acaso, é a processualística correspondente ao liberalismo.

O segundo juiz é o homem que assume a tarefa hercúlea de carregar a justiça em seus ombros. Ele próprio assume esse ônus e descobre a verdade. Trata-se do julgador do modelo inquisitorial, paternalista, típico dos Estados sociais ou assistenciais, que deixa de ser um espectador e assume o papel de prestador de serviços. Trata-se de um direito de base jurisprudencial, que traz a prevalência dos casos concretos sobre a lei abstrata. Assim, guarda fundamento também com o realismo americano e o pensamento de Ronald Dworkin, quem concebeu um juiz “engenheiro social” (OST, 2007).

Ambos os modelos são criticados. Destaca-se:

Além disso, se o modelo liberal peca pela ineficiência e distanciamento da realidade; o modelo social vincula demasiadamente a elaboração do direito à figura de um juiz solipsista, impossibilitando a presença da segurança jurídica, fazendo com que o direito perca sua principal função, que é a de estabilização social na medida em que cristaliza as expectativas de comportamento. Se o excesso de positivismo, como já se disse, leva ao autoritarismo, o excesso de realismo gera a arbitrariedade. (PINHO, 2011)

Por fim, tem-se o magistrado Hermes, o deus mensageiro, responsável pela comunicação, em um meio termo entre o Olimpo e o homem. Este é o juiz do processo cooperativo democrático. É aquele que se coloca em posição horizontal em relação às partes, sem abrir mão de sua equidistância. Trata-se de um equilíbrio entre a transcendência e o pragmatismo no Direito. O sentido da justiça não é puramente deduzido da lei, tampouco induzido a partir de situações concretas. É, antes, um sentido di-

nâmico, resultado de “um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação do logos jurídico” (OST, 2007, p. 115, tradução nossa). Assim, não se deve confundi-lo com Júpiter. Embora, por razões distintas do Estado Liberal, o Estado Social acabe sendo igualmente incompatível com um método dialógico de compreensão e cooperação entre os sujeitos (PINHO, 2011). Por tal motivo, rejeita-se a crítica de que uma democracia processual seria uma forma velada de impor autocraticamente a supressão do interesse particular em prol de uma moral coletiva.

É evidente que o motor da ação é o autointeresse das partes. Não se pretende que o sujeito processual seja o “bom litigante”, em ironia ao indivíduo rousseaniano, capaz de colocar o bem comum antes do seu próprio. Contudo, a cooperação não implica necessariamente renúncia aos seus direitos. O que se busca é uma solução autoconstruída que possa representar benefícios recíprocos.

Sem dúvida o contexto histórico-político brasileiro encontra-se distante o suficiente do destino soviético para não nos sentirmos ameaçados pelo fantasma do comunismo. A cooperação em um país marcado por uma sociedade civil ativa e organizada guarda potencial mais favorável a uma democracia como a observada por Tocqueville na América do Norte do que aos regimes totalitários. O historiador francês observou que, tanto nos Estados despóticos quanto nas democracias, parecia haver uma disposição para uma maior arbitrariedade dos magistrados, mas, nestas, talvez ainda mais do que naqueles, justamente porque, em regimes democráticos, o povo tem menos a temer. O maior temor do povo é justamente que os magistrados sejam postos na dependência absoluta do príncipe, servindo para oprimir sua liberdade (TOCQUEVILLE, 2005).

Afinal, foi a opção do próprio constituinte comprometer-se com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB). Em consonância, a Sociologia, de um modo geral<sup>7</sup>, vem apontando que a vida comum não pode ser compre-

<sup>7</sup> Notavelmente, toda a vertente sociológica tributária do pensamento organicista de Émile Durkheim e Marcel Mauss.

dida como uma mera *sociedade*, na acepção contratual do termo: uma união de sócios por vínculos de interesse para a consecução de um mesmo fim. Sem negar a importância do desejo individual, já foi bem observado que a *comunidade* é, sobretudo, um fenômeno moral. Sem essa importante dimensão solidária, o *homo economicus* do capitalismo faria a coletividade degenerar a um estado de *anomia*<sup>8</sup>.

Ademais, a maioria das críticas arguidas ao processo cooperativo parece derivar de um zelo liberal excessivo e conservador. Reclama-se, por exemplo, da possibilidade de o juiz intimar uma das partes a complementar sua narrativa com fatos importantes ao deslinde da causa. Cumpre questionar se é legítimo os litigantes ocultarem parte dos acontecimentos, induzindo o juiz a erro. O dever de boa-fé processual, já consagrado, impõe a obrigação de expor os fatos conforme a verdade (art. 77, I), o que, numa perspectiva liberal, resume-se a uma ética negativa: não mentir, não interferir na esfera do outro. Isso, contudo, talvez seja insuficiente. Ninguém espera que a versão da parte seja neutra ou valorize aspectos desvantajosos para si. Mas, uma vez provocada sobre um ponto específico, será legítimo a ela invocar o direito de omitir a verdade porque seu interesse é vencer, ainda que injustamente? Estando essa mesma parte em posse de provas documentais fundamentais, indisponíveis ao outro litigante, não é razoável que seja intimada a apresentá-las? Pode o executado deliberadamente ocultar um veículo penhorável ou recusar-se a fornecer o endereço de um corréu só porque não tem interesse no prosseguimento da ação? Decerto ninguém é fisicamente obrigado a colaborar (e o art. 379 o garante), mas deve assumir o ônus processual de sua recusa injustificada, o que pode

8 Para Durkheim, anomia é um fenômeno patológico caracterizado pelo enfraquecimento moral de uma sociedade, o que prejudica sua coesão. É marcado nas sociedades modernas pela perda das formas tradicionais de convivência sem a reposição de novos vínculos de pertencimento, resultando em relações anárquicas e conflituosas. A esse respeito: "Que tal anarquia seja um fenômeno mórbido, é mais que evidente, pois ela vai contra o próprio objetivo de toda sociedade, que é suprimir ou, pelo menos, moderar a guerra entre os homens, subordinando a lei física do mais forte a uma mais alta. Em vão, para justificar esse estado de não-regulamentação, salienta-se que ele favorece o desenvolvimento da liberdade individual. Nada mais falso do que esse antagonismo que se quis estabelecer, com excessiva frequência, entre a autoridade da regra e a liberdade do indivíduo. Muito ao contrário, a liberdade (entendemos a liberdade justa, aquela que a sociedade tem o dever de fazer respeitar) é, ela própria, produto de uma regulamentação" (DURKHEIM, 1999, p. 7-8).

implicar uma inversão da presunção probatória ou uma aplicação de multa. Menos razoável é pretender que o outro tenha que assumir o ônus dos seus atos. Não podemos agir como se a parte tivesse direito subjetivo a se locupletar de uma decisão favorável injusta e fosse um abuso exigir, da mesma, descer de sua posição de vantagem. A ampla defesa não deve se sentir lesada pela impossibilidade de usar argumentos ilegítimos<sup>9</sup>.

Assim, o dever de expor a verdade deve significar, a partir de agora, mais do que uma obrigação liberal negativa. A inter-subjetividade ousa um passo além. Não basta a abstenção, a tolerância. É preciso o respeito positivo pelo direito do outro, o que implica, em alguma medida, curvar sua esfera de liberdade à do próximo. Não há direito a um posicionamento deliberado, a resistir ao direito do outro porque este não lhe convém. É uma ideia basilar o *pacta sunt servanda*, segundo o qual quem se encontra obrigado perante o outro deve cumprir a sua prestação. Assim, a boa-fé qualificada pela cooperação representa uma elevação do grau de eticidade do processo, sem implicar uma posição inquisitiva do juiz, à medida que este também admite sujeições às partes.

Crítica-se, ainda, a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício ou de suprimir etapas procedimentais que, por alguma razão, atravanquem a decisão de mérito (DELFINO, 2016). Quanto à primeira objeção, entende-se que, em respeito ao espírito cooperativo e ao contraditório, não é absurda a proposta de o magistrado indicar o que entende ser necessário à formação do seu convencimento, uma vez que vigora no Brasil o sistema da livre valoração das provas e do convencimento motivado. Quanto à segunda, trata-se do princípio da instrumentalidade das formas. Ninguém pretende que o mesmo tenha o poder de sobrepujar o contraditório, mas apenas de relativizar barreiras formais para que o processo cumpra seu objetivo.

O modelo adversarial, defendido por trais críticos, “reflete, em certa medida, a própria ideia liberal de Adam Smith aplicável

---

<sup>9</sup> Note-se que o argumento tem por abrangência a esfera cível, composta por particulares igualmente detentores de direitos e com deveres recíprocos de respeito. Não se cogita que as mesmas práticas valessem em tal grau para o âmbito penal, no qual o processo é uma persecução do Estado sobre o indivíduo.

ao campo econômico da ‘mão invisível’ que regula o mercado, de forma a indicar que o mercado econômico é capaz de se regular, da mesma forma que o conflito entre as partes seria – na perspectiva adversarial – capaz de se ‘auto-resolver’, sem a necessária intervenção do juiz” (PINHO; ALVES, 2015, p. 56).

Sendo assim, só resta considerar que, apesar de as preocupações liberais terem o seu lugar e merecerem atenção, seu valor reside essencialmente em regras de segurança para regular o poder, equilibrando o jogo jurídico, mas que não se confundem com um fim em si mesmo. A ortodoxia em reputar inconstitucional o paradigma colaborativo, como se a cooperação fosse uma imposição autoritária e um dever absoluto, capaz de desbaratar qualquer direito em confronto, parece se sustentar em uma argumentação de *reducto ad absurdum*.

Desse modo, tem-se um breve panorama geral de como o princípio cooperativo se insere no debate constitucional, com suas potencialidades e seus riscos. Percebe-se que o fato de a norma se encontrar no texto legal e com respaldo na carta maior não é o suficiente para garantir seu grau de aplicabilidade. A hermenêutica constitucional, tarefa ideológica que é, tem o poder de mobilizar um Direito em sentidos diversos, tornando-o um instrumento fundamental ou descaracterizando-o totalmente, a depender da visão de mundo que a alimenta. Por esse motivo, pretende-se demonstrar, por vários meios, a pertinência do modelo.

### 3. CONCILIAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

#### 3.1. A Relação entre o Estado e a Verdade Política

Considerando que a sessão anterior enveredou pelo processo de produção da verdade e suas implicações políticas, convém fazer uma rápida digressão sobre o assunto, demonstrando o contexto ainda mais amplo de discussão.

Toma-se por base filosófica contemporânea o pensamento de Michel Foucault (1999), em particular o conteúdo das conferências que resultaram na obra *A verdade e as formas jurídicas*.

Nesse trabalho, o autor dialoga com Nietzsche para sugerir a indissociabilidade entre as relações de poder e as formas de saber existentes, e discutir, em especial, o lugar do Direito dentro dessa dinâmica. Ao fazê-lo, rompe-se com uma longa tradição do pensamento ocidental.

Segundo Nietzsche, Platão foi o pai de uma grande mentira. O filósofo grego cindiu a realidade em duas dimensões: o mundo das essências, onde as coisas existem em seu estado verdadeiro, perfeito e imutável, e o mundo sensível, a realidade caótica, concreta e sujeita a transformações. Essa teria sido a gênese de um caminho que levaria, na modernidade, ao surgimento de um procedimento investigativo em busca da verdade real.

Por mais estranho que pareça, não foi sempre assim. Procedimentos mágicos, provas de força ou de status social, formas absolutamente incapazes de demonstrar os fatos, eram meios empregados para declarar quem estava certo. Nesse sentido, demonstra-se o quanto a invenção da ciência moderna não é uma obviedade, mas uma contingência histórica.

Assim, Nietzsche declarou expressamente que o conhecimento é uma *invenção*. Não que seja arbitrário. Mas tampouco é uma *descoberta*, como se a verdade já estivesse lá, esperando uma mente perspicaz para *descobri-la*. O saber é, antes, uma forma de construção de um discurso, que, em cada época, vincula-se ao interesse das instituições do seu tempo para atender aos seus propósitos. É algo que vem do homem e é elaborado sobre o real, não desce do céu para a consciência humana. De certa forma, toda a ambição do pensamento ocidental pela obtenção da verdade é um plano de domesticar o mundo, de legitimar a autoridade e consolidar um projeto político.

Seguindo esse raciocínio, Foucault (1999) afirma que o Judiciário é dotado de um poder epistemológico. Por meio da jurisdição, o Estado reafirma a verdade cósmica da lei, concretizando-a. Este exerce o monopólio da verdade. Reestabelece-se a fé de que o mundo é governado por uma ordem e de que esta é legítima. Tal qual as pequenas instituições, como as escolas, as fábricas,

as prisões, o Judiciário reproduz, em larga escala, um sistema de recompensas e punições que organiza a sociedade no sentido de um determinado dever ser. Assim, o Direito exerce o papel da linguagem falada pelo Estado. E, quanto a isso, a Filosofia e a Psicanálise já nos demonstraram que a linguagem é o meio de programação da consciência.

Não se trata aqui de refutar o conhecimento, mas de re-dimensioná-lo. Entende-se que o juiz inventa a decisão justa. Sabe-se que o faz com base legal, mas as balizas nunca são tão estreitas a ponto de excluírem sua criatividade. E ainda que o fossem, a aplicação burocrática da lei não é menos ideológica em si, só mais engessada – continua a fazer parte de um projeto de mundo. E todo operador do Direito sabe que um mesmo conflito jurídico pode, em tese, sustentar soluções muito díspares. Quando uma sentença é reformada pela ocorrência de *error in iudicando*, tem-se a pretensão de ter havido um erro na compreensão da verdade, mas, muitas vezes, o que se tem realmente é uma avaliação diversa por um magistrado localizado numa instância superior de poder.

Assim, o processo judicial se serviu da epistemologia da ciência moderna, bebendo na fonte de uma tradição de pensamento que remonta a Platão e ao método socrático. Entende-se genericamente que o conhecimento nasce por uma *tese*, uma pretensão de verdade. Para que esta seja posta à prova, é confrontada com uma *antítese*, uma tentativa de refutação. Do choque entre as versões, é possível realizar uma *síntese*, que é um resultado mais próximo da verdade que a proposição original.

Da mesma forma age o juiz, que, por meio da dialética processual, toma, em suas mãos, duas metades dessa realidade caótica e conflituosa e as torna uma versão só, por meio da palavra do Estado. Questiona-se, contudo, que o conhecimento – e a jurisdição é também uma forma de conhecer – não seja uma purificação do conflito que elimina sua violência pelo estabelecimento da razão, não seja a pacificação pela verdade. Ele é a assimilação, a dominação, a domesticação do poder. É um ato de profana-

ção do conflito. E por isso o Judiciário se reveste de solenidades. Porque a atividade monológica do juiz é como um sacerdócio – depende de certo ritualismo, de certa santidade para encantar seu público. Mas quem entende das sutilezas do ofício sabe que não há de fato magia ou ciência por detrás das decisões. A verdade se estabelece pelo resultado de um jogo. Um jogo de forças, de luta entre diferentes instintos para que uma versão prevaleça (FOUCAULT, 1999). Os operadores do Direito, no fundo, o sabem. Mesmo os juízes têm noção de que suas palavras não são a verdade real, mas tentam transparecê-la aos jurisdicionados como se a conhecessem.

A busca da unidade do saber coincide em algum grau com a unificação do poder. Já estava dito em Hobbes (2003) que o Leviatã funda o direito, e a espada é a palavra final de todos os pactos. Em sentido semelhante, conceituou o sociólogo Max Weber (2013) ser o Estado um grupo político que reivindica para si, com êxito, o monopólio legítimo do uso da força. Ambos entendem, cada um ao seu modo, que, por detrás do poder público, há uma vontade, política em essência, a qual se estabelece enquanto fonte oficial, tanto pela força quanto pela palavra.

Para Weber (2013), a principal característica da modernidade era a racionalidade instrumental, nascida em certos campos de aplicação, como na disciplina militar ou no ascetismo protestante, para daí contaminar a economia capitalista e toda a sociedade. Pensavam os iluministas que a razão emanciparia a humanidade ao desconstruir os mitos e tradições. O que se observou, contudo, foi que ela criou seus próprios dogmas, de caráter técnico-científico, para fundamentar modos de ser e deveres de obediência, como em uma “gaiola de ferro”, estrangendo as subjetividades a se amoldarem a uma ética burocrática. Assim, a dominação racional-legal substituiu os grilhões do passado, impostos pelas religiões, monarcas e direitos de berço, para criar outros de novos tipos, mais silenciosos e mais adequados às crenças da modernidade. Portanto, foi coincidindo com uma demanda da economia capitalista que se inventou a razão im-

parcial e uniformizadora do Estado, capaz de unificar as leis e a administração da polícia, criando a configuração institucional adequada para o desenvolvimento do comércio em larga escala.

A doutrina legalista da Revolução Francesa, embora se direcionasse à crítica da monarquia absolutista, desempenhava tal papel ao passo que instituía um novo modelo de poder, mais adequado à classe dominante em ascensão, constituída pelos diferentes segmentos da burguesia. Desse modo, o processo servia como instrumento de manutenção do *status quo* da sociedade burguesa, uma vez que a igualdade formal de um ordenamento jurídico rígido e burocrático era cega para a diferença de poder econômico entre detentores do capital e trabalhadores. Era coerente com o Iluminismo, afinal, se a lei encarnava o mito de ser total, justa e infalível, como poderia o processo, que é seu instrumento, presumir diferente? (CHAPARRO, 2014).

Tudo isso talvez não fosse uma questão se o século XX não tivesse trazido uma crise ao paradigma cientificista e civilizacional. A crise de 1929, as duas guerras mundiais, o nazifascismo e a bomba nuclear foram duros golpes naqueles que ainda enxergavam no Estado moderno uma evolução da dialética histórica<sup>10</sup>. Mesmo antes, pelas mãos de Marx, Nietzsche e Freud, dentre outros, o sistema racionalista já começava a ruir. “O processo do Estado liberal, assim como o direito positivo fundado no positivismo exacerbado, fechado, inflexível, foi duramente criticado nos últimos anos porque não espelhava e não intencionava a concretização dos valores da justiça” (CHAPARRO, 2014). “O modelo do Estado Liberal é, pois, subordinado a uma racionalidade instrumental, segundo a qual o próprio direito serve aos fins daquele que institui a lei” (PINHO; DURÇO, 2011, p. 26).

Sendo assim, dentre as transformações históricas que viriam inspirar a insuficiência do modelo moderno, estavam os fenômenos da globalização e do multiculturalismo, vindos para nos trazer o incômodo da perspectiva do outro. O gigantesco avanço nas tecnologias de transporte e informação, acir-

---

<sup>10</sup> Ideia presente na filosofia de Hegel.

radas pelo fim da polarização entre superpotências, contribuíram para uma cosmopolitização mundial, nem sempre pacífica e bem-vista. A esse respeito, a mediadora Tania Almeida (2006, p. 9-16) salienta:

O lugar de destaque dos diálogos somente pôde advir depois que o homem precisou abandonar a ideia de certeza e necessitou tornar tênues as fronteiras entre as culturas. Ele não pôde mais deixar de olhar o mundo global e sistemicamente e, portanto, não pôde mais abrir mão de soluções e ações cooperativas, sob pena de ameaçar a própria sobrevivência.

Seja na Grécia Antiga, seja no Renascimento, com a expansão pelos novos continentes, ou na revolução técnico-científico-informacional do século XX, esses momentos de choque antropológico catalisados pelo repentino contato com a diversidade do potencial humano sempre foram momentos de revolução cultural, marcada pela crise intelectual das formas correntes de pensar. Diante da dialética do outro, a realidade revela sua verdadeira face, ambígua e complexa, insuscetível de ser enquadrada em um modelo teórico que presume cada coisa em um lugar pré-definido. Em consonância:

A sociedade mundial se transformou pela guerra e pelas revoluções industrial e tecnológica, alterando comportamentos sociais em relação ao consumo, ao trabalho, ao casamento, aos filhos, aos negócios, enfim, um novo modelo social, econômico e jurídico surgiu de forma multicultural, diversificado, individualista, porém em massa, exigindo do jurista um novo modo de pensar os problemas jurídicos decorrentes desta transformação, malgrado em relação ao ordenamento jurídico positivista, estabelecido através de normas gerais e abstratas, calcadas na igualdade formal, em uma comunidade extremamente diversificada culturalmente. Como aplicar, então, a norma abstrata ao caso concreto, de forma igualitária? (CHAPARRO, 2014)

Assim, ante a refutação do sujeito cartesiano – ou a morte de Deus, como eloquentemente colocou Nietzsche –, ocorre

um vácuo no pensamento que nos deixa momentaneamente sem referenciais adequados para as grandes questões que sempre mobilizaram o pensamento ocidental. Embora a razão emancipadora seja um mito, o homem experimentou os custos da irracionalidade ao abraçar os regimes totalitários. Assim, se não a ciência, algo parece ser necessário para construir um referencial norteador para a civilização.

### 3.2. O Redescobrimento da Verdade na Democracia

Nesse caminho, diversos autores, dentre eles Jürgen Habermas (1997), vão propor caminhos para uma nova forma de razão. Em sua teoria da ação comunicativa, o autor vai buscar, na Filosofia da Linguagem, as bases para um novo tipo de ação social que não seja entendida a partir da racionalidade econômica estreita, incapaz de explicar os movimentos sociais e todo o reavivamento da sociedade civil experimentado nas últimas décadas.

Tomando por base pensadores como Kant e Hegel, Habermas teorizou a respeito do surgimento de uma esfera pública de opinião a partir do desenvolvimento de uma imprensa burguesa e de outros meios de comunicação, independentes do Estado. Esse fenômeno tornou possível produzir (e sobretudo reproduzir), em escala de massa, informações e opiniões, tornando-as disponíveis para um número cada vez maior de pessoas, as quais também começavam a ser alfabetizadas em maior grau. Esse foi o nascimento de uma “consciência” autônoma na sociedade civil, vulgarmente chamada de opinião pública, vindo a separá-la da existência do poder estatal e tornar-se o porto seguro da democracia. Alexis de Tocqueville já havia reconhecido, sobre a solidez de uma sociedade democrática, que “as duas grandes armas que os partidos empregam para vencer são os jornais e as associações” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 206).

Antes disso, tinha-se basicamente o mundo do mercado e o mundo da burocracia do Estado, dois grandes sistemas de racionalidade integrados. O primeiro, dotado de uma razão orien-

tada pelos resultados, vulgarmente representada como “os fins justificam os meios”, e o segundo, predominantemente, de uma orientada por valores<sup>11</sup>, praticamente invertendo a fórmula para “os meios justificam os fins”. Entre eles surge um terceiro ser, um espaço para a subjetividade respirar, esmagada pela lógica implacável dos sistemas.

Essa nova dimensão não pode ser explicada pelo mesmo gênero de ação social que as demais. Portanto, Habermas, sem negar a motivação do autointeresse racional, vai buscar, no bojo de um processo dialético de comunicação, a construção de uma espécie de racionalidade consciente e refletida. Surge, então, o *mundo da vida*, em oposição/complementação ao *mundo dos sistemas*, constituído pelo conjunto de espaços de convivência social comum, desde os mais simplórios como as mesas de bar, até os auditórios das universidades. Isso ocorre quando os indivíduos são impelidos a autoafirmar reciprocamente suas subjetividades na forma de discursos para fazê-las valer frente aos outros. O jogo de identidades, valores e interesses, muitas vezes conflituoso, impõe a necessidade do reconhecimento do outro, bem como a adaptação ética e estratégica do seu próprio discurso e, com isso, de sua própria subjetividade. Ao elo comunicativo entre os sujeitos que dá origem abstratamente a formas de consciência comum, partilhadas entre diferentes pessoas, dá-se o nome de *intersubjetividade*.

Esse reavivamento do mundo privado pela esfera pública dentro da sociedade civil é responsável pela canalização de ideologias entre pessoas e organizações. O consumidor, outrora tomado apenas como um indivíduo que busca maximizar seu benefício e minimizar seus custos, passa a selecionar os produtos que consome segundo critérios éticos e políticos. Entram em pauta preocupações em relação ao meio ambiente, aos direitos trabalhistas da mão de obra utilizada, o respeito aos animais, o engajamento em programas sociais, entre outros. Por outro lado, a grande empresa que pretende se manter no mercado passa a ser duplamente atingida por essas preocupações. Ela é pressio-

---

<sup>11</sup> Corresponde às duas formas de ação social racional descritas por Max Weber (2013).

nada pela necessidade de atender às expectativas do consumidor e pelas expectativas do seu próprio quadro funcional, também constituído por indivíduos morais que podem ser sensíveis a questões de interesse social.

Com base nessa dimensão eminentemente moral e axiológica da vida social, Habermas promove uma renovação teórica dos fundamentos do Estado de direito contemporâneo. Se democracia é autogoverno, valor este de capital humano, e não o governo do mercado ou de outros interesses, então é deste mundo da vida que devem emanar os valores de uma sociedade. Redescobre-se, no associativismo, uma ferramenta de exercício de cultura cívica e de participação política, ainda que fora do espaço estatal, capaz de fortalecer o capital social interno e de promover o controle do poder público.

Entendendo o Estado como uma instância de síntese, de uniformização da pluralidade social, a sociedade civil, por sua vez, torna-se um espaço intenso de diálogos e conflitos dispostos em um jogo democrático, regrado pelo Direito. Para esta teoria, os sistemas estatais em uma ordem civil devem ser dotados de uma certa porosidade, aptos a serem perpassados e influenciados por valores e interesses dos grupos representativos. Tal porosidade seria concretizada através de instâncias de representação, conselhos, parcerias, consultas públicas etc. Seriam canais abertos de captação da sociedade civil para dentro da estrutura estatal, senão pela participação direta dos indivíduos, então por seus grupos intermediários de agregação, como as ONGs, os movimentos sociais, as universidades, os conselhos profissionais e as igrejas. Sendo a palavra final do poder público a resultante de múltiplos vetores, seus provimentos seriam carregados de legitimidade democrática, por terem considerado, em sua formação, os interesses diversos e até antagonísticos dos atores sobre a sua égide.

Ao integrar as instâncias individual e coletiva em um modelo dialético de conflito e consenso, Habermas escapa da tensão entre um paradigma liberal, formalista, de um Estado absentéista, e um social, defensor da prevalência da sociedade sobre o in-

divíduo. Surge um novo modelo solidário, apto a sintetizar as dimensões pública e privada, superando essa dicotomia estreita.

Deste modo, a teoria habermasiana nos confere uma nova noção de verdade política. Sabemos que é inevitável a unidade uniformizadora, essa falsa verdade do Estado. Mas é possível, com um toque existencialista, legitimá-la enquanto invenção coletiva, estabelecida em uma arena horizontal de debate e influência. Ainda que a lei, o ato administrativo ou a jurisdição sejam, em alguma medida, um constrangimento do ser, pois a síntese é sempre uma padronização e não satisfaz a todos, trata-se de uma verdade que reflete indiretamente os sujeitos que a instituíram. Só assim torna-se possível realizar uma ética como a kantiana, na qual se exercita a liberdade ao agir por dever.

Dessa forma, é compreensível a confluência entre a teoria de Jürgen Habermas e o que se discute no presente trabalho acerca de um processo democrático cooperativo com foco na Justiça Conciliativa. Dependendo desse mundo da vida do dinamismo da sociedade civil, de sua capacidade de se relacionar e de se organizar para ações sociais e políticas, é imprescindível a tais práticas a maturidade de negociar seus conflitos à luz das regras do Direito, de preferência sem a necessidade formal de um processo, reestabelecendo e fortalecendo os vínculos de solidariedade, que são o cimento dessa dimensão. Cada vez que uma relação social se rompe por um conflito, e as partes não se mostram capazes de resolvê-lo sem a imposição do Estado, tem-se um momento de anomia<sup>12</sup>. Expõe-se uma fragilidade do tecido social ante a incapacidade de regenerar-se, de autocompor para a preservação de suas amarras. Uma estrutura que se desagrega com facilidade tem menos força para resistir a pressões, para se reinventar, para inclusive ceder parcialmente ao outro, viabilizando a existência de um projeto comum. Quantas famílias, quantas empresas, quantas relações de confiança já não foram desfeitas por conflitos internos? E o que não se poderia ter produzido caso tivessem perseverado?

---

12 Vide nota 8.

Para Deutsch um processo de solução de conflitos baseado numa lógica destrutiva é caracterizado pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual este é conduzido. Há uma tendência de o conflito se expandir ou se tornar mais acentuado com o decorrer da relação processual, em oposição aos procedimentos construtivos, os quais podem levar a um fortalecimento dos vínculos anteriores (apud AZEVEDO, 2015). Quando a litigância se torna um esporte de competição, a tendência é as partes se importarem não só com o direito material, mas jogarem pelo desejo de vencer o outro. Em sentido semelhante:

Outra relevante distinção da Mediação Comunitária é o fato de que esta estimula a autonomia e o empoderamento da comunidade. Esse fato pode ser constatado não apenas porque a comunidade passa a perceber o poder que possui de, com seus próprios meios, e de forma justa, promover a pacificação social. *Disso resulta o fato de que se fortificam laços pessoais e a alteridade, reação inversa à tendência pós-moderna de isolacionismo* [grifo nosso] (VILLAÇA; CAMELO, 2015, p. 258).

E por que só o Judiciário estaria imune a esse dever de abertura? Nesse sentido, a audiência de conciliação figura entre os mencionados canais que permitem ao mundo da vida infiltrar-se nos sistemas do Estado. Deslocou-se uma prática do seio das relações comunitárias para dentro do processo, abrindo uma janela de democracia dentro do jogo de dizer a verdade do Direito. Não limitado a um episódio de conciliação durante a audiência, mas irradiado por toda a processualística civil, enquanto dever colaborativo. Com o desenvolvimento do processo cooperativo, poderia a intersubjetividade das partes enriquecer o trabalho do juiz com suas participações. Mesmo que não se chegue a um acordo, a acolhida das perspectivas influencia fortemente a percepção de que a decisão foi justa e obtém um grau maior de adesão. Assim, a sentença, tal qual a lei, torna-se o resultado legítimo de um jogo democrático, uma verdade inventada por aqueles que por ela serão obrigados.

Segundo Boaventura Santos, só o instituto da mediação seria capaz de superar a dualidade entre o conflito real e o conflito processado (lide), característica essa marcante do Direito Processual burguês e que é a principal responsável pela superficialização da conflituosidade social na sua expressão jurídica (apud PINHO, 2015, p. 224). Tal descompasso entre a realidade concreta e a existência filosófico-jurídica do indivíduo já havia sido debatida por Karl Marx (2010) em *A Questão Judaica* como uma contradição inerente a um sistema pautado na propriedade privada. Entretanto, se é impossível para a nossa formação social materializar a igualdade plena, pode-se, ao menos, ter a pretensão de aproximá-la do real.

O exercício da autocomposição em juízo estaria, assim, ligado a efeitos *intrajudiciais* e *extrajudiciais*. Quanto aos primeiros, referem-se ao resultado sobre o próprio Direito, a jurisprudência, a cultura institucional, ao acervo de processos e a legitimidade do Estado aos olhos do cidadão. Quanto aos segundos, fomenta-se um trabalho educativo, uma experiência nova de ouvir e ser ouvido, e de assumir compromissos por vontade própria, reconhecendo a validade da posição do outro, primeiro sob a tutela do Estado, mas com a expectativa de que a prática seja um aprendizado a ser levado para fora dos tribunais e amadurecido no bojo das próprias organizações civis.

Quanto a esse potencial educacional, argumenta-se que:

As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação a conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania. (WARAT, 2004, p. 58)

Não custa lembrar aqui a lição de Immanuel Kant em relação à importância da autonomia para a condição do cidadão. O *esclarecimento*, para o filósofo alemão, era justamente a capacidade de servir-se de si mesmo, de seu próprio entendimento, a partir da razão, sem recorrer à tutela de outrem. Essa qualidade, fundamental à virtude cívica, podemos reconhecer que nos é alienada pelo Judiciário sempre que nos declaramos incapazes de resolver nossos conflitos e pedimos a um juiz para fazê-lo por nós.

### 3.3. A Relação entre Capital Social e Desenvolvimento Econômico

Cumprir discutir ainda, dentre os efeitos extrajudiciais de um processo mais célere e voltado à autocomposição, o possível impacto sobre o sistema econômico. Para diversas teorias, mais claramente para a marxista, existe uma correlação direta entre o papel do Estado e a estabilidade do sistema capitalista. O poder público nasce com a função de assegurar a ordem das relações materiais – ou garantir o cumprimento dos contratos – assegurando o respeito à propriedade privada e garantindo, através da lei, do Judiciário e da polícia, a existência de um *logos*, uma ordem racional que integra toda a estrutura de poder da sociedade. Hobbes (2003) já afirmava que, “sem um sistema judicial eficiente, os participantes do mercado ficariam relutantes em realizar transações, com receio de que os acordos não fossem cumpridos”. Argumentou o filósofo que aquele que cumprisse primeiro a sua parte do contrato se entregaria como presa à outra, a qual teria interesse em descumpri-lo, limitando, assim, a possibilidade de os contratos se prolongarem no tempo. Outros ainda, como Adam Smith e Max Weber, observaram essa correlação (SOUZA, 2015).

Mais concretamente, o desenvolvimento da economia, ao menos da economia moderna e contemporânea, depende da existência de um sistema jurídico cada vez mais flexível e eficiente para conferir segurança aos empreendimentos. Segundo Douglass North, “a ausência de meios de baixo custo que assegurem o adimplemento dos contratos é a ‘fonte mais determinante tanto de estagnação histórica quanto do subdesenvolvimento contem-

porâneo no Terceiro Mundo” (NORTH apud MESSICK, 1999, p. 120). No mesmo sentido, Oliver Williamson, ganhador do prêmio Nobel de Economia, afirma que a qualidade do Judiciário pode ser inferida indiretamente pelo grau de desenvolvimento econômico de um país. As chamadas “economias de alta performance” são justamente aquelas capazes de sustentar um maior número de contratos e com duração de longo prazo. Os países dotados de um Judiciário problemático e de um mercado menos desenvolvido seriam marcados por relações de curto prazo, como transações de pronta-entrega, devido às instabilidades esperadas. A ausência de um Judiciário eficiente implicaria riscos de inadimplemento que elevariam os custos dos investimentos, por sua vez, reduzindo a competitividade do meio econômico.

Diversos estudos já foram desenvolvidos no sentido de verificar empiricamente a tese hobbesiana, buscando a correlação entre a confiança nos contratos e as escolhas de investimento. Williamson cita pesquisa aplicada no Peru, a qual constatou que quase um terço dos empreendedores não trocariam um fornecedor no qual confiam por outro, ainda que o preço fosse menor, por medo de este novo não honrar o acordo. Estudo apontou realidade semelhante no Equador, segundo o qual a falta de previsibilidade era um fator que levava investidores a hesitarem em investir no país. Especificamente no contexto brasileiro, estimou-se que os investimentos nacionais aumentariam em 10%, e os empregos, em 9%, caso o nosso Judiciário tivesse desempenho similar aos dos países desenvolvidos (apud WILLIAMSON, 1996).

Outra pesquisa, realizada com 3.600 empresas em 69 países, descobriu que, para 70% dos entrevistados, a imprevisibilidade no Judiciário era o maior problema em suas operações comerciais. Constatou-se também uma correlação entre o grau de confiança nas instituições estatais, inclusive no Judiciário, e o grau de investimentos e performance econômica dos países.

A mecânica dessa ligação entre economia e Judiciário precisa ser melhor estudada, evitando-se uma relação de causalidade simplista. É possível que um maior desenvolvimento econômico

seja responsável também por aparelhar o Estado para um funcionamento mais eficiente. Williamson sugere, ainda, que ambos os sistemas podem estar sendo influenciados por um fator comum: o conjunto de costumes e crenças de uma sociedade, comumente denominados de “capital social”<sup>13</sup>.

Neste ponto reside, mais claramente, a pertinência da Justiça Conciliativa à temática do crescimento econômico. A capacidade de resolver conflitos por autocomposição está diretamente ligada à de celebrar contratos. Isso porque, como já arguido em sessão anterior, o acordo de vontades por conciliação nada mais é do que a celebração de um novo pacto, ou uma *novação*. O instrumento para a formação do contrato é o mesmo para renegociá-lo: o diálogo de vontades. Assim, intui-se que sujeitos indispostos a conciliar para resolver problemas incidentais, preservando seus vínculos, provavelmente têm também baixa disposição para se associarem em primeiro lugar, para a criação de novos empreendimentos, visto que a substância das práticas é a mesma.

É importante ter em mente que a palavra “contrato” pode adotar, nesse contexto, o sentido mais genérico possível. Não se limita a transações comerciais. São acertos individuais e coletivos de quaisquer naturezas, inclusive familiares. Disto resulta a correlação sugerida entre o capital social e o econômico. A disposição para empreender parece encontrar terreno mais fértil em relações sociais pacíficas, marcadas pela previsibilidade não só do mercado, mas dos próprios costumes cívicos e do sistema político. Ao contrário, contextos de instabilidade social e institucional tenderiam a um imediatismo socioeconômico, privilegiando-se planos e ganhos de curto prazo em detrimento de investimentos mais sólidos e duradouros.

Percebe-se, então, uma presumível correspondência entre o dinamismo da sociedade em empreender e a vitalidade das práticas e valores democráticos que constituem o chamado “mundo

---

13 O conceito é, aqui, empregado referindo-se à “existência de relações de solidariedade e de confiabilidade entre os indivíduos, grupos e coletivos, inclusive a capacidade de mobilização e de organização comunitárias, traduzindo um senso de responsabilidade da própria população sobre seus rumos e sobre a inserção de cada um no todo”. (GUSTIN, 2005, p. 198)

da vida”. Ambos dizem respeito ao âmbito privado e traduzem a aptidão de estabelecer vínculos associativos, bem como de conservá-los (onde está o papel da mediação), embora um tenha, por motor, uma racionalidade econômica pura, enquanto o outro, uma racionalidade comunicativa, que se poderia descrever como “mitigada” ou “com viés moral”.

Deste modo, torna-se possível falar em uma tríplice correlação de forças entre a eficiência do Judiciário, o desempenho econômico e o associativismo civil. A esse respeito, corrobora o entendimento de Amartya Sen (2005, p. 298):

O funcionamento de mercados bem-sucedidos deve-se não só ao fato de as trocas serem “permitidas”, mas também ao sólido alicerce de instituições (como por exemplo estruturas legais eficazes que defendem os direitos resultantes de contratos) e da ética de comportamento (que viabiliza os contratos negociados sem a necessidade de litígios constantes para obter o cumprimento do que foi contratado).

Em sentido semelhante, destaca-se outra posição:

Um governo eficiente requer instituições jurídicas que funcionem de forma a contribuir para os objetivos correlatos de promoção do desenvolvimento do setor privado, estímulo ao desenvolvimento de todas as outras instituições sociais, redução da pobreza e consolidação da democracia. O reconhecimento da necessidade de reforma do Judiciário está crescendo, devido ao crescente reconhecimento de que *as reformas política e do sistema judicial são a chave da reforma do sistema econômico*. Um mercado livre e robusto só pode germinar em um sistema político onde as liberdades individuais e os direitos de propriedade são consensualmente respeitados e onde as reclamações de violações de tais direitos podem ser levadas a tribunais justos e eficientes. [...] (DAKOLIAS, 1995, p. 167-168).

Fica evidenciada, assim, a amplitude do contexto de importância das práticas autocompositivas, bem como da existência de um processo cooperativo democrático. A opção pelo modelo reflete um projeto político de inclusão e de reafirmação da autono-

mia da sociedade civil, não se limitando a uma estratégia técnica para desafogar a máquina pública, à qual não implicaria nenhum tipo de reflexão mais profunda. Portanto a autocomposição:

Apresenta-se como uma forma de apoio e reforço aos mecanismos já existentes, permitindo sua descentralização e propiciando sua proximidade com a sociedade, favorecendo o acesso material à justiça e garantindo o exercício da cidadania, contribuindo para a harmonização entre os valores e os princípios e para sua efetiva concretização. A mediação é uma maneira de desenvolver a democracia instigando os indivíduos a tornarem-se cidadãos no seu sentido mais amplo, pela tomada de consciência de suas responsabilidades para consigo e com aqueles que estão a seu redor, pelos seus litígios, pela comunidade onde vive, levando-os a distanciarem-se do seu ponto de vista individual para que atentem para o bem comum. Propicia aos indivíduos uma participação política, quando participa da discussão acerca dos melhores caminhos para a solução dos conflitos, um desenvolvimento da cidadania, quando passa a ser responsável pela administração da justiça; uma educação para a paz, quando aprende a lidar com os conflitos sem permitir que as emoções interfiram, o que proporcionará maior eficácia e efetividade dos acordos pactuados; o desenvolvimento pessoal, pois os litigantes não apenas aprenderão a lidar com seus conflitos naquele momento, mas levarão pela vida o aprendido e o transferirão a outras situações. Favorece a ponderação e a integração dos direitos, conduzindo a um equilíbrio entre direitos e deveres, preparando os cidadãos para exercê-los em relação ao outro e à sociedade; valoriza e preserva a dignidade humana, através da realização de uma justiça eficaz, rápida e informal, sem burocracia e aplicada de forma imparcial (MUNIZ, 2015, pp. 374-375).

#### 4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, compreende-se a amplitude do contexto em que está inserido o fenômeno da Justiça Conciliativa. Para além de uma técnica jurídica afeta à administração da Justiça, o modelo de pacificação pela via da cooperação é uma realidade em diálogo com diversos paradigmas contemporâneos extrín-

secos ao mundo jurídico puro. Trata-se de uma prática democrática, de uma estratégia de desenvolvimento socioeconômico e, mais abstratamente, de uma reformulação filosófica do modo como pensamos a produção de verdades na sociedade.

Há uma série de dúvidas quanto às potencialidades de um sistema mais dialógico do que dialético de Justiça. Essas inseguranças vão desde a descrença de que o modelo possa realmente provocar transformações substanciais na cultura jurídica até preocupações de que seus institutos possam degenerar em práticas autoritárias e injustas com uma roupagem de democracia. Seja como for, o presente trabalho teve a pretensão de demonstrar que a conciliação é, antes de tudo, uma escolha. Não só no aspecto individual, quanto à transação de direitos, mas também enquanto opção política. Não é uma imposição lógica. Sem dúvida há outras técnicas em curso para responder ao problema da economicidade macroprocessual. A proposta, então, se mostra desejável ou não, de acordo com a visão de mundo e de justiça que se pretende reforçar.

Nós reafirmamos o modelo liberal democrático individualista? Tal conjunto de valores se coaduna muito bem com o paradigma dispositivo. Se adotamos uma maior inclinação ao Estado de Bem-Estar Social, ou a outras vertentes menos liberais, seremos atraídos pelo modelo inquisitivo. Mas se, por outro lado, mergulhamos nas discussões sociológicas e filosóficas mais atuais, acreditando que vivemos, hoje, uma era pós-moderna de intensa comunicação horizontal e ausência de grandes verdades singulares, então a Justiça Conciliativa desponta como um paradigma vanguardista, capaz de acompanhar as tendências de anseios para o futuro.

Poucos questionariam a observação de que o Brasil não é um país de muitas vanguardas. De toda sorte, as modificações já estão sendo feitas na legislação, na infraestrutura e na cultura jurídicas para fortalecer a autocomposição. Isso denota, ao menos por ora, qual foi a opção política do legislador. Parece honesto aos operadores do Direito que tentemos honrá-la enquanto pos-

sível, mesmo com as críticas eventualmente merecidas, dando fiel cumprimento aos ditames da lei. Em que medida qualquer política de Estado encontra êxito ou entraves é algo a ser revelado em um movimento dialético com a experiência prática. Só a aplicação do modelo será capaz de revelar se estamos diante de uma inovação, apta a renovar a prática jurídica, ou de uma técnica fadada a ser acessória em nossa processualística. ❖

## 5. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal *In: Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, nº . Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira *In: Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

CHAPARRO, Fernando Meneguetti. Breves notas sobre a formação do estado moderno: a origem dos novos modelos hermenêuticos. 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-123/breves-notas-sobre-a-formacao-do-estado->

moderno-a-origem-dos-novos-modelos-hermeneuticos/>. Acesso em: 13 jun. 2021.

DAKOLIAS, Maria. Court performance around the world: a comparative perspective.

Washington, DC: The World Bank, July 1999. Disponível em: <<http://www.worldbank.org>>. Acesso em: 03 mai. 2021.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n° 93, p. 149-168, jan./mar. 2016.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual civil: inquisitivo, dispositivo e cooperativo *In: Revista de Processo – Ano 36*, vol. 198. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999.

GUSTIN, Miracy B. S. Resgate dos direitos humanos em situações adversas de países periféricos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n° 47 Minas Gerais: UFMG, 2005.

HOBBS, Thomas. O Leviatã. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Justiça em Números 2020/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019. Acesso em: 03 jul. 2021.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Princípio da cooperação e processo civil do arco-íris. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris-27042015>>. Acesso: 07 mai. 2020.

MARX, Karl. Sobre a questão judaica. São Paulo: Boitempo, 2010.

MELLO, Marco Aurélio. Prefácio *In: A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Editora da Revista dos Tribunais, 2007.

SÁ, Renato Montans de. Manual de direito processual civil. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MESSICK, Richard E. Judicial reform and economic development: a survey of the issues *The World Bank Research Observer*, vol. 14, nº 1 (February) 1999/02/01.

MUNIZ, Déborah Lídia Lobo. Mediação: estudo comparativo *In: Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul. 2ª ed. Essere nel Mondo, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In: Repro* nº 137, São Paulo: RT, 2006.

OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Academia. Revista sobre enseñanza del derecho año 4, nº 8, 2007, ISSN 1667-4154, p. 101-130.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, DURÇO, Karol Araújo. A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 04, nº 01. ISSN 1516-0351, p. 245-277, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados, 2002. Acesso em: 25 mai. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: A preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 52, nº 205, jan./mar. 2015. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril\\_v52\\_n205\\_p55.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p55.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2021.

REALE, Miguel. Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico (ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito). *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade*

de de São Paulo, 49, p. 190-220, 1954. Recuperado de: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66206>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação *In: Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul. 2ª ed. Essere nel Mondo, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Lições de crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes. Martins Fontes. São Paulo, 2005.

VILLAÇA, Eduardo Antônio de Andrade. CAMELO, Michele Cândido. A defensoria como agente na mediação de conflitos *In: Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul. 2ª ed. Essere nel Mondo, 2015.

WARAT, Luis Alberto. A mediação. Disponível em: <<http://www.almed.org.br>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

WEBER, Max. Escritos políticos. 1ª ed. Martins Fontes, 2013.

WILLIAMSON, Oliver E. The mechanisms of governance. New York. Oxford University press, 1996.