



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB

2

R454

Revista de Direito: trabalho, sociedade e cidadania [online]/ Curso de Direito, Centro Universitário IESB. – v.3, n.3, (jul./dez.2017) - Brasília: IESB, 2017.

Semestral

ISSN: 2448-2358

Disponível em: iesb.br/revistadedireito/

1.Trabalho. 2.Cidadania. 3.Sociedade. 4.Democracia. I. Departamento de Direito. II. Centro Universitário IESB. IV. Título.

CDU 340(05)

SUMÁRIO

A CONDIÇÃO DA MULHER BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS	
<i>Ana Luíza Lacerda Amaral</i>	04
DIREITO INTERTEMPORAL NA REFORMA TRABALHISTA	
<i>Augusto César Leite de Carvalho</i>	20
A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA RESPEITA A CONSTITUIÇÃO? ANÁLISE DO ART. 1.013, § 3º, DO CPC/2015	
<i>Bruno Dantas</i>	29
SOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS SOCIAIS NA ADVOCACIA PÚBLICA	
<i>Palau Flores dos Santos</i>	42
AS REGRAS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADOS NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA	
<i>Elayne Menezes Garcia; Douglas Alencar Rodrigues</i>	61
UMA ANÁLISE JURÍDICA DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA SOB A ÓPTICA DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS E DO DIREITO AO SIGILO DA ATIVIDADE INVENTIVA	
<i>Douglas Henrique Marin dos Santos</i>	81
PAPEL ALEGÓRICO DO RÉU NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA INQUISITORIALIDADE DO JUDICIÁRIO A PARTIR DO DOCUMENTÁRIO JUSTIÇA	103
<i>Eduardo Xavier Lemos</i>	

A CONDIÇÃO DA MULHER BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

Ana Luiza Lacerda Amaral

Mestranda em Arquitetura pela Universidade de Brasília (UnB), concluinte do curso de Direito pelo Centro Universitário IESB.

4

Resumo

O tratamento constitucional dado a mulher brasileira é um primeiro passo para atenuar as desigualdades sociais entre gêneros. A partir da Constituição Federal de 1988, surgiram diversas normas e políticas públicas com viés feminista. Este trabalho faz essa digressão de relevantes fatos e atos jurídicos inerentes à luta feminina em prol de maior igualdade.

Palavras-chaves: Constituição, Mulher, Feminista.

Abstract

The constitutional treatment given to Brazilian women is a first step towards alleviating social inequalities between genders. From the Federal Constitution of 1988, several norms and public policies with feminist bias appeared. This work makes this digression of relevant facts and legal acts inherent to the feminine struggle for greater equality.

Keywords: Constitution, Woman, Feminist.

I. Introdução

O tema a ser tratado neste artigo envolve uma breve análise da situação da mulher brasileira, em especial, das pobres e negras, no contexto jurídico constitucional. O direito anterior à Constituição de 1988 era uma construção binária: homem x mulher; brancos x negros/índios; adulto x criança/adolescente/idoso; proprietário x despossuído. Os primeiros são os detentores do direito: homens, brancos, adultos, ricos.

A luta da mulher brasileira, durante todos esses anos, está na busca da sua identidade e da sua afirmação social. O papel da Constituição é, portanto, de extrema relevância no combate ao histórico de vulnerabilidade da mulher em nosso país. Houve uma preocupação de nosso constituinte quanto à garantia de igualdade, seja ela formal, seja material, através da disposição de direitos fundamentais, elencados ao longo de seu corpo.

Dados da PNDA (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) de 2015 mostram que o número de mulheres é maior do que o de homens no Brasil. 48,52% da população brasileira é composta por homens e 51,48% por mulheres.¹ Porém, quando se trata do rendimento médio mensal, ainda há grande desigualdade entre ambos. O rendimento médio real mensal dos homens, em 2015, era de R\$ 1.516 enquanto o das mulheres era de R\$ 943. Além disso, dados do IPEA de 2015 revelam que o rendimento médio mensal no trabalho principal da população ocupada de 16 anos ou mais de idade, por sexo e cor/raça, é demasiado divergente. A mulher negra, por exemplo, ganha aproximadamente 40% do que o homem branco ganha.²

Estes são alguns dos indicadores que evidenciam as desigualdades de gênero no cenário brasileiro. Serão tratados mais a frente outros pontos relevantes quanto à condição da mulher que receberam recentemente um foco do poder público. O que se busca, desde o início, neste artigo, é evidenciar o porquê deste tema ser tratado pela atual Constituição e pela legislação infraconstitucional.

Outra questão correlacionada ao tema é a participação das brasileiras na política, que vem crescendo de forma tímida nas últimas décadas. Serão debatidos aqui o histórico e as formas de garantia da entrada e permanência da mulher na política, a partir da Constituinte de 88.

Por fim, as políticas públicas voltadas para a mulher, mormente as que pertencem a grupos vulneráveis, são o resultado de todo esse processo de ruptura de paradgmas. Por isso, serão elencadas as ações mais importantes voltadas para estas mulheres, com o objetivo final de desmistificar o feminismo.

II. A constituição feminina

A Constituição Federal de 1988 é dirigente, pois traça diretrizes para os governantes em seu corpo a partir do artigo primeiro. Há normas-base (os fundamentos),

¹ Dados retirados do sítio <<https://teen.ibge.gov.br/sobre-o-brasil/populacao/quantidade-de-homens-e-mulheres.html>>. Acessado em dezembro de 2017.

² Dados retirados do sítio <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_apresentacao_retrato.pdf>. Acessado em dezembro de 2017.

normas servientes (normas-tarefa) e normas-fim (objetivos fundamentais). A Constituição é também analítica, dando bases aos governos para seguirem uma política voltada para o povo. É, pois, a materialização dos sentimentos do povo brasileiro.

Agora, é preciso que esta constituição, dirigente em sua essência, se volte para a situação da mulher. É necessária uma interpretação, com um olhar feminino, de nossa Carta Mãe para dirimir a vulnerabilidade em que se encontram as mulheres, hoje, em nosso país. Não é por acaso que este documento é chamado assim. A Constituição é palavra feminina. É mãe das leis e mãe daqueles por quem ela zela. Há vários dispositivos constitucionais que abarcam o tema mulher e, ainda, servem de fundamento para normas infraconstitucionais.

Além disso, a emenda constitucional nº 45 de 2004 passou a prever que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. A primeira a se equiparar a uma emenda constitucional foi a Convenção da ONU sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência.

A mulher com deficiência, por acumular duas situações de vulnerabilidade - condição feminina e deficiência -, recebeu tratamento especial, no art. 6º, da Convenção, a saber:

Artigo 6º

Mulheres com deficiência

1. Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.
2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção.

Para o professor Waldir Macieira da Costa Filho, são aquelas em situação de hipervulneráveis. “A mulher com deficiência, pelo fato do preconceito de gênero e dos

impedimentos sensoriais, físicos ou cognitivos (...), tem um *plus* de discriminação e vulnerabilidade, pelo seu duplo aspecto de não reconhecimento de plano pela sociedade”.

A “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”, também chamada de Convenção de Belém do Pará, foi ratificada pelo Brasil, antes da EC nº 45 e, portanto, não tem natureza de norma constitucional. É, de acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), norma supralegal, estando acima das leis. Mesmo assim, é considerada um marco, pois se reconheceu ser a violência contra a mulher uma espécie de violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Portanto, a proteção da mulher é uma preocupação mundial e o Brasil faz parte deste grupo sem, no entanto, interferir em sua soberania.

O Brasil, como Estado Constitucional Democrático de Direito, é formado pela dimensão de um Estado de Direito – em que há sujeição do poder a princípios e regras jurídicas – e pela dimensão de um Estado Democrático – em que a legitimidade do domínio político e a legitimação do exercício de poder se originam da soberania e da vontade popular. Um de seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º.

A dignidade da pessoa humana, nas palavras do Ministro Barroso, é um princípio jurídico de *status* constitucional. Não é, *per si*, um direito fundamental. Para o ex-ministro Carlos Ayres Britto, os princípios são, hoje, mais do que normas, são supernormas. Os princípios veiculam ou encerram valores, conferindo à Constituição força normativa de Kelsen. Nas palavras do excelentíssimo mestre, o dr. Ayres Britto, “o tamanho desta dignidade se mede é com a trena da democracia, pois quanto maior a esta, maior a dignidade”.

A dignidade da pessoa humana nada mais é que dizer que o humano é valioso por si e, por isso, é merecedor de toda e qualquer proteção. É preciso, agora, olhar esse princípio através de um viés feminino para aplicá-lo à situação da mulher brasileira. A dignidade da mulher brasileira seria, por analogia, dizer o quão ela é valiosa e merecedora de proteção.

Tem-se, ainda, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos, em seguida, no artigo 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para isso, seria necessário o fim da violência,

da discriminação, do alijamento das boas práticas sociais, dentre outros problemas que certos grupos sofrem. Não há um Estado Democrático de Direito onde as mulheres, em especial, sofrem com a restrição de seus direitos. As mulheres se tornaram, assim, um dos focos das políticas públicas voltadas para a garantia de suas dignidades.

Ainda em relação ao texto constitucional, este engloba princípios explícitos e implícitos quando se trata do assunto em questão. O artigo 5º, inciso I, é, *a priori*, o mais importante deles. Trata-se do princípio da igualdade formal entre homens e mulheres, previsto de forma explícita, assim descrito: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Perante a lei, todos serão tratados de forma equânime independentemente da situação em que se encontrarem. Tal princípio também é previsto de forma explícita no artigo 226, parágrafo 5º, da CF/88, a saber: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

A igualdade formal também está garantida nos dispositivos do art. 7º inciso XX, que trata de proteção ao mercado de trabalho da mulher; e no inciso XXX, do mesmo artigo, que proíbe a diferença salarial por motivo de sexo.

Porém, é a igualdade, em sentido material, que considera as desigualdades e busca dirimir tais diferenças. Igualar os desiguais. Retomando os dados do Ipea, sabe-se a proporção de famílias chefiadas por mulheres vem em uma ascendente desde de 1995 a 2015. Em 1995, correspondiam a 22,9% dos lares e, em 2015, chegou a 40,5% dos lares. Portanto, para essas mães solteiras, são necessárias leis e políticas públicas de assistência e amparo como, por exemplo, prioridade ao receber algum auxílio financeiro ou ao participar de financiamento imobiliário de habitações populares.

A própria constituição faz diversas vezes essa distinção entre homens e mulheres em nome do princípio da igualdade material. No artigo 5º, incisos XLVIII e L, há a preocupação do constituinte em garantir que a mulher cumpra sua pena em estabelecimento distinto do homem, além de assegurar sua permanência com seus filhos durante o período de amamentação.

O tratamento no âmbito penal também tem como foco a mulher que é vítima de um crime. Por meio dos princípios constitucionais, as leis que protegem a mulher da violência pela condição de ser do sexo feminino ganham validade no ordenamento jurídico. O STF já decidiu, de forma unânime, que a Lei nº 11.340/06 - Lei Maria da Penha – está

em harmonia com a Constituição Federal de 1988, após o ajuizamento da ADC nº 19. O então ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, prolatou que a lei é constitucional e se enquadra no que denominou “constitucionalismo fraterno”. Nas palavras do ministro, “a Lei Maria da Penha é mecanismo de concreção da tutela especial conferida pela Constituição à mulher. E deve ser interpretada generosamente para robustecer os comandos constitucionais”. Afirmou, ainda, que “ela rima com a Constituição”.

No art. 7º, incisos XVIII e XIX, que tratam respectivamente das licenças maternidade e paternidade, prevê condições distintas levando em consideração os aspectos biológicos de cada um. Enquanto o primeiro inciso prevê um prazo de 120 dias de licença para as mães, o inciso que trata da licença paternidade deixa a encargo da lei a tarefa de delimitar o período de afastamento. Contudo, o artigo 10º, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aduz que “até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias”. A Lei 13.557/2016, que trata de políticas públicas voltadas a primeira infância, instituiu o Programa Empresa Cidadã. Este programa incentiva a prorrogação dos prazos das licenças maternidade e paternidade por, respectivamente, 60 e 15 dias. As disposições legais tendem a acompanhar o novo cenário social de maior participação da figura paterna nos primeiros anos de vida de uma criança.

O artigo 40, § 1º, inciso III, e art. 201, parágrafo 7º, que tratam de aposentaria, também faz distinção quanto aos prazos de contribuição previdenciária e à idade para aposentar, protegendo a mulher. Isso se deve, em especial, a dupla jornada a que está submetida. Há um impacto da divisão desigual do trabalho, mormente, se for levado em consideração o trabalho doméstico. A mulher se dedica ao lar a um tempo semana 150% maior que os homens, de acordo com a pesquisa feita pelo IPEA “Retratos e desigualdade de gênero e raça”. Isso se junta às horas de trabalho extramuros. Logo, é justificável essa abordagem constitucional tendo em vista a desproporcional desvantagem na qual a mulher ainda se encontra.

Para finalizar esse panorama constitucional da condição da mulher, o art. 143, § 2º, prevê que “as mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir”. Além disso, os artigos 183 e 189, que tratam, respectivamente, de usucapião e reforma agrária, dão a mulher, assim como ao homem, independente do estado civil, o título de domínio e a concessão de uso. Recebem, neste caso, o mesmo tratamento legal em consonância com o princípio da igualdade formal.

As políticas públicas são o reflexo das premissas constitucionais e legais. Além disso, a representação política feminina pode influenciar significativamente na edição de leis. Logo, há um ciclo virtuoso e sua próxima etapa será abordada adiante.

III. A política feminina

A representatividade feminina na política está crescendo, mas de forma acanhada. Na década de 80, com o fim da ditadura militar, surgiu uma nova vontade de constituição. Foi formada, então, a Assembleia Constituinte de 1986-88, composta de 26 mulheres dentre 536 parlamentares eleitos. Elas representavam apenas 5% do total de membros do Congresso Nacional e formavam a “bancada feminina” ou “bancada do batom”. Todas eram deputadas, não havia uma senadora. Na época, a população feminina brasileira era, aproximadamente, 45% do total de pessoas, ou seja, já havia uma sub-representação política do grupo. Mesmo assim, foi um recorde em relação a legislatura anterior, que era composta por apenas 8 mulheres.³

Apesar de serem de lugares geográficos distintos, pertencerem a partidos com ideologias diversas e terem profissões das mais variadas, elas se juntaram para apresentar propostas em busca da igualdade de gêneros tais como: igualdade de obrigações domésticas entre homens e mulheres; equiparação das atividades do lar aos demais trabalhos; igualdade de direito de propriedade, mesmo a mulher estando solteira ou separada; benefícios relacionados à seguridade social; direito das presas permanecerem com seus filhos durante à amamentação; etc. Por meio de inúmeras emendas apresentadas, as parlamentares, juntas, levantaram a bandeira feminina. Se não tivessem agido de forma coordenada, provavelmente quase nenhuma proposta teria sido aprovada.⁴

³ Dados retirados do sítio: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>>. Acessado em dezembro de 2017.

⁴ Foram apresentadas pela “bancada feminina” 3.321 emendas e aprovadas 974. Aproximadamente, manteve-se a proporção entre o número de representantes do sexo feminino em relação aos homens e as emendas apresentadas por elas em relação às emendas apresentadas por eles (cerca de 5%). Foram apresentadas no total 62 mil emendas.

A “Carta das Mulheres”, apresentada pelas congressistas, para os congressistas, em 1986, deixava claro as exigências e os anseios das mulheres, não só em busca da igualdade, mas também trazendo outros temas de cunho social. Segue, abaixo, trecho da carta:

Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar, o direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: um sistema político igualitário e uma vida civil não autoritária

Hoje, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 é feminina graças a essas mulheres. A dualidade, neste caso, foi inerente ao processo constituinte, a partir de dois polos: um feminino e um masculino. Não há uma divisão rígida entre algo puramente racional e emocional, como é feito com o cérebro no estudo da anatomia. Porém, apesar de assimétrica numericamente, a representatividade feminina fez com que a norma constitucional buscasse o equilíbrio normativo. E essa busca ainda é permanente, por meio do poder derivado reformador e da mutação constitucional, a fim de invalidar as idiosincrasias machistas de uma sociedade ou de, simplesmente, ratificar direitos já reconhecidos por esta.

Logo, a “vontade de Constituição”, de Konrad Hesse, poderia ser também resultante deste equilíbrio, ou seja, para se efetivar os preceitos constitucionais voltados para a mulher e tirá-los do papel, é preciso que haja consciência de todos. É preciso que haja empatia dos homens ante as questões femininas. O equilíbrio, no geral, nos leva a um Direito-justo, tanto em relação aos comandos processuais quanto materiais.

Mesmo com os avanços, ainda há necessidade de maior representatividade da mulher na política. Estudos feitos pela União Interparlamentar⁵ (*Inter-Parliamentary Union*), em 2015, mostraram que, em um ranking que avalia a penetração política por gêneros, no Congresso, em 174 países, o Brasil ocupou o 154º lugar. Ruanda, onde o percentual de mulheres na Câmara do Deputados chegou a 61,3%, ficou em primeiro

⁵ A União Interparlamentar (*Inter-Parliamentary Union*) é uma [organização](#) internacional dos [parlamentos](#) dos [Estados soberanos](#), que tem por objetivo a manutenção multilateral dos contatos entre parlamentares.

lugar neste ranking devido à política de cotas para aumentar a participação feminina. A Bolívia ficou em segundo e Cuba, em terceiro⁶.

No Brasil, há uma tentativa de aumentar a participação da mulher na política por meio de edição de leis. Em 1995, foi promulgada a Lei Eleitoral 9.100, segundo a qual 20% dos cargos políticos deveriam ser ocupados por mulheres. A Lei nº 9.504/97 a alterou, passando o mínimo para 30% dos cargos a serem reservadas para mulheres. Em 2010, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tornou obrigatória a proporção mínima de 30% de ocupação por mulheres, pois houve a mudança, na lei de 1997, da palavra "reserva" para "preenchimento" de vagas para cargos de eleições proporcionais. Mesmo assim, a lei não estava sendo cumprida, pois os partidos políticos alegavam dificuldades em atrair as mulheres para se filiarem.

Em 2014, dos 513 deputados federais eleitos, 51 eram mulheres. Houve um aumento de 13,33% na bancada feminina na Câmara dos Deputados na legislatura de 2015-2018, em relação às 45 mulheres eleitas em 2010 para o cargo. Os dados foram extraídos das Estatísticas de Resultados das Eleições 2014. O número de candidatas aptas que disputaram o cargo teve um aumento expressivo, de 935, em 2010, para 1.765, em 2014, correspondendo a um acréscimo de 88,77%. No Senado Federal, cinco mulheres foram eleitas senadoras, contra sete candidatas em 2010.⁷

Nota-se, portanto, que há um déficit na representação política feminina, principalmente quando se levado em conta que mais da metade da população é atualmente formada por mulheres. A política feminina torna-se, assim, termo de sentido duplo, que engloba a representatividade e as ações e programas em prol da mulher. Para isso, é necessária a compreensão dos termos empoderamento e feminismo. Desmistificar esses termos leva a um melhor entendimento das demandas atuais as quais as mulheres almejam.

O termo empoderamento significa dar poder a si mesmo ou a um grupo para se fortalecerem. Quando uma mulher busca se empoderar, ela também compartilha este poder com as outras. O grupo como um todo é beneficiado por essa busca de igualdade,

⁶ Dados retirados do sítio: <<https://nacoesunidas.org/brasil-fica-em-167o-lugar-em-ranking-de-participacao-de-mulheres-no-executivo-alerta-onu/amp/>>. Acessado em janeiro de 2018.

⁷ Dados obtidos no sítio: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Outubro/eleicoes-2014-numero-de-deputadas-federais-cresce-13-33-em-relacao-a-2010>>. Acessado em dezembro de 2017.

de autonomia e de liberdade de escolha. A partir desse conceito, outros surgem como, por exemplo, a palavra sororidade. Sororidade significa a união entre as mulheres, o companheirismo e a empatia de uma pela outra, independentemente da situação vivida por cada uma. É, justamente, uma forma do grupo se empoderar e, assim, alcançar objetivos em comum.

Já o termo feminismo, como corrente intelectual, caracteriza-se pela militância na busca da igualdade de gênero e pela investigação das causas e mecanismos de dominação masculina. Como política, o feminismo é uma crítica ativa que vincula a submissão da mulher na esfera doméstica à sua exclusão da esfera pública. Há variadas vertentes dentro deste macro grupo, inclusive, relacionadas à existência ou não dessa questão binária entre sexos. Para alguns, não se pode confundir igualdade de sexos com a igualdade de gêneros, pois o primeiro é decorrente de fatores biológicos e o segundo, de fatores advindos de uma construção social. Há, ainda, aqueles que defendem que essa luta não é entre dois polos distintos formado pelo homem e pela mulher. São os que defendem a Teoria *Queer* (termo em inglês que significa estranho ou desviante). Existem minorias que vivenciam processos discriminatórios similares e que buscam o mesmo reconhecimento social tais como gay, lésbicas, transexuais.

É inegável que, independentemente da vertente, a luta dos grupos feministas reverteu-se em muitas conquistas de direitos. Os grupos contrários, porém, entendem o feminismo como algo semelhante ao machismo ou à misoginia. O feminismo não é a repulsa ou ódio pelo sexo masculino. A misandria, sim, é uma aversão patológica aos homens. Também não se deve fixar um estereótipo de feminista, podendo ter, inclusive, homens feministas que aderiram a luta pela igualdade.

Dentro do movimento, distintos subgrupos se formam, devido a outros fatores que geram discriminação e vão se somando. A desigualdade de gênero pode ser somada à desigualdade racial e social. Os grupos feministas formados por mulheres negras e pobres se destacam no movimento por terem de reivindicar muito mais direitos a fim de se obter maior equidade. Por viverem outra realidade daquelas pertencente a classe média, são mulheres aguerridas que buscam reconhecimento em diversas circunstâncias e de outro modo: dentro de casa, na comunidade, na sociedade, perante outras mulheres, inclusive. Mesmo sendo um grupo heterogêneo, as mulheres buscam elementos comuns na busca de uma identidade coletiva justamente por haver a sororidade entre elas.

Logo, a pauta da agenda feminista é, atualmente, o combate à discriminação e à desigualdade sofridas, de forma velada, pela mulher simplesmente por estar na condição de mulher. Sabe-se que as restrições vividas pelas mulheres nas gerações passadas eram tamanhas a ponto de serem consideradas relativamente capazes em sua vida civil.⁸ As diferenças eram gritantes, faziam parte da cultura e da ordem social, sem serem contestadas. No mundo todo, os movimentos de expansão dos direitos da mulher tiveram um grande trabalho para, por exemplo, o sufrágio se tornar universal bem como a educação, em todos os seus níveis. E, por mais que existam mulheres que não se identificam com a causa feminista, é inegável que qualquer retrocesso neste sentido seria um ataque abjeto a toda a humanidade.

Isso porque, após a conquista de direitos essenciais, tais movimentos passaram a serem vistos como algo inútil e descontextualizado, pois, para alguns, já foram exauridas as causas de disparidades entre homens e mulheres. Realmente, a isonomia formal é prevista em nosso ordenamento jurídico atual, mas, conforme supramencionado, a parcialidade no tratamento dado à mulher, no Brasil, ainda gera bastante desigualdades. Por isso é importante que haja políticas públicas para amenizar as distâncias entre a mulher e homem. Conforme mencionado anteriormente, essa disparidade é ainda maior quando se trata de mulheres pobres e negras.

A rejeição ao termo feminista não pode ser obstáculo a essas políticas. Antes de mais nada, a humanidade precisa de uma política feminina ampla que reduza a vulnerabilidade relativa da mulher. A falta de creches e de políticas públicas que conciliem a rotina de trabalho e os cuidados com os filhos, por exemplo, penaliza não só as mulheres, mas a toda sociedade. A responsabilidade, neste caso, não deveria ser exclusiva da mulher, mas de todos, inclusive do Estado.

Outra questão controversa gira em torno da sexualidade feminina e das políticas públicas que a abordam. O uso do anticoncepcional bem como o de outros métodos contraceptivos já foi tema de discussão no Brasil e em outros países. A Igreja Católica sempre condenou qualquer método contraceptivo, pois defende que a vida começa a partir da concepção. O Estado brasileiro atualmente é laico, porém, já recebeu bastante

⁸ O Código Civil que vigorou entre 1916-2002 considerava as mulheres como relativamente incapazes para a vida civil.

influência religiosa decorrente de seu processo histórico de formação. Os métodos contraceptivos eram vistos com ressalva durante um longo tempo.

O marco da liberação do uso de métodos contraceptivos se deu nos Estados Unidos. Em 1965, a Suprema Corte Americana decidiu, no caso *Grisworld vs. Connecticut*, que o controle de natalidade feito pelos casados era constitucional, revogando as leis que disponham o contrário. Mais tarde, em 1972, no caso *Essenstandt vs. Baird*, o controle de natalidade foi liberado também para os casais não casados. As decisões tomadas por este país sempre influenciaram o resto do mundo.

Hoje, a mulher possui autonomia sobre sua vida sexual graças a esse avanço social e também científico bem como às políticas públicas de acesso à informação e aos métodos. Não há mais polêmicas envolvendo este assunto específico. Inclusive a constituição brasileira vigente prevê, em seu artigo 226, § 7º, que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Porém, o aborto ainda é tema bastante sensível, pois gera o questionamento de qual seria o exato momento do início da vida e se o feto possui ou não direitos e deveres. Nos Estados Unidos, foi decidido pela Suprema Corte, no caso *Roe vs. Wade*, que o aborto seria permitido até o primeiro trimestre de gravidez. Assim como nas decisões relativas ao uso dos métodos contraceptivos, este caso foi decidido por um pleno formado, em sua maioria, por homens mais velhos, brancos e de maior poder aquisitivo. Em todos os casos, a justificativa foi embasada na liberdade, bandeira democrática americana defendida a todo custo. Esta decisão impacta até hoje a vida das mulheres americanas de e o poder legislativo americano nunca conseguiu rediscuti-la para sequer aprimorá-la.

No Brasil, a realidade é outra. A legislação penal proíbe o aborto, exceto nos casos de estupro ou eminente perigo a vida da mãe. Recentemente, o STF julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Agora são três as hipóteses de liberação do aborto no Brasil.

Não são poucos os casos de tentativa de se ampliar ou restringir essa lista. O Congresso Nacional, por meio da PEC 181/15, quer proibir o aborto em qualquer caso. O projeto foi aprovado em uma comissão, na Câmara dos Deputados, formada apenas por homens e precisa do voto de 308 parlamentares da casa para se tornar texto constitucional. Já, como uma força oposta, foi feito pedido, ao STF, por meio da ADPF 442, que se amplie as hipóteses de legalização do aborto. Nos dois casos, independentemente da posição a ser defendida, há um problema sério concernente a representatividade feminina. Mais uma vez, a crítica está na falta de políticas públicas feitas por mulheres políticas.

Por fim, a manutenção desta desigualdade é geradora de múltiplas formas de violência contra a mulher tais como: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.⁹ Há uma construção (ou talvez uma constrição) cultural, no Brasil, que banaliza a violência contra mulher em diversos aspectos, a ponto dela mesmo não se reconhecer em situação de vulnerabilidade. Como resposta imediata ao clamor social, normalmente é feita a exasperação da punição dada àqueles que comentem algum crime. Porém, neste caso, isso não basta. É preciso que o Estado, por meio de políticas públicas, busque a erradicação de todo tipo de violência de gênero, nas bases do problema.

O marco deste processo foi a Lei nº 11.320/06 – Lei Maria da Penha - que, além de alterar o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, traz dispositivos de estruturação de políticas públicas em apoio às mulheres em estado de vulnerabilidade. O artigo 35, da lei supracitada, enumera diversas providências a serem tomadas pela União e pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com destaque para a criação dos centros de educação e de reabilitação para os agressores. Logo, o que se busca não é apenas a punição do violentador, mas a transformação do seu entendimento de que a mulher não é objeto, e sim um ser humano capaz e digno. Normalmente, aquele que violenta viveu situações de violência doméstica anteriormente e, por isso, também já foi uma vítima.

De acordo com consulta feita pelo Instituto Patrícia Galvão a especialistas no tema, para mudar este quadro são necessárias as seguintes ações: envolver os homens na superação dessa cultura violenta; reconhecer e dar atenção para as formas institucionais

⁹ Formas de violência doméstica e familiar contra a mulher previstas no art. 7º, da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

de violência perpetradas pelo Estado; assegurar o protagonismo das mulheres por meio de políticas públicas de educação, autonomia econômica e financeira, equidade no trabalho doméstico e no trabalho remunerado; cobrar respostas do Poder Público e da iniciativa privada nesse sentido; e garantir o investimento na expansão com qualidade da rede de atenção e enfrentamento à violência. Portanto, é necessário o engajamento de toda a sociedade para esta não se tornar vítima de si mesma.

IV. Conclusão

Após ser feito um panorama da condição da mulher nos moldes da Constituição Federal de 1988, chega-se à conclusão que muitos direitos foram conquistados e ainda há inúmeros outros a serem conquistados. O principal ponto de questionamento diz respeito à representatividade da mulher no âmbito político. Por mais solidários ou feministas que os homens sejam, eles não vivenciam o que as mulheres vivenciam. A Ministra do STF Carmen Lucia, após a colega e também ministra Rosa Weber ser interrompida por um dos ministros, fez um desabafo sobre as inúmeras vezes em que mulheres são aparteadas no momento em que elas têm a fala. O termo dado em inglês a esse tipo de situação é *manterrupting*. Logo, mesmo as mulheres que já possuem notoriedade em sua posição política e social passam por situações de discriminação, mesmo que de forma sutil ou velada. Pelo desdobramento da abordagem feita pelo texto, é possível afirmar que, a partir do momento em que mais mulheres ocuparem posições de poder, haverá maior equidade em seu tratamento e, conseqüentemente, a diminuição da violência entre gêneros. De forma geral, os representantes de uma democracia deveriam ser o reflexo da sociedade, e isso não é visto em nenhum âmbito da esfera pública ou privada.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em dezembro de 2017.

_____. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da

Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 8/8/2006, Página 1 (Publicação Original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acessado em dezembro de 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Carta das Mulheres**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf>. Acessado em dezembro de 2017.

_____. Instituto Brasileiro De Geografia e Estatística - IBGE. **População – quantidade de homens e mulheres**. Disponível em: <<https://teen.ibge.gov.br/sobre-o-brasil/populacao/quantidade-de-homens-e-mulheres.html>>. Acessado em dezembro de 2017.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Retrato das desigualdades de gênero e raça – 20 anos**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_apresentacao_retrato.pdf>. Acessado em dezembro de 2017.

_____. PORTAL DO BRASIL. **Mulheres na política** - Representação feminina no poder não acompanha emancipação observada em outras áreas da sociedade. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/02/mulheres-na-politica>>. Acessado em dezembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. Relator Min. Marco Aurélio de Melo. **Pesquisa de jurisprudência**. Acórdão publicado em 29/04/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em dezembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Relator Min. Marco Aurélio de Melo. **Pesquisa de jurisprudência**. Acórdão publicado em 20/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acessado em dezembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>>. Acessado em dezembro de 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições 2014: número de deputadas federais cresce 13,33% em relação a 2010.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Outubro/eleicoes-2014-numero-de-deputadas-federais-cresce-13-33-em-relacao-a-2010>>. Acessado em dezembro de 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. O conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana em tema de direitos fundamentais e os avanços da constituição 1988. In **Anais: VI Conferência dos Advogados do DF**. Brasília: OAB/DF, 2008, p. 156-168.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (2007). **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: decreto legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** - 4. ed., rev. e atual. – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao_pessoacomdeficiencia.pdf>. Acessado em dezembro de 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo. Ed. Martin Fontes, 2009.

FERRAZ, Carolina Valença [et al.]. **Manual dos direitos da mulher.** São Paulo: Saraiva, 2013. – (Séries IDP – Direito, diversidade e cidadania)

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Dossiê – violência contra as mulheres.** Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/>>. Acessado em dezembro de 2017.

MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e Política: uma introdução** / Luis Felipe Miguel, Flávia Brioli. São Paulo: Boitempo, 2014.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Brasil fica em 167º lugar em ranking de participação de mulheres no Executivo, alerta ONU.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-fica-em-167o-lugar-em-ranking-de-participacao-de-mulheres-no-executivo-alerta-onu/>>. Acessado em janeiro de 2018.

RIBEIRO, Djamila. O que é empoderamento feminino? Nenhuma mulher pode considerar-se moderna enquanto persistirem as desigualdades. **Revista Carta Capital.** Publicado em 25/09/2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/971/o-que-e-o-empoderamento-feminino>>. Acessado em dezembro de 2017.

SOUZA, Marcius F. B. de. **A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>>. Acessado em dezembro de 2017.

DIREITO INTERTEMPORAL NA REFORMA TRABALHISTA

Augusto César Leite de Carvalho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST), professor de Direito do Trabalho do IESB, em graduação e pós-graduação, professor colaborador da UnB em pós-graduação de Direito Constitucional do Trabalho e professor do Curso de Mestrado da Universidade Autônoma de Lisboa.

20

A Lei n. 13.467/2017 abalou o caráter tutelar do Direito do Trabalho, sobretudo ao transferir para a autonomia privada, individual ou coletiva, a regência de condições de trabalho antes balizadas em lei.

Em rigor, rompeu-se a expectativa de ver-se nas mudanças da lei trabalhista algum avanço na tutela de direitos sociais, o que normalmente fazia pertinente a remissão ao art. 5º, §1º da Constituição sempre que se confrontavam cláusulas contratuais antigas com leis supervenientes mais benéficas. Com base em mencionado preceito, sustentava-se que as normas legais definidoras de direitos sociais tinham sempre aplicação imediata.

A partir das reformas de 2017, qualquer tentativa de alterar-se o conteúdo obrigacional de um contrato de emprego terá que submeter-se, ao que parece, a uma segunda premissa: se a alteração for prejudicial ao trabalhador, haverá de se verificar se há retroação da nova regra que esteja a ferir o art. 5º, XXXVI da Constituição, vale dizer, se ato jurídico perfeito ou direito adquirido estariam sendo vulnerados. É disso que tratam os subitens seguintes.

Ato jurídico perfeito *versus* eficácia imediata – relação com a progressividade dos direitos sociais

Como regra, “as normas autônomas juscoletivas têm por objetivo melhorar as condições sociais e econômicas dos trabalhadores, mas sem o escopo de se prestarem à diminuição das garantias já auferidas”¹⁰. Essa tendência de alargar a tutela do trabalhador,

¹⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. “Sindicatos e Negociação Coletiva Trabalhista: poderes e limites jurídicos”. In: Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, vol. 2, n. 1 (jan/jun 2016). Brasília, DF, 2016, p. 43.

aproximando-a idealmente de estágio mais sintonizado com o postulado constitucional de trabalho digno, fez surgir, no âmbito do Direito do Trabalho, a regra segundo a qual a norma de proteção ao trabalho humano tem aplicação imediata.

A exemplo do que sucede no contexto das normas de direito processual, todas as vezes em que se defende a aplicação imediata de uma norma, para aplicá-la aos atos jurídicos a ela supervenientes, faz-se necessário conciliar tal compreensão com o art. 5º, XXXVI, da Constituição: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A compreensão de que o contrato – inclusive o contrato de emprego – é um “ato jurídico perfeito” cujas cláusulas não podem ser modificadas por lei posterior à sua celebração tem respaldo em precedentes do Supremo Tribunal Federal emblemáticos, a exemplo daquele em que a corte excelsa apreciou a incidência retroativa do art. 35-G e incisos de medida provisória que regulava os planos privados de assistência à saúde¹¹, para modificar contratos celebrados anteriormente, e afirmou que haveria então “ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito” (ADC-MC/DF 1931).

Também quando houve de julgar se o Código de Defesa do Consumidor retroagiria para modificar cláusula contratual que previa a perda das quantias pagas na hipótese de rescisão contratual (cláusula gravosa, inclusive, ao consumidor), o STF decidiu que a retroação do CDC para “se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela clausula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade mínima¹² que também é alcançada pelo disposto no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna” (RE 205.999-4/SP).

¹¹ Art. 35-G da MP 1908-18/1999 – “A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia do Ministério da Saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pelo CONSU; III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos definidos no inciso I e § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente.”

¹² Sobre o significado de “retroatividade mínima”, Gilmar Mendes explica: “costuma-se distinguir três graus de retroatividade da lei. Em primeiro lugar, a *retroatividade máxima* seria aquela em que a lei nova atinge a coisa julgada e

O contrato de emprego é, pois, ato jurídico perfeito, ou ato jurídico que se aperfeiçoa a partir de quando celebrado em consonância com a ordem jurídica e se mostra então apto a dar início à relação jurídica correspondente. Lei posterior não pode, em princípio, modificar-lhe o conteúdo.

No plano constitucional, a antítese da eficácia imediata da norma superveniente, sem apreço maior ao ato jurídico perfeito, justifica-se pela regra estatuída no §1º do art. 5º da Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Desde quando a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), com o endosso dos Pactos Internacionais de 1966 e da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), consagraram que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, a expressão “direitos e garantias fundamentais” abrange os direitos sociais e mesmo aqueles direitos de titularidade difusa compreendidos nas novas projeções dos direitos humanos.

Mas aqui queremos enaltecer proposição jurídica relevante: se uma possibilidade hermenêutica deriva da premissa de ser o direito sob foco um direito fundamental, o modelo exegético assim construído somente prevalece nas hipóteses em que há direito titularizado pela parte débil da relação de poder, pública ou particular, que justifica a

os fatos já consumados. Em segundo plano, a *retroatividade média* ocorre quando a lei ataca os efeitos pendentes de atos jurídicos consolidados antes dela. Enfim, a *retroatividade mínima* (mitigada ou temperada) seria aquela em que a lei nova respeita os efeitos jurídicos já produzidos antes de seu advento e, dessa forma, atinge apenas os efeitos de atos anteriores verificados após a data de sua vigência” (CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 370). Embora Mendes sustente que “o Supremo Tribunal Federal tem entendido que as leis que afetam os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente são retroativas (retroatividade mínima), afetando a causa, que é um fato ocorrido no passado” (idem, *ibidem*), os excertos acima demonstram que o STF não tolera sequer a retroatividade mínima, sendo também nesse sentido o aresto da lavra do Ministro Moreira Alves no RE 188.366-9/SP, cuja ementa tem fragmento elucidativo: “Em nosso sistema jurídico, a regra de que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por estar inserida no texto da Carta Magna (art. 5º, XXXVI), tem caráter constitucional, impedindo, portanto, que a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, retroaja para alcançar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, ou que o Juiz a aplique retroativamente. E a retroação ocorre ainda quando se pretende aplicar de imediato a lei nova para alcançar os efeitos futuros de fatos passados que se consubstanciem em qualquer das referidas limitações, pois ainda nesse caso há retroatividade – a retroatividade mínima –, uma vez que se a causa do efeito é o direito adquirido, a coisa julgada, ou o ato jurídico perfeito, modificando-se seus efeitos por força da lei nova, altera-se essa causa que constitucionalmente é infensa a tal alteração”.

inserção do direito entre os direitos fundamentais. Não há (e, ao que parece, nunca precisou haver antes da Lei 13.467/2017) direito fundamental de empresário, ou de sociedade empresária, à eficácia imediata de normas trabalhistas mais gravosas que aquelas anteriormente ajustadas, mediante ato jurídico perfeito.

No plano infraconstitucional, a eficácia imediata da norma trabalhista sempre se enquadrou no âmbito do princípio da proteção¹³, manifestando-se por meio da regra segundo a qual, entre normas trabalhistas que se sucedam no tempo, deverá inexoravelmente prevalecer a “condição mais benéfica”. Em síntese, a progressividade dos direitos sociais, e a vedação de seu retrocesso, impedem que as relações de trabalho se pluralizem no ambiente de empresa em prejuízo dos empregados mais antigos os quais, não fosse pela prevalência do *favor laboratoris*, seriam paradoxalmente punidos pela antiguidade.

Discorrendo sobre igual fenômeno nas relações de emprego em Portugal, onde o intuito de converter a autonomia coletiva em instrumento de redução de direitos remonta a 2003¹⁴, o professor Leal Amado observa:

Para além daquela sua função central e nuclear, sempre o Direito do trabalho desempenhou outras funções, entre elas a de ser um importante instrumento de gestão, no plano económico, preocupado com a salvaguarda da eficiência e da competitividade das empresas. E no tocante à própria negociação coletiva, a mesma dualidade sempre esteve presente: consistindo a sua função principal em melhorar as condições de trabalho, reforçando as garantias mínimas estabelecidas por lei, também a ideia de flexibilizar e de adaptar essas condições de trabalho, correspondendo às necessidades da empresa, da sua sobrevivência e da sua competitividade, sobretudo em tempos de crise, nunca esteve ausente do elenco de missões da negociação coletiva.

Nos últimos anos, porém, num cenário de globalização capitalista cada vez mais agressiva e com a hegemonia ideológica das correntes neoliberais, dir-se-ia que as prioridades se inverteram: a preocupação central do Direito do Trabalho parece hoje consistir na garantia de eficiência económica das empresas, só em segundo plano surgindo a promoção da equidade nas relações de trabalho; e, no tocante à negociação coletiva, a sua histórica função de melhoria das condições de trabalho aparece hoje subalternizada e substituída pela função de flexibilização e adaptação das normas aos interesses da empresa, às necessidades desta, às conveniências desta, à melhoria da posição competitiva desta — assumindo foros de normalidade a hipótese de afastamento in pejus das normas legais por via da negociação coletiva¹⁵.

¹³ No âmbito do pragmatismo jurídico, o princípio da proteção triparte-se nas regras *in dubio pro operário*, norma mais favorável e condição mais benéfica.

¹⁴ O professor Leal Amado refere-se, mais precisamente, ao art. 4, n. 1, do Código de Trabalho de 2003.

¹⁵ LEAL AMADO, João Carlos Conceição. “A experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas”. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho vol. 83, n. 3, jul/set 2017, pp. 138-159. São Paulo: Lex Magister, 2017.

Em recente contribuição acadêmica, o professor Leal Amado sustenta, com acuidade, que o princípio *favor laboratoris*, que se consubstancia na prevalência da norma mais benéfica quando duas normas trabalhistas parecem antagonizar-se, deriva da combinação das regras de eficácia temporal da norma jurídica com o caráter imperativo da lei trabalhista. Em aligeirada síntese, di-lo:

Trata-se, afinal, de duas faces da mesma moeda: favor laboratoris e imperatividade mínima das normas juslaborais. Como escreve Mercader Uguina, ‘o critério de favor relaciona-se no ordenamento laboral com o hierárquico, do qual representa uma modalização, no sentido de que a fonte de intensidade mais forte prevalece sobre a mais débil apenas em ordem à garantia das condições mínimas. Acima do mínimo, impõe-se a norma inferior que preveja condições mais favoráveis para os trabalhadores. A regra de ordenação hierárquica das fontes do Direito do Trabalho assume, assim, um valor relativo: frente ao critério de favor, a norma de regulação superior comporta-se como norma dispositiva e, portanto, cede ante a regulação de nível inferior, a qual, por sua vez, cede ante a norma de regulação superior quando esta assegura a garantia das condições mínimas’¹⁶.

Logo, a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito basta, em princípio, para imunizar o contrato de emprego quanto à incidência de leis supervenientes mais gravosas para o trabalhador. A única ressalva para a não observância do contrato de emprego como ato jurídico perfeito seria o princípio *favor liberatoris*, ou a prevalência da condição mais benéfica.

Isso inclui a regência de condições de trabalho antes vedada à autonomia individual e agora a ela autorizada, como a instituição de banco de horas (antiga Súmula 85, V do TST *versus* novo art. 59, §5º da CLT) ou do regime de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso (antiga Súmula 444 do TST *versus* novo art. 59-A da CLT). Em rigor, a matéria, neste tópico, sequer exigiria o recurso à tutela constitucional do ato jurídico perfeito, dado que o art. 468 da CLT continua a negar validade a alterações contratuais prejudiciais ao trabalhador, se havidas na intercorrência do vínculo de emprego.

¹⁶ Obra citada. Na citação que faz, Leal Amado acresce a nota seguinte de rodapé: «La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 109, 2002, p. 20. A matéria tem sido bastante estudada pela doutrina portuguesa, com particular destaque, no respeitante às relações lei-CCT, para o texto clássico de JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre as Fontes de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 147-183.

Direito adquirido versus eficácia imediata

O esforço exegético será igual ou maior, a fortiori, nos casos em que além da intangibilidade do conteúdo do contrato, ou em vez dela, invocar-se direito adquirido ainda não exercido. Ilustrativamente, o que dizer se o empregado já completou dez anos no exercício de cargo de confiança, antes da Lei 13.467/2017, e portanto terá adquirido o direito à incorporação da gratificação de função correspondente (Súmula n. 372 do TST)? E se o empregado já havia obtido a integração ao salário de prêmio-produção (Súmula 209 do STF), a ele pago com habitualidade desde antes da Lei 13.467/2017? E se o empregado tinha direito ao reconhecimento do vínculo com o tomador de serviços, por prestar-lhe trabalho em atividade-fim (Súmula 331 do TST), desde antes de a Lei 13.467/2017 normalizar essa hipótese?

Em princípio, a autonomia coletiva poderá servir para a redução expressa de atribuições econômicas (art. 7º, VI, da CF), mas não poderá a norma coletiva ser interpretada e aplicada a partir do pressuposto de que conteria a derrogação implícita de cláusulas contratuais ou imperativas preexistentes aos contratos em curso, salvo se a jurisprudência, indiferente ao art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e ao art. 5º, XXXVI, da Constituição brasileira, consentir a retroação da Lei 13.467/2017 para alcançar os contratos em curso.

Irredutibilidade do salário versus eficácia imediata

O art. 7º, VI, da Constituição brasileira consagra a regra da irredutibilidade do salário, salvo por negociação coletiva. É certo que o poder constituinte outorgou aos atores sociais, se agem por meio de sindicatos (art. 8º, VI, da CRFB), uma prerrogativa que não estendeu sequer ao legislador ordinário. Somente às entidades sindicais, frente a contingências concretas, é dado consentir a redução de salário.

Atento ao balizamento constitucional, o Tribunal Superior do Trabalho não permite, por exemplo, que a redução, por lei, da base de cálculo do adicional de periculosidade, devido a eletricitários, possa retroagir para alcançar empregados cujos

contratos foram firmados quando a base de cálculo era maior. A atual jurisprudência enuncia que “a alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei nº 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência” (Súmula 191, III, do TST).

Ainda que se cogite abstrair da construção doutrinária segundo a qual a cláusula legal mais benéfica sempre substitui a cláusula contratual mais gravosa, é certo que algumas modificações surgidas com a Lei 13.467/2017 retomam o debate sobre a lei ter aptidão para alterar regras jurídicas que afetem a condição salarial relacionada a contratos em curso.

É o que sucede, ilustrativamente, com a hora in itinere que deixaria – a depender da exegese que se dê ao novo art. 58, §2º da CLT – de compor o salário; ou em razão das mudanças nos parágrafos do art. 59 e no acréscimo dos artigos 59-A e 59-B da CLT as quais fariam lícitas hipóteses de compensação de jornada que antes geravam o direito à remuneração de horas extraordinárias; ou em decorrência da alteração do art. 71, §4º da CLT que converteria em parcela menor e indenizatória a sanção jurídica prevista para a supressão de intervalo intrajornada, à qual até há pouco se atribuía natureza salarial (Súmula 439 do TST).

Se o empregador jamais incorreu em qualquer dessas ilicitudes e sua primeira infração é, portanto, superveniente à modificação do parâmetro legal, parece razoável que se aplique a Lei 13.467/2017, na medida em que forem eventualmente absorvidos como válidos os seus preceitos. Em princípio, o direito à sanção prevista em lei não se inclui entre os direitos adquiridos da pessoa que nunca sofreu a lesão correspondente.

A questão exige, porém, reflexão mais detida quando o empregado já antes de a Lei 13.467/2017 ganhar eficácia, em 11/nov/2017, já recebia (ou tinha direito a receber) parte de seus proventos salariais composta pela remuneração de horas extras devidas, com habitualidade, em razão de tempo in itinere, jornada indevidamente compensada ou intervalo intrajornada suprimido, por exemplo.

Se tal redução de salário não tiver o endosso de norma coletiva, haverá de prevalecer a regra constitucional da irredutibilidade salarial no tocante aos contratos celebrados antes de ser alterada a CLT.

À guisa de conclusão

A compreensão de que o contrato – inclusive o contrato de emprego – é um “ato jurídico perfeito” cujas cláusulas não podem ser modificadas por lei posterior à sua celebração tem respaldo em precedentes do Supremo Tribunal Federal emblemáticos. O contrato de emprego é ato jurídico perfeito. Em princípio, lei posterior não pode modificar-lhe o conteúdo.

Logo, a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito basta, em princípio, para imunizar o contrato de emprego quanto à incidência de leis supervenientes mais gravosas para o trabalhador. A única ressalva para a não observância do contrato de emprego como ato jurídico perfeito seria o princípio favor liberatoris.

O esforço do intérprete será igual ou maior, a fortiori, nos casos em que além da intangibilidade do conteúdo do contrato, ou em vez dela, invocar-se direito adquirido ainda não exercido.

A defesa da retroatividade da Lei n. 13.467/2017, sobretudo no que toca à retroação de cláusulas normativas prejudiciais aos trabalhadores, não raro remete ao art. 7º, XXVI, da Constituição. Se uma possibilidade hermenêutica deriva da premissa, porém, de ser o direito (à negociação coletiva) um direito fundamental, o modelo exegético assim construído somente prevalece nas hipóteses em que há direito titularizado pela parte débil da relação de poder, pública ou particular, que justifica a inserção do direito entre os direitos fundamentais. Não há, ontologicamente, direito fundamental de empresário, ou de sociedade empresária, à eficácia imediata de normas trabalhistas mais gravosas que aquelas anteriormente ajustadas, mediante ato jurídico perfeito.

O art. 7º, VI, da Constituição brasileira consagra, enfim, a regra da irredutibilidade do salário, salvo por negociação coletiva. É certo que algumas modificações surgidas com a Lei 13.467/2017 retomam o debate sobre a lei ter aptidão para alterar regras jurídicas que afetem a condição salarial relacionada a contratos em curso.

Referências

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. “Sindicatos e Negociação Coletiva Trabalhista: poderes e limites jurídicos”. In: **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, vol. 2, n. 1 (jan/jun 2016). Brasília, DF, 2016, p. 43.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira et alii. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 370

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

LEAL AMADO, João Carlos Conceição. “A experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas”. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** vol. 83, n. 3, jul/set 2017, pp. 138-159. São Paulo: Lex Magister, 2017.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto. SOUZA, Fabiano Coelho de, MARANHÃO, Ney. AZEVEDO NETO, Platon **Teixeira. Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: Rideel, 2017.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **Reforma Trabalhista Interpretada.** Cirlene Luiza Zimmermann et alii. Caxias do Sul: Plenum, 2017.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA RESPEITA A CONSTITUIÇÃO? ANÁLISE DO ART. 1.013, § 3º, DO CPC/2015

Bruno Dantas

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ); doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC/SP); *visiting researcher* na *Cardozo School of Law* (Nova York) e no *Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law* (Luxemburgo). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB; ministro do Tribunal de Contas da União (TCU).

29

I – Introdução

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), o § 3º do art. 515 não logrou ser aplicado de maneira pacífica e uniforme pela Corte que tem a função constitucional de uniformizar o direito federal infraconstitucional no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Isso gerou grandes perplexidades e o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) sepultou a controvérsia ao prever expressamente no art. 1.027, § 2º, a aplicação da *teoria da causa madura*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) era discrepante quanto à possibilidade de aplicação analógica do art. 515, § 3º, do CPC/1973, aos recursos ordinários constitucionais, de modo que o tribunal *ad quem* possa decidir, desde logo, o mérito dos mandados de segurança extintos sem julgamento de mérito, em vez de efetuar apenas o *iudicium rescindens* e remeter os autos ao tribunal *a quo* para exame do mérito.

O § 2º do art. 1.027 do CPC/2015 estabelece que “*Aplica-se ao recurso ordinário o disposto nos arts. 1.013, § 3º, e 1.029, § 5º*”. Por sua vez, o § 3º do art. 1.013 dispõe:

Art. 1.013.....

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Um dos primeiros julgados que inaugurou a aplicabilidade da interpretação analógica foi o Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n. 15.877/DF, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki. Naquele precedente, a Primeira Turma do STJ entendeu que *“reformando o acórdão que extingue o processo sem julgamento de mérito, cumpre ao STJ apreciar, desde logo, o mérito da impetração, se presentes os pressupostos do art. 515, § 3º do CPC, aplicável por analogia”*.

Desde então a jurisprudência da Corte variou entre a quase total adesão a esse entendimento, até a situação de 2015 em que apenas a Primeira e a Quarta Turmas conservavam a mesma posição. Conquanto o CPC/2015 tenha pacificado a questão, há razões teóricas importantes que recomendavam a diretriz oposta.

Neste artigo, abordarei a variação de entendimento dos diversos órgãos fracionários do STJ, e esclarecerei porque considero equivocada a escolha do legislador do CPC/2015 e me alinho à posição pacífica do Supremo Tribunal Federal (STF) até 2015 de vedar o paralelismo, para fins de aplicação da teoria da causa madura, entre o recurso de apelação e o recurso ordinário constitucional em mandado de segurança.

II – Histórico legislativo do § 3º do art. 515 do CPC

O § 3º do art. 515 do CPC tornou-se norma de direito positivo em razão da aprovação do Projeto de Lei nº 3.474, de 2000, (PLC nº 117, de 2001, no Senado Federal) de autoria do Poder Executivo. A mensagem do Presidente da República nº 1.110, de 2000, que encaminhou o referido projeto de lei ao Congresso Nacional, revela a autoria intelectual dos processualistas dirigentes do Instituto Brasileiro de Direito Processual¹⁷.

¹⁷ “Trata-se de proposta elaborada pela Comissão constituída em 1991 para estudar o problema da morosidade processual e propor soluções objetivando a simplificação do Código de Processo Civil, coordenada pelos Drs. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Diretor da Escola Nacional de Magistratura, e Athos Gusmão Carneiro, Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça e representante do Instituto Brasileiro de Direito Processual, presidido pela Profª. Ada Pellegrini Grinover”.

Sobre o conteúdo da proposta, especificamente sobre o art. 515, que nos interessa no momento, eis a sua justificação:

Cuida-se de sugestão que valoriza os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, permitindo-se ao tribunal o julgamento imediato do mérito, naqueles casos em que o juiz não o tenha apreciado, mas, sendo a questão exclusivamente de direito, a causa já esteja em condições de ser inteiramente solucionada. Anota-se que o duplo grau não é imposição constitucional. Consoante Carreira Alvim, “*como o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio destinado a um fim, não deve ir além dos limites necessários à sua finalidade. Muitas matérias já se encontram pacificadas no tribunal – como, por exemplo, na Justiça Federal na dos Estados, as questões relativas a expurgos inflacionários – mas muitos juízes de primeiro grau, em lugar de decidirem de vez a causa, extinguem o processo sem julgamento do mérito, o que obriga o tribunal a anular a sentença, devolvendo os autos à origem para que seja julgada no mérito. Tais feitos estão, muitas vezes, devidamente instruídos, comportando julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), mas o julgador, por apegado amor às formas, se esquece de que o mérito da causa constitui a razão primeira e última do próprio processo*”.

Tramitando em regime de urgência constitucional, a proposta foi examinada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, tendo como relator o Dep. Inaldo Leitão e pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e pelo Plenário do Senado Federal, tendo como relator o Sen. Osmar Dias. No que diz respeito ao art. 515 do CPC, a proposta foi aprovada tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal sem qualquer emenda, de modo a prevalecer integralmente o espírito da Comissão Revisora.

A lei foi publicada em 27 de dezembro de 2001, e entrou em vigor noventa dias depois, ou seja, em 27 de março de 2002.

III – A *ratio essendi* e o campo de aplicação do art. 515, § 3º, do CPC

A positivação da regra hospedada pelo § 3º do art. 515 do CPC veio no bojo das chamadas minirreformas do direito processual civil. A positivação do princípio da “causa

madura” se revelou adequada, pois, sem violações ao texto constitucional, conseguiu-se contemplar os princípios da celeridade e da economia processuais.

Apenas um apego exacerbado às formas delineadas durante a primeira metade do século passado, poderia justificar que a atividade do Tribunal, diante de uma sentença terminativa maculada por *error in procedendo*, a despeito de a causa estar madura e apta a receber a prestação jurisdicional, se restringisse à cassação da sentença e à remessa dos autos para que o juiz proferisse outra, atrasando em meses a entrega da jurisdição ao seu destinatário final¹⁸.

Discute-se na doutrina sobre o enquadramento teórico do dispositivo legal. Nesse particular, adiro ao magistério de Nelson Nery Junior, ao entender que o dispositivo em análise melhor se enquadra nas regras de competência dos tribunais, portanto, ao princípio do juiz natural¹⁹, e não propriamente ao princípio do duplo grau de jurisdição, eis que este se relaciona única e exclusivamente à recorribilidade da sentença.

Em consequência, Nelson Nery Junior indica que a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, acarreta a atribuição de competência originária ao Tribunal, nas hipóteses que menciona²⁰.

Realmente, esta linha de argumentação parece mais coerente com o sistema, pois conduz o debate ao necessário exame da questão constitucional que trataremos neste artigo, qual seja, a possibilidade de violação das competências recursais estabelecidas

¹⁸ Este, todavia, era o consectário lógico do sistema, tal como posto anteriormente à Lei nº 10.352, de 2001. Analisando o sistema anterior, afirmou SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. I. 3ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996, p. 367: “Uma redução similar na extensão do efeito devolutivo da apelação acontece quando o recurso seja interposto não contra uma sentença de mérito, e sim contra sentenças terminativas. Neste caso, igualmente a apelação não devolverá ao tribunal o conhecimento do mérito da causa, porque, em verdade, nem mesmo houve uma sentença anterior que o tenha decidido, de modo que o tribunal do recurso pudesse revê-la. Sabendo-se que, segundo nosso direito, de todas as sentenças terminativas o recurso cabível é o de apelação, facilmente se compreende que se o juiz houver posto fim ao processo, sem decidir o mérito da causa, numa das hipóteses do art. 267 do CPC, o provimento da apelação implica o retorno do processo à sua origem em primeira instância, a fim de que o magistrado que o havia declarado extinto, retome o curso do procedimento e venha a proferir no momento adequado uma decisão de mérito”.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. atual. ampl. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 45-46.

²⁰ *id. ibid.* p. 47.

pela Constituição (CF, arts. 102, II e 105, II), conforme se estenda em demasia o campo de aplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC.

Como se sabe, quando uma pretensão é deduzida em juízo dois direitos subjetivos estão a reclamar tutela: i) o direito subjetivo de ação, deduzido contra o Estado, monopolizador da jurisdição; e ii) o direito material que dá sustentação ao pedido, que se relaciona com o mérito da ação.

Assim, quando o juiz de primeiro grau profere sentença terminativa, acaba por negar a existência do próprio direito de ação (daí porque se fala em carência de ação), permanecendo intacta a pretensão de mérito. No regime anterior à Lei nº 10.352, ao tribunal era devolvida apenas a matéria examinada pelo juiz, razão pela qual se falava em cassação da sentença terminativa e reenvio ao juízo a quo para exame do mérito.

Colocado o problema nesses termos, fica mais clara a solução dada por Nelson Nery Junior: o § 3º do art. 515 do CPC, na verdade, cria uma hipótese de competência originária do Tribunal para examinar a matéria de mérito.

Por isso, vale ressaltar que as competências estipuladas na Constituição Federal, e que não podem ser alteradas por lei ordinária, não são apenas as originárias, para processar e julgar determinadas lides, mas também as recursais, ou seja, as que dizem respeito aos recursos constitucionais: ordinários e extraordinários.

Deve-se reconhecer que a regra de julgamento originário do mérito pelo Tribunal instituída pelo §3º do art. 515 é *heterodoxa*²¹, e vai de encontro ao sistema estabelecido, embora não seja inconstitucional. Por isso, foi necessário exigir três requisitos: *i*) que a sentença apelada houvesse extinguido o processo sem julgamento de mérito, ou seja, mediante sentença terminativa; *ii*) que a causa contivesse questão exclusivamente de direito; e *iii*) que a causa estivesse em condições de imediato julgamento²².

²¹ Este adjetivo é atribuído por NERY JUNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 434.

²² Para um enfoque hermenêutico da questão, ver HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer*. In Revista da Ajuris, ano XXX, nº 91, setembro de 2001.

Todos os requisitos se vinculam à precaução de não se abrir a instrução probatória perante o tribunal. A lei permite que o tribunal valora a prova, mas não que ele a produza.

Desde a vigência da lei, em 2002, até o ano de 2007, praticamente todas as turmas do STJ vinham entendendo que o art. 515, § 3º, do CPC, é aplicável mesmo que a matéria não seja exclusivamente de direito, desde que suficientemente instruída²³.

O STJ, abraçando a tese da interpretação analógica, chegou a criar um paralelo entre os recursos de apelação e o recurso ordinário em mandado de segurança, cuja previsão é constitucional. Deveras, ampliando a disposição contida no art. 515, § 3º, do CPC – que, saliente-se, refere-se exclusivamente ao recurso de *apelação* – a Corte entendia aplicável o referido dispositivo legal também nos recursos ordinários em mandado de segurança de sua competência (art. 105, II, b, da Constituição da República).

Esse posicionamento, porém, começa a ruir em 2007, a partir da posição que se consolida na Sexta Turma, sob a liderança intelectual da ministra Maria Thereza de Assis Moura. Ao apreciar o RMS 12.096/DF, em 4 de setembro de 2007, esse órgão fracionário assentou, à unanimidade:

A Constituição Federal previu expressamente as hipóteses de competência originária e recursal deste Superior Tribunal de Justiça (art. 105, incisos I e II). Desse modo, a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC ao recurso ordinário, com a consequente transformação da competência recursal desta Corte em originária, incorreria em flagrante contrariedade ao texto constitucional e configuraria evidente usurpação da competência do Tribunal local para apreciação do mérito da demanda.

²³ Cfr. REsp 714.620/SP, Terceira Turma, Relator Min. Castro Filho, assim ementado: “PROCESSO CIVIL. ART. 515, § 3º, CPC. APLICAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA CONTROVERTIDA. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. Pode o tribunal, afastada a extinção do processo sem julgamento do mérito, decidir a lide. **Porém, para aplicação do artigo 515, § 3º, do Cód. Pr. Civil, em controvérsias que envolvem matéria fática, além de direito, como no caso, é necessário que a causa esteja devidamente instruída, qual ocorre nas hipóteses que autorizam o julgamento antecipado da lide, preconizado pelo artigo 330, I, do mesmo diploma legal.** Recurso provido”. (Destaque nosso)

É bem verdade que a posição dissonante, surgida em 2007 no STJ, seguia a posição já firmada pelo STF que, três anos antes, havia pacificado a questão nos autos do RMS 24.309/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, cuja ementa, no particular, destaca que “o disposto no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil não se aplica ao recurso ordinário em mandado de segurança, cuja previsão, no tocante à competência, decorre de texto da Constituição Federal”.

IV – As competências delineadas nos arts. 102, II, e 105, II, da Constituição da República

Dispõe o art. 102, inciso II, *a*, da Constituição da República, que compete ao STF julgar, em recurso ordinário, o “habeas-corpus”, o mandado de segurança, o “habeas-data” e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”. Teor semelhante consta do art. 105, II, *b* e *c* do texto constitucional.

Vale observar que, embora a regra no sistema brasileiro seja a estipulação de competências recursais ordinárias por leis infraconstitucionais, excepcionalmente a Constituição previu, nos arts. 102, II, e 105 II, hipóteses de recursos ordinários para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Essa estipulação dá maior rigidez à disciplina dos mencionados recursos, inviabilizando que alterações infraconstitucionais, como a do art. 515, § 3º, do CPC, alcancem os recursos que têm normação constitucional.

Essa premissa de ordem constitucional parece ter sido desconsiderada pelo STJ ao formar seu *leading case* sobre o assunto, conforme se observa do voto-condutor do acórdão em comento, da lavra do saudoso Min. Teori Albino Zavascki:

O recurso ordinário contra acórdão que denega mandado de segurança de competência originária dos Tribunais, previsto no art. 105, II, *b* da Constituição, tem natureza e função semelhante ao recurso de apelação. O nível de cognição por ele propiciado ao STJ é em tudo semelhante ao atribuído aos tribunais de apelação quando examinam os recursos interpostos em face das sentenças de primeiro grau. Segundo precedente deste STJ,

O recurso ordinário em mandado de segurança é apelo que possui natureza similar à apelação, devolvendo ao tribunal o conhecimento de toda a matéria alegada na impetração, independentemente de eventual análise pelo tribunal de origem, principalmente quando se tratar de matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida a qualquer tempo”. (STJ - 5ª Turma, AgRg no RMS 12.415/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, j. 27.8.02).

Não é por outra razão que o CPC estabelece, em seu art. 540, que ao recurso ordinário constitucional devem ser aplicados os mesmos requisitos de admissibilidade e o procedimento no tribunal de origem previstos para o recurso de apelação. Ora, se o sistema é esse, não há razão lógica ou jurídica para negar ao STJ, ao apreciar aquele recurso, a faculdade prevista pelo § 3º do art. 515 do CPC. Impõe-se, por isso mesmo, sua aplicação por analogia.

Nada obstante a correção do raciocínio do relator, cuja notoriedade na seara do direito processual não se discute, quanto ao procedimento do recurso ordinário em mandado de segurança, parece ter sido olvidada, na análise da matéria, de questão igualmente relevante: a competência.

Em que pese o fato de os recursos de apelação e ordinário constitucional se assemelharem quanto ao procedimento e à devolutividade das questões suscitadas, não se pode perder de vista que o regramento constitucional da competência cerca o tema de inflexibilidade, acarretando a inviabilidade do entendimento esposado.

Entendo, pois, que o argumento determinante para aplicar a regra do § 3º do art. 515 ao recurso ordinário em mandado de segurança deriva de um sofisma, ou seja, estabeleceu-se uma premissa falsa (o paralelismo absoluto entre o recurso de apelação e o recurso ordinário constitucional), a partir da qual extraíram-se conclusões, aparentemente lógicas, mas que, na verdade, guardam paralogismos.

Não há qualquer dúvida de que a regra infraconstitucional que antes se pretendia aplicar por analogia, e agora se aplica por previsão expressa do art. 1.027, § 2º, não pode derogar mandamento constitucional. Na verdade, a dicção expressa do CPC/2015 nessa direção, segundo pensamos, padece de inconstitucionalidade.

Aliás, conforme mencionado, o Supremo Tribunal Federal apreciou a questão, sendo o *leading case* os Embargos Declaratórios no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.309-4/DF relatados pelo Min. Marco Aurélio Mello e julgados pela Primeira Turma, cuja ementa é a seguinte:

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DEVOLUTIVIDADE. O disposto no § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil não se aplica ao recurso ordinário em mandado de segurança, cuja previsão, no tocante à competência, decorre do texto da Constituição Federal.

No voto-condutor do acórdão, assentou o Ministro Marco Aurélio Mello:

37

Em primeiro lugar, tenha-se em conta a natureza especial da norma do citado § 3º, dirigida às hipóteses em que se tem a competência originária do Juízo e não de Tribunal Superior. Se é certo que o recurso ordinário conta com devolutividade semelhante à da apelação, não menos correto é que envolve dois tribunais e, aí, não se pode queimar etapas.

(...)

Concluo que o caso não enseja o julgamento de imediato do mérito do mandado de segurança, que não se confunde com as lides em geral, devendo ser apreciado pelo órgão competente, mesmo porque descabe concluir que o § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, na redação imprimida pela Lei nº 10,352, de 26 de dezembro de 2001, veio a mitigar a competência do Superior Tribunal de Justiça prevista na Carta da República.

No mesmo sentido o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.789/DF, examinado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Min. Eros Grau, cuja ementa é a seguinte:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL. LITISPENDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. ARTIGO 515, § 3º DO CPC. INAPLICABILIDADE PARA OS CASOS DE RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DEFINIDA NO ART. 105, I, “b” DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRECEDENTE.

.....

3. Inaplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC --- inserido no capítulo da apelação --- aos casos de recurso ordinário em mandado de segurança, visto tratar-se de competência definida no texto constitucional. Precedente: RMS n. 24.309, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 30.04.2004.

.....

O relator do recurso, Ministro Eros Grau, destacou em seu voto:

Afastada a questão preliminar, cumpre anotar a inaplicabilidade do disposto no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil aos casos de recurso ordinário em mandado de segurança, visto tratar-se de competência originária definida no próprio texto constitucional (art. 105, I, “b”).

(...)

Note-se que o § 3º do art. 515 do CPC está inserido no capítulo da apelação, entendida como o recurso interposto de sentença prolatada em processos de competência originária do Juízo de primeiro grau.

No caso presente, em se tratando de recurso ordinário em mandado de segurança, com competência originária definida no texto constitucional (art. 105, I, “b”), a qual não pode ser alterada por lei processual, deve-se prestigiar o Superior Tribunal de Justiça para apreciação do mérito da demanda, sem que haja o salto de grau jurisdicional.

De fato, sendo a competência dos tribunais de apelação delineada por leis infraconstitucionais, nenhum impedimento há para que se lhes crie mais uma hipótese de competência originária. O que não se pode fazer é entender que um dispositivo infraconstitucional, como o § 3º do art. 515 do CPC, pode derrogar as competências constitucionalmente estabelecidas pelos arts. 102, II, e 105, II, ambos da Constituição da República.

IV – Posição do STJ sobre o tema até o advento do CPC/2015

Durante três anos a posição da Sexta Turma do STJ permaneceu isolada, até que sobreveio mudança de entendimento na Quinta Turma por ocasião do julgamento do RMS 28.099/DF, julgado em 22 de junho de 2010, relator para acórdão o Min. Félix Fischer. Naquela ocasião acompanharam o relator os ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz, e ficaram vencidos o relator originário Min. Arnaldo Esteves Lima e o Min. Napoleão Nunes Maia.

No ponto específico que interessa a este artigo, a ementa do acórdão registrou:

No recurso ordinário em mandado de segurança, não se admite a aplicação analógica da regra do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil e, por consequência, a adoção da denominada "Teoria da Causa Madura", sob pena de supressão de instâncias judiciais. Precedentes do e. STF e deste c. STJ.

No mesmo ano, a Terceira Turma do STJ também modificaria seu entendimento sobre o tema, conforme se observa do RMS 25.553/SP, relator Min. Massami Uyeda, julgado em 3 de agosto de 2010, de cuja ementa se destaca: “o §3º, do art. 515, do CPC, não se aplica, ainda que por simetria, ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos da jurisprudência consolidada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal”.

Naquele julgamento, o voto-condutor do acórdão do Min. Massami Uyeda assentou:

Impõe-se enfatizar, por necessário, que esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que o referido dispositivo legal aplica-se, por simetria, ao recurso ordinário em mandado de segurança, viabilizando, por conseguinte, a apreciação do mérito do writ, desde que este não tenha sido instruído com complexo conjunto de provas, que possa vir a exigir seu detalhado exame. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: RMS 25.462/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 20/10/2008; AgRg no RMS 23.777/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ de 23.06.2008; RMS 17.126/ES, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 25.04.2008; e RMS 21.683/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 16.04.2007, este último assim ementado: (...)

Não se olvida, por certo, que esta Relatoria, na oportunidade do julgamento do RMS 25.462/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, acompanhou tal orientação. *Todavia, melhor refletindo, observa-se que a matéria merece enfoque distinto, data máxima vênia.*

Observa-se, pois, que o § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil está inserido no capítulo relativo ao recurso de apelação, entendida como o recurso oriundo de sentença proferida em processo cuja competência para exame, é originária do Tribunal de origem, não se estendo, por lógica, ao recurso ordinário constitucional, que tem sede constitucional (art. 105, inciso I, alínea "b") e hipóteses de cabimento absolutamente restritas (grifo nosso).

Assim como ocorrera na Quinta Turma, a decisão da Terceira Turma foi tomada com apertada maioria, ficando vencidos os ministros Sidnei Benetti e Nancy Andrighi, que mantinham seus posicionamentos de aplicar analogicamente o § 3º do art. 515 ao recurso ordinário em mandado de segurança.

Em seguida, foi a vez da Segunda Turma modificar seu entendimento e aderir à tese que adquiria feições majoritárias no STJ. Nos Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 31.102/RJ, Relator Min. Mauro Campbell Marques, em 16 de junho de 2011, a ementa registrou o seguinte:

Impende considerar que é inaplicável à hipótese dos autos a teoria da "causa madura", prevista no art. 515, § 3º, do CPC, no intuito de possibilitar a apreciação do próprio mérito da causa por esta Corte Superior. Isto porque tal procedimento é vedado em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, porquanto importaria supressão de instância, transformando a competência recursal do Superior Tribunal de Justiça em originária, em afronta ao próprio art. 105 da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 621473/DF, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 23/03/2011; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.309/DF, Primeira Turma, rel. Ministro Eros Graus, DJe de 15.5.2009.

Até a vigência do CPC/2015, apenas a Primeira²⁴ e a Quarta²⁵ Turmas do STJ conservam orientação no sentido de julgar diretamente o mérito de mandados de segurança quando a Corte verificar a sua incorreta extinção sem julgamento de mérito pelo tribunal de origem.

Referência

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral:** perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais. 3. ed. São Paulo: RT, 2012

²⁴ Ver RMS 33.746/AM, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe. 13/6/2012, votação unânime.

²⁵ Ver RMS 25.806/RN, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJe 18/5/2010, votação unânime.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. O § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer. *In Revista da Ajuris*, ano XXX, nº 91, setembro de 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. atual. ampl. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. I. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. reform. e atual. 2.ed. São Paulo: RT, 2008.

SOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS SOCIAIS NA ADVOCACIA PÚBLICA

Diogo Palau Flores dos Santos

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP; mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; professor do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; advogado da União.

42

Resumo

O presente artigo procura estabelecer elementos que propiciem a solução adequada de conflitos no âmbito da Administração Pública. A razão primordial resulta na constatação do esgotamento de imposição coativa do Direito pelo Poder Judiciário e a necessidade de se criar mecanismos de aperfeiçoamento na Advocacia Pública

Palavras-chave: Solução de conflitos. Advocacia Pública.

Abstract

This paper seeks to establish elements that provide the adequate solution of conflicts in the scope of the Public Administration.. The primary reason is the finding of exhaustion of coercive imposition of Law by the Judiciary and the need to create mechanisms for improvement in Law of Attorney.

Key-words: solution of conflicts, public administration.

Sumário: I. Introdução. II. Ciclo de litigância III – Negociação e mediação proba na Administração Pública: necessidade de aperfeiçoamento. IV – Referências.

1. Introdução

O sistema de solução de conflitos pela via judicial tem se mostrado ineficaz para a solução dos anseios da sociedade, seja em relação à alta taxa de congestionamento seja em relação à falibilidade do modelo de resolução impositiva dos conflitos.

A presente parte do trabalho procura em determinada medida conciliar as premissas lançadas nos outros capítulos, mas de modo a não ignorar alguns dados e elementos indispensáveis; em outras palavras, procura-se por intermédio das letras que seguem desenvolver a temática de forma efetivamente real sem qualquer conotação que

poderia parecer utópica, como que poderia se eventualmente propalar, como a que a “conciliação é solução para os conflitos”.

A advertência acima é corroborada essencialmente ao se perceber que os mecanismos que incentivam a conciliação em determinadas culturas evidenciam um melhor resultado do que no Brasil tendo em vista a sua respectiva estruturação cultural e legal. Perceba-se que não seria adequado simplesmente se importar uma cultura de conciliação como a desenvolvida nos Estados Unidos, porquanto o sistema de acesso à jurisdição desse país propicia um volume menor de solução de conflitos de forma impositiva – comparativamente com o Brasil – essencialmente em razão da fase *pretrial*, inexistente em nosso sistema; o direito brasileiro pressupõe um direito subjetivo relativamente abstrato e presumido do demandante, que prescinde de provas para a propositura, situação totalmente diversa do modelo estadunidense.

Reconhece-se, portanto, que a sociedade brasileira é composta essencialmente por agentes que são litigantes em potencial, como em qualquer sociedade, onde o que vai nortear a forma de atuação das pessoas são as estruturas de incentivos dessa mesma sociedade.

Ressalte-se, neste aspecto, que os custos financeiros do processo para as partes estão inseridos nesse contexto de estrutura de incentivos, conforme já pontuado por Cândido Rangel Dinamarco:

O processo custa dinheiro. [...] A realidade é a necessidade de despender recursos financeiros, quer para o *exercício da jurisdição* pelo Estado, quer para a *defesa dos interesses das partes*. [...].

Seria igualmente discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes, com o Estado exercendo a jurisdição à própria custa, sem repassar sequer parte desse custo aos consumidores do serviço que presta (DINAMARCO, 2005, p. 634-635)

Portanto, deve-se levar em consideração que a depender de como se estabelece o repasse do custeio do sistema judicial para as partes postulantes, pode-se ter um incremento do quantitativo de processos.

Nesse sentido, a doutrina especializada identifica diversas formas de repasse do custo financeiro do processo, como os modelos da *Regra inglês*, *Regra americana*,

*Sistema Continental, Sistema Marchall, Sistema Quayle, Pró-queixoso e Pró-infrator*²⁶, sendo que o sistema brasileiro atual se assemelha ao da *Regra Inglesa*, tendo em vista que “o perdedor da causa paga os custos do processo de ambas as partes” e na *Regra americana* cada uma das partes assume os respectivos “custos com a litigância”²⁷.

Assim, sob essa perspectiva, chega-se à conclusão que as regras processuais do sistema de repasse financeiro do custeio do processo no Brasil induzem ao aumento da litigiosidade, pois

[...] os sistema que mais incentivam o queixoso são também aqueles que impõem menores custos globais, e que os sistema introduzem relativa indeterminação no montante de custos das partes, são os sistemas, a priori, globalmente menos apelativos (como o sistema Mathew ou a regra inglesa – neste último caso, se as expectativas de êxito por cada uma das partes forem reduzidas). Comprova-se, assim, a contrario, que, com expectativas elevadas do queixoso, existirá um maior incentivo à litigância (meritória ou não) com a regra inglesa (DINAMARCO, 2005, p. 95-96)

Deve-se ter cautela ao se interpretar a situação da litigiosidade, bem como o de seu incentivo. Com efeito, a litigiosidade não é um mal por si só, porquanto são nos conflitos de interesses que se tem a possibilidade de modificação ou consolidação dos direitos previstos nos sistemas jurídicos. Assim, o simples fato de se ter um maior ou menor quantitativo de conflitos que devam ser dirimidos pelo sistema judicial não é nocivo para a sociedade. O que deve ser encarado dessa forma é a *litigiosidade excessiva* pois tal situação acaba por impedir a adequada análise dos conflitos pelos órgãos estatais, o que, em última instância acaba por não realizar o papel de cumprimento forçado do direito, tendo em vista que se reduz a probabilidade de adequação do que se pede com o que se dá em juízo.

Portanto, pelo que se evidencia da estruturação das regras processuais, sempre haverá um incentivo à litigiosidade, portanto, a realização de direitos pelo sistema judicial brasileiro sempre estará aquém do esperado pela sociedade, portanto subótima. Contudo, diversos estudos têm demonstrado que a sociedade brasileira vive um panorama muito

²⁶ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 95

²⁷ *Idem*, p. 83.

distante de um nível adequado de realização do Direito, considerando volume de processos, tema objeto do tópico seguinte.

2. Ciclo de litigância

Sem embargo das exposições anteriores do presente trabalho, que muito bem trabalham os problemas advindos do volume excessivo de processos, há a necessidade de se ter uma exata compreensão do fenômeno da litigância no Brasil.

Nesta parte do trabalho é crucial se ter em mente a linha teórica desenvolvido por Ivo Gico Junior a respeito do ciclo de litigância, para evidenciar que de uma forma ou de outra há sempre um aumento do volume de processos judiciais, conforme o desenvolvimento das interpretações e avanços no próprio Direito.

Com efeito, Ivo Gico não desconsidera a possibilidade de o juiz no sistema de *civil law* - como seria o brasileiro – adotar uma linha interpretativa mais elástica ou liberal:

Apesar dessa diferenciação tradicional entre o sistema romano-germânico e o sistema consuetudinário, em uma abordagem mais realista da dinâmica processual no sistema brasileiro, deve-se reconhecer que em muitos casos a legislação não estabelece uma regra clara a ser subsumida pelo magistrado. [...]

Por outro lado, na prática, mesmo regras jurídicas cujo conteúdo é perfeitamente inteligível podem ser alteradas pelo Judiciário a guisa de uma “interpretação” mais adequada.

[...]

Se até a legislação, na prática, pode ser alterada pelo Judiciário, então, mesmo no sistema brasileiro, em que não há a figura do precedente, é possível se aplicar o modelo econômico de criação judicial de regras jurídicas, pois a regra de facto não necessariamente é a regra que está prevista em lei, mas sim o resultado da aplicação (ou não) dessa regra pelo próprio Judiciário. Note-se que o argumento não é que o Judiciário nunca segue a lei e, por isso, ela pode ser ignorada para fins do modelo e o sistema brasileiro (romano-germânico) equiparado ao norte-americano (consuetudinário). O que argumentamos é que apesar de o nosso sistema ser preponderantemente baseado em leis e códigos, não raras vezes o Judiciário cria regras jurídicas a despeito do que prevê a legislação (mesmo na ausência de lacuna jurídica) e que, portanto, a prática judicial – para o bem ou para o mal – nos permite considerar o direito que limita as ações dos agentes como o resultado das decisões judiciais para fins de análise positiva (GICO Jr., 2012, p. 23-25)

Aliado a essa constatação, Ivo Gico desenvolve o conceito de “Capital Jurídico” para trabalhar como um produto a segurança jurídica e, a partir daí, desenvolver a sua tese econômica.

O capital jurídico de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um tipo de caso em um dado momento. Pelo fato de o Judiciário aplicar tais regras quando surge um conflito, os agentes econômicos podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito. Essa previsibilidade, que chamaremos segurança jurídica, por sua vez, permite aos agentes econômicos saberem e negociarem ex ante a quem fica alocado o risco de um determinado evento.

[...]

O capital jurídico de uma sociedade é o fruto de suas experiências e valores no decorrer do tempo. Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, maior o número de situações em que os agentes podem antever o resultado provável de um determinado conflito, caso fosse levado ao Judiciário, ergo, mais fácil alocar riscos ou celebrar um acordo extrajudicial. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, a melhor alocação de riscos, o desestímulo a determinados comportamentos oportunistas e, em última análise, a cooperação entre os agentes.

[...]

O estoque de capital jurídico é o conjunto de regras jurídicas previsivelmente aplicáveis a um caso concreto que foram se acumulando no decorrer do tempo em períodos anteriores ($t - 1$, $t - 2$, $t - 3$ etc.) (GICO Jr., 2012, p. 26-27).

Utilizando o exemplo da união homoafetiva admitida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277 e ADPF nº 132 e de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, Ivo Gico demonstra o impacto de mudança de entendimento jurisprudencial no Capital Jurídico de um país.

A vedação anterior [da união entre pessoas do mesmo sexo] e suas implicações jurídicas foram construídas durante o tempo e geravam segurança jurídica, isto é, integravam o capital jurídico. Com a mudança da regra, esse capital se depreciou e o Judiciário passou a ter de reconstruir nos períodos seguintes as regras associadas a esta nova possibilidade. Nesse sentido, o valor informacional das regras anteriores se depreciou (as regras tornaram-se obsoletas), isto é, ele diminuiu e precisou ser repostado por meio de novos investimentos em decisões judiciais, ainda em andamento. Note-se que, dada a natureza civilista de nosso sistema, essa depreciação poderia ser rapidamente repostada pelo investimento legislativo estabelecendo a regra jurídica para o casamento homossexual (permitindo-o ou proibindo-o novamente), que por ser obrigatória em todo território nacional (força cogente), tenderia a resolver a questão de forma unificada e rápida. Todavia, dada a natureza emocional, política e religiosa da questão, os custos de transação que devem ser incorridos para viabilizar a negociação política acerca dessa legislação tornam a

realização desse investimento jurídico proibitivo naquele momento (GICO Jr., 2012, p. 29).

Portanto, considerando uma necessidade de “resposta” à sociedade diante da criação de novos direitos, o Judiciário desenvolve novos parâmetros de decisão a serem utilizados, contudo, até que haja uma estabilização do entendimento, muitos processos vão ser gerados, aumentando o seu volume perante os Tribunais. Cria-se, assim, uma insegurança jurídica transitória, até que se consolide o entendimento.

Conforme explica Ivo Gico Jr:

Os retornos decrescentes do aumento do capital jurídico traduzem a ideia de que cada nova regra jurídica traz uma nova informação, mas um número excessivo de regras começa a tornar cada vez mais difícil diferenciar uma regra da outra, reduzindo o valor informacional acerca de como uma determinada disputa será decidida.

[...]

A utilidade do fluxo de informações gerado pelo estoque de capital jurídico decorre da possibilidade de os agentes saberem ex ante que comportamentos são permitidos pelo direito, que comportamentos são proibidos e as sanções jurídicas associadas a cada violação, inclusive sua magnitude (GICO Jr., 2012, p. 30-31).

Portanto, para que haja o desenvolvimento de um novo padrão de entendimento jurisprudencial, haverá um aumento do quantitativo de processos até que ocorra uma estabilização do novo entendimento, seja por intermédio de súmulas ou até da legislação. Assim, estabelece-se uma relação direta entre a segurança jurídica (Capital Jurídico) e o quantitativo de processos (nível de litigância):

A ligação direta entre o nível de litigância e o estoque de capital garante que os particulares realizarão, ao menos em parte, o investimento necessário (alocação de recursos) para a formação de novo capital jurídico e o deslocamento do estoque de capital no sentido do equilíbrio jurídico de longo prazo. Se esse incentivo é suficiente – do ponto de vista das partes litigantes – para alcançar este equilíbrio é uma questão mais complexa.

Releva observar, ainda nessa linha, que as partes litigantes não podem cobrar pelo resultado de seus processos em relação à sociedade, ou seja, com o estabelecimento de um novo entendimento por intermédio de uma nova decisão judicial as partes diretamente atingidas por aquele processo não poderiam negociar com o restante da parcela da

sociedade para que esta usufruísse daquele entendimento. Trata-se, portanto, de uma característica de “bem público” no conceito utilizado pela economia, ocorrendo, assim, externalidades positivas para toda a sociedade. Essa é provavelmente a razão por que há um grande incentivo para o acesso mais facilitado ao Judiciário, traduzido no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República²⁸). Nesse sentido, esclarece Ivo Gico Jr:

Considerando que o ganho privado decorrente de um acórdão é menor que o benefício social resultante, existe uma externalidade positiva na oferta de jurisprudência. Logo, provavelmente teremos um problema de suboferta de acórdãos. Como as partes litigantes não podem cobrar um preço pelo uso de jurisprudência formada a partir de seu caso, internalizando a externalidade (como faria, por exemplo, o autor de um livro ou o dono de uma patente), a presença de externalidades positivas parece justificar – ao menos em parte – a utilização de subsídios públicos à litigância, pelo menos em segunda instância. [...]

Subsidiar a litigância é justamente o que o Brasil vem fazendo nos últimos anos, quando (a) criou os juizados especiais de pequenas causas nos quais não é necessário um advogado e não há custas processuais; (b) criou a defensoria pública (advogados públicos pagos pelo contribuinte); (c) criou a assistência judiciária gratuita – AJG (possibilidade de alguém não ter de pagar custas processuais, mesmo na justiça comum, nem honorários de sucumbência); (d) manteve o sistema de custas processuais abaixo do custo social de cada processo; etc. Tudo isso significa que é o contribuinte quem arca com parte dos custos de cada processo e não a parte litigante, o que claramente é um subsídio ao litígio e à parte da sociedade que litiga. Todavia, [...] devido à forma como estruturadas e implementadas, essas políticas aumentam o nível geral de litigância, mas contribuem pouco para a formação de capital jurídico (GICO Jr., 2012, p. 31).

Portanto, havendo mutação de entendimento jurídico, principalmente ocasionado por pressões da própria sociedade na estipulação de novos direitos, haverá um aumento também do volume de processos. Contudo, até que haja uma solidificação de entendimento jurisprudencial, ocorrerá igualmente um alto nível de insegurança jurídica. Deve-se ressaltar, outrossim, que a segurança jurídica nunca será absoluta nestes termos, pois

[...] a insegurança jurídica como um todo nunca será eliminada, mas apenas mitigada, pois, à medida que novas leis são promulgadas ou há alterações nas condições socioeconômicas que estruturavam as relações jurídicas, deprecia-se o capital jurídico existente, surgindo novos surtos de litigiosidade que, por

²⁸ “Art. 5º. (...)XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

sua vez, dispararão respostas legislativas e/ou a formação de nova jurisprudência que, se dominante, recomporá o capital jurídico depreciado. O investimento em capital jurídico, tanto por meio de alteração legislativa quanto por mudança de jurisprudência, pode decorrer de uma série de pequenos problemas que geram mudanças incrementais ou de um único problema, tão relevante que seja capaz de atrair suficientemente a atenção de determinados grupos políticos para que a mudança seja rápida e drástica, caso em que há uma recomposição quase instantânea do capital (GICO Jr., 2012, p. 37).

Dessa forma, sempre haverá oscilações entre volumes de processos, ciclos temporais e quantitativos de demandas judiciais, a depender sempre de mudanças também cíclicas de entendimento jurídico e jurisprudencial.

Nessa linha, o correto seria falar em ciclos de litigância, pois é um processo contínuo, mas não periódico, podendo cada ciclo variar em duração. Os ciclos de litigância seriam, então, um tipo de flutuação na atividade litigiosa; cada ciclo composto por um período de expansão e um período de retração das taxas de litigância a que se seguiria uma nova fase de expansão (GICO Jr., 2012, p. 38).

Portanto, o crescente volume de processos que tem ocorrido nos últimos tempos são resultados dos próprios anseios sociais por mudanças nas normas jurídicas e por intermédio delas. Pode-se apontar como parte de um fluxo oscilante do próprio Direito, a partir do momento em que se passa a identificá-lo como o principal instrumento de correção dos problemas da sociedade contemporânea.

Assim, a existência de ciclos de litigância revela mais um sintoma da crise do ordenamento jurídico que propriamente o problema em si, ou seja, o volume excessivo de processos no Judiciário brasileiro não seria efetivamente a crise do processo, mas antes revelaria o problema porque passa o próprio Direito na contemporaneidade. A identificação desse problema é corroborado a partir do momento em se torna nítida a percepção que os males da sociedade devem ser resolvidos no e pelo Direito.

Ocorre que não há alternativa plausível que fuja da necessidade de consideração do aparato estatal na solução de litígios. Em outras palavras: ou se cria uma outra forma alternativa de solução de conflitos fora do Direito estatal ou se reconhece os problemas do formato atual e se tenta resolver de alguma forma. Trata-se de uma necessidade, portanto, de se ter como entender esse mecanismo e tentar solucionar de forma transitória os problemas advindos dos ciclos de litigância.

O primeiro ponto seria reconhecer o próprio paradoxo do Direito, no sentido de sua infalibilidade de conciliar os anseios da sociedade com a resposta por intermédio das normas jurídicas. Em sentido semelhante, assim é apontado por Marcelo Neves:

Não se pode, porém, imaginar um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito, a saber, entre justiça constitucional interna e externa. [...] O excesso de ênfase na consistência jurídico-constitucional pode levar a graves problemas de inadequação social do direito, que perde, então, sua capacidade de reorientar as expectativas normativas e, portanto, de legitimar-se socialmente. Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo juridicamente inconsistente. [...] o equilíbrio entre justiça constitucional interna e externa serve como orientação para os envolvidos na rede de comunicações do sistema jurídico estatal. Trata-se de um paradoxo funcional do direito, pois o aumento da consistência jurídica implica, em regra, a redução da adequação social do direito e vice-versa. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente: como fórmula de contingência, a superação do paradoxo da justiça implicaria o fim do direito como sistema social autônomo, levando a uma desdiferenciação involutiva ou ensejadora de um “paraíso moral” de plena realização da justiça, assim como o fim da escassez como fórmula de contingência da economia conduziria a um “paraíso da abundância”, a saber, ao fim da economia (NEVES, 2009, p. 65-66)

Percebe-se, no entanto, que o estágio atual do presente ciclo de litigância está em patamares muito distantes ao ótimo suportável pelo Estado brasileiro, porquanto toda a sociedade corre o sério risco de não se ter a estabilização de suas expectativas normativas. Nesse ponto, as medidas conciliatórias²⁹ servem mais como um mecanismo de sobrevivência do próprio Direito, porquanto na atual conjuntura a ninguém é garantido que o socorro ao Poder Judiciário terá a satisfação ou garantia de seu direito. Assim, deve restar claro que toda e qualquer medida que vise a reduzir o quantitativo de processos judiciais funciona mais como uma tentativa de manter a litigância em patamares suportáveis pela sociedade, de modo a se ter um mínimo de segurança jurídica.

²⁹ Além de outros, como inovações normativas que acabam também por incentivar a conciliação ou o maior incremento de filtros recursais e medidas de resolução de processos repetitivos, conforme o Novo Código de Processo Civil (CPC/2015). Destaque-se também, medidas de redução de litigiosidade no âmbito da própria Advocacia-Geral da União, como o programa desenvolvido pelo Departamento de Servidores Públicos da Procuradoria-Geral da União – DCM/PGU que reduzira em xx% o total de decisões desfavoráveis perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Portanto, considerando que a litigiosidade em si é salutar para a alimentação e retroalimentação do Direito e que na verdade não se teria como a superar definitivamente, porquanto seria a própria negação do Direito, pressupõe-se que as medidas conciliatórias devem pressupor uma estrutura de incentivos que reconheçam os reais interesses dos agentes envolvidos. Nesse aspecto é que entra em cena os princípios da Escola de Harvard, porquanto neles se procura desenvolver aspectos objetivos que trabalhem com os interesses das partes envolvidas.

Considerando essa premissa, busca-se no tópico seguinte desenvolver uma linha a ser trilhada no âmbito da Advocacia-Geral da União de modo a evidenciar um modelo que vá ao encontro dos interesses do ente público envolvido.

3. Negociação e mediação proba na Administração Pública: necessidade de aperfeiçoamento

A solução de conflitos de forma amigável parte essencialmente de vários aspectos subjetivos, que, de certa forma, já foram desenvolvidos no presente trabalho.

Com efeito, ao se considerar elementos como “satisfação pessoal” e “rapidez no término do processo” representam efetivamente aspectos que atingem interesses de pessoas individualmente consideradas que, em uma outra perspectiva, não encontrariam suporte na defesa dos interesses de uma instituição.

A afirmação acima é verdadeira se for considerado como elemento o tempo para solução de uma controvérsia, onde se verifica uma variada forma de percepção. Considerando um caso que possua como tempo médio de “vida processual” sobre a matéria X uma estimativa média de 10 (dez) anos para solução definitiva. Pode ser vislumbrada uma perspectiva diversa a partir do reivindicador da tutela do interesse (autor): uma pessoa com 18 (dezoito) anos possui naturalmente uma percepção diferenciada de uma outra de 70 (setenta) anos, podendo representar uma situação de maior tranquilidade/cautela por este, devido à experiência acumulada, e, por outro lado, àquele uma maior angústia, tendo em vista o contrário (ausência de experiência), ou justamente o contrário, considerando as perspectivas individuais de cada um em relação à expectativa de vida. O exemplo também poderia evidenciar uma perspectiva sob a ótica do demandado (réu), que poderia possuir um interesse na postergação da concessão do

pleito, a depender das opções que se lhes apresentam, ou justamente o contrário, uma solução mais célere em função de um sentimento de angústia por uma indefinição.

Portanto, muitos aspectos da Escola de Harvard fazem sentido em um ambiente de negociação quando os interesses em discussão são de natureza eminentemente individuais³⁰. Por essa lógica, não se poderia pressupor que o representante judicial do ente público agiria em conformidade com os seus interesses individuais, porquanto que, caso situação ocorresse, além de poder configurar eventual ilicitude, poderia justamente prejudicar a parte representada (União, Autarquias e Fundações Públicas). Ainda nessa linha de argumentação, poder-se-ia tranquilamente se vislumbrar a hipótese que o interesse individual do representante judicial seja a diminuição de processos e, considerando determinada demanda sob sua supervisão, qualquer proposta judicial que pusesse fim ao processo seria, na percepção individual desse agente, vantajosa. Perceba-se o risco de se enveredar pela perspectiva individual dos agentes, pois os interesses podem ser até escusos, em prejuízo ao ente público representado.

Essa é a razão pela qual se exige um patamar normativo para conciliação no âmbito da Advocacia-Geral da União, onde critérios são estabelecidos de modo a se ter uma pretensão de objetividade e lisura no procedimento.

Contudo, entende-se ainda pertinente se trabalhar na esfera de negociação com os interesses da parte contrária. Com efeito, neste passo, descarta-se inicialmente qualquer interesse do representante judicial e parte-se somente para a busca das necessidades, desejos, preocupações e temores do pretensa parte *ex adversa*. A premissa a ser adotada considera que o interessa do ente público representado será sempre financeiro³¹, o que, se procura desenvolver mais a frente, considerando projeto em andamento no âmbito do Departamento de Cálculos e Perícias – DCP/PGU

³⁰ Saliente-se que não se quer dizer critérios subjetivos, pois a Escola de Harvard trabalha com critérios objetivos. A afirmação acima é somente para chamar a atenção que o que se pressupõe nas tratativas são os diálogos entre pessoas.

³¹ Reconhece-se que os gestores públicos podem direcionar a diversidade de interesses a serem conduzidos pela Administração Pública, notadamente ao se considerar o estabelecimento, criação ou continuidade de políticas públicas. Contudo, considerando a multiplicidade desses “interesses”, adota-se como terreno seguro um ponto de partida comum para todos os outros, qual seja, o financeiro. Para uma problematização teórica da abordagem aqui adotada como estruturação da argumentação, vide

Portanto, como ponto de partida para uma esfera de negociação, deveria se perquirir quais os interesses da parte em negociação. Esse passo pode tem uma gama variada de extensão, começando-se primeiramente com o simples desembolso financeiro representativo de algum direito violado, até o reconhecimento de algum outro direito ou garantia que possa ou não representar impactos financeiros.

Dessa forma, um parâmetro seguro antes de se iniciar qualquer processo de negociação seria primeiramente encontrar as alternativas possíveis, explorar de forma abundante MAPAN (Melhor Alternativa Para um Acordo Negociado), ou MASA (Melhor Alternativa Sem Acordo), já desenvolvidos neste trabalho.

Para tanto, como técnica inicial seria perquirir o panorama atual de processos ativos de uma mesma parte. Por exemplo, entidades de classe (sindicatos e associações) representam um grande volume de processos judiciais em face de entes públicos, ocorre que não raro muitos ambientes de negociação as partes vão debater ou discutir pontos controvertidos em um único processo de negociação, o que, via de regra, diminui o leque de alternativas para o representante judicial do ente público. Com efeito, medida mais prudente seria verificar todos os processos da entidade de classe, de modo a propiciar opções seguras para um começo aberto de negociação, onde não haveria cenário “perde-ganha”, mas sim “ganha-ganha”.

Dessa forma, pesquisas em bancos de dados dos Tribunais (“nome das partes”), SICAU e SAPIENS são instrumentos úteis para se encontrar um leque de opções. A partir dos dados encontrados perquirir primeiramente qual órgão competente responsável pela condução dos processos. Obviamente que se a alçada estiver sob a supervisão de uma mesma Procuradoria o trabalho é facilitado, mas não se deve descartar – aliás, ao contrário, incentivar – a interlocução diuturna entre todas as Procuradorias da União, Federal, da Fazenda Nacional e do Banco Central.

Como exemplo dessa possibilidade, cita-se o caso que fora conduzido pela Procuradoria-Geral da União sobre a diferença de valores dos repasses do Sistema Único de Saúde – SUS. Registre-se que a conciliação não fora levada à frente, considerando que se entendera arriscado do ponto de vista jurídico na criação de um precedente.

Aliás, este caso é um exemplo interessante não só para efeitos de como se deve proceder no ambiente negocial de modo a se ampliar as alternativas, mas também para o efeito de como as instituições devem agir e evitar problemas internos e externos.

Com efeito, nesse caso, como em outros, é natural que grupos de interesses, geralmente conduzidos por entidades de classe, busquem abrir um canal de negociação diretamente com alguém de esfera hierárquica alta na estrutura organizacional; não é raro que esses grupos busquem o diálogo diretamente com setores mais altos da Advocacia-Geral da União. Em regra, quando tal situação acontece, cria-se um cenário de se analisar as possibilidades de negociação sobre determinado processo, onde, muitas vezes, aquele que tenha trabalhado na elaboração da tese de defesa é instado a participar de reuniões. Ocorre que essa medida não é adequada, porquanto é natural que haja uma resistência desse profissional, seja por razões ordinárias de trabalho, seja pelo eventual apreço na condução da tese.

Portanto, como medida de resguardo de um correto ambiente institucional de negociação, dois pressupostos básicos devem ser adotados:

- 1) O diálogo entre as partes devem ser realizado por um canal próprio, que não podem ser pessoas em esfera hierárquica mais próxima do topo da gestão da Advocacia-Geral da União;
- 2) O canal de diálogo deve ser exclusivo e não difuso, onde pessoas da estrutura institucional tenham como praxe a negociação e não a defesa judicial.

As razões para que não se tenha um diálogo diretamente com pessoas mais próximas do topo da gestão (Procuradores-Gerais, Adjuntos, Ministro) se dá basicamente por duas razões principais:

- 1^a) o natural é que se desenvolvam tantas reuniões ou encontros quantos forem necessários até se chegar a um momento de deliberação de pontos comuns e contraditórios, e que sempre haverá o risco de se chegar a um momento que a esfera de decisão seja realizada pela autoridade superior; caso a negociação já parta “de cima”, quebra-se o ciclo com diminuição de alternativas para as partes, o acordo nesse caso “já vem pronto”, com probabilidade de perda para um das partes (geralmente, o ente público); e

2ª) há sempre o sentimento de insegurança por aqueles que auxiliariam na tomada de decisão para o fechamento de um acordo, seja por que participaram na argumentação de defesa seja porque vislumbram chances diminutas de extrair ganhos para o ente público representado.

Da mesma forma, há que se ter um canal exclusivo de negociação, como acontece no DPCONT/PGF, no DEE/PGU e Centrais de Negociação da PGU, de forma a se ter pessoas preparadas técnica e juridicamente, mas com possibilidade de dedicação maior às atividades relacionadas, como uma forma de incentivo à flexibilidade e abertura das alternativas de negociação possíveis. Uma advertência necessária nesse aspecto é que embora haja uma necessidade de centro responsável pela negociação, deve-se levar em consideração a necessidade se buscar sempre que possível reduzir a assimetria de informação.

Com efeito, em que pese isso seja algo relativamente simples de ser superado, diversos contextos de negociação exigem que se tenha o maior número de informações do caso/processo objeto; dados fidedignos, a compreensão correta dos fatos e o conhecimento jurídico das variadas questões suscitadas no conflito são elementos indispensáveis para um adequado exercício da função de negociador. Infelizmente não é raro que o representante do ente público, em face da incompletude das informações a ele disponíveis, figure como se fosse “vendido” na discussão, o que acaba por ocasionar em desperdício de tempo e, o que é pior, revelar um aparente despreparo para investidas futuras da outra parte. Há que se ter sempre a compreensão de se tentar manter sempre em condição de superioridade, pois, considerando as formas como são desenvolvidos os conflitos em face de entes públicos, é natural que a outra parte se encontre em condições favoráveis do ponto de vista informacional; portanto, toda investida em busca de informações para o começo de uma negociação sempre será subestimada, o que exige um esmero do negociador maior.

Outro ponto relevante a ser considerado se relaciona ao ganho financeiro do ente público no ambiente negocial, que perpassa por um desdobramento mais técnico do que se evidencia *a priori*. Essa análise é relevante, principalmente por se tentar estabelecer um padrão objetivo de formas seguras de acordo.

Com efeito, não é trivial a discussão sobre a necessidade de se envidar esforços para a solução de casos que já se encontram pacificados pela jurisprudência, porquanto fugiria a uma percepção de se dedicar mais trabalho para temas/casos/processos que exigem uma atenção maior em razão da complexidade. Trata-se, em devidas proporções, de um critério de eficiência mais ou menos intuitivo para todos aqueles que atuam na prática forense. Ocorre que, uma sinalização “intuitiva”, ainda que de certa forma generalizada, não pode ser utilizada sem critérios, sob pena de evidenciar um falso resultado sem base científica, além de exponenciar um maior grau de subjetividade na tomada de decisão.

Dessa forma, a hipótese de solução consensual de conflitos no âmbito da Advocacia-Geral da União precisa ser falseada (numa linguagem popperiana³²), de modo a verificar com que modelo ela sobrevive.

Para esse efeito serão utilizados nesta parte do trabalho um patamar objetivo que visa dar segurança aos agentes públicos envolvidos. Nesse ínterim se adotarão elementos sem considerar teses/casos/processos que sejam reiteradamente contrários às teses dos entes públicos em juízo, como forma de servir de modelo a ser trabalhado, criticado e/ou expandido.

Os elementos a serem propostos são os seguintes³³:

- I. Custo financeiro para AGU - *CostAGU*;
- II. Custo financeiro para a União considerando o desembolso financeiro advindo de eventual condenação - *CostU*;

³² “Contudo, só reconhecerei um sistema como empírico ou científico se ele for passível de comprovação pela experiência. Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação, não a *verificabilidade*, mas a *falseabilidade* de um sistema. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: *deve ser possível refutar; pela experiência, um sistema científico empírico*”. (POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 13 reimpr. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 42).

³³ Os elementos aqui citados são inspirados nos debates realizados no projeto “Custo de Oportunidade Processual” desenvolvido âmbito do Departamento de Cálculos e Perícias da Procuradoria-Geral da União – DCP/PGU. Há previsão para a conclusão dos trabalhos e criação do primeiro modelo é para final do mês de novembro de 2016.

- III. Tempo médio do processo – $TempM$;
- IV. Custo de manutenção ativa do processo – $CostAt$;
- V. Volume de Atividades Jurídicas totais realizadas – VTJ ; e
- VI. Volume de Atividades Jurídicas realizadas considerado determinado processo/tema histórico - $VTJ^{(n)}$

Poder-se-ia questionar das razões pelas quais não se considera o custo financeiro da estrutura do Poder Judiciário da União para a presente análise. Ocorre que por uma razão central esse elemento não será utilizado: o custo da estrutura do Poder Judiciário brasileiro envolve vários fatores que em regra giram em torno da atividade típica desenvolvida, qual seja, a solução de conflitos; se o que se está a trabalhar no presente momento é também a solução de conflitos, menos conflitos gerariam também menos custos para a formação daquela estrutura. Ademais, os agentes envolvidos na negociação não consideram a figura do juiz, terceiro imparcial que tem por escopo a imposição de resolução³⁴.

Primeiramente deve-se considerar um ano padrão para encontrar os elemento $CostAGU$. Para tanto, os dados orçamentários da Secretaria-Geral de Administração da Advocacia-Geral da União – SGAGU devem ser considerados.

Encontrado esse valor, há que se conjugá-lo com o IV elemento, de modo a se verificar o custo das atividades jurídicas no âmbito da AGU. Dessa forma, tem-se primeiramente:

$$CostVTJ = \frac{CostAGU}{VTJ}$$

Em seguida deve-se encontrar o custo financeiro para a manutenção ativa de um processo/tema:

$$CostAt = CostVTJ . VTJ(n)$$

Hipoteticamente, se o $CostAGU$ no ano de 2015 foi de R\$ 14 milhões e o VTJ nesse mesmo período foi de XXXX, encontra-se o $CostVTJ$ de XXX. Da mesma forma,

³⁴ Reconhece-se que no âmbito do Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) há uma participação mais colaborativa do juiz para uma solução conciliatória dos conflitos.

ao se considerar o volume de atividades jurídicas realizadas em processo que envolva “responsabilidade subsidiária” é de XXX, então o *CostAt* seria de XXX.

Passo seguinte é conjugar essa informação com o custo da União para o desembolso de financeiro decorrentes de condenações judiciais - *CostU*, englobando, portanto, os valores médios tanto precatórios judiciais quanto requisições de pequeno valor sobre o mesmo tema/processo objeto de análise do *VTJ*⁽ⁿ⁾, para o fim de encontrar o primeiro elemento de eficiência de atuação, onde, necessariamente:

$$CostAt < CostU$$

Portanto, a atuação de defesa em juízo sempre deverá ser desenvolvida quando o custo de manutenção ativa do processo for inferior ao custo médio da União para o pagamento de valores decorrentes de condenações judiciais sobre um determinado tema/processo.

Seguindo um exemplo, se o *CostAt* é XXX e o *CostU* é YYYY, entende-se que qualquer medida ou atuação processual que permita a sobrevivência do processo não seria eficiente.

Por outro lado, há que se considerar que a sistemática de atualização/remuneração financeira é diversa para os fins orçamentários (que em regra adota o IPCA), para fins de cobrança (em regra, SELIC) e pagamento (em regra, TR³⁵), o que atrairia uma percepção inicial de que há um incentivo a manutenção ativa do processo, considerando que o critério de correção monetária da lógica orçamentária é superior ao do pagamento. Contudo, ainda assim o modelo é possível, considerando que se deve agregar o elemento *TempM* onde, em que pese a diversidade de grandezas numéricas, haveria um ponto de equilíbrio, encontrando-se a eficiência:

Assim, no momento que o custo de manutenção ativa do processo encontrar o custo de desembolso financeiro qualquer postergação do processo seria ineficiente. Da mesma forma, é possível se fazer regressões de modo a se saber em determinada fase processual os percentuais de deságio ideais para aquele tipo de processo, bem como, se

³⁵ Há sinalização de mudança de entendimento perante o STF por intermédio do RE; contudo, pelo que se evidencia a disparidade na forma de atualização ainda permaneceria, considerando que se adotaria o IPCA-e e não o IPCA.

verificar *ab initio* se seria eficiente reconhecer o pedido desde logo, ou estabelecer uma percentual de deságio para o pedido maior.

Outro exemplo

Infelizmente ainda não é possível se ter essa precisão técnica, contudo, sinalização é promissora com o término de algumas etapas de projetos institucionais, como é o caso já referido aqui do “Custo de Oportunidade Processual” do DCP/PGU.

Para finalizar o presente trabalho, insta ressaltar que em um ambiente de negociação, qualquer que seja o cenário, é sempre recomendável que a abertura do diálogo seja feita de forma ética, de modo a registrar que qualquer medida ou etapas vencidas por reuniões não sejam levadas a um processo judicial, porquanto além de poder configurar deslealdade institucional, poderia dar ensejo a alguma responsabilização.

Perceba-se que, nesse aspecto, ao se exigir a exclusividade por parte dos atores no âmbito da Advocacia-Geral da União, de certa forma o risco de deslealdade acima referido é mitigado; contudo, não há qualquer garantia de que a outra parte assim também se comporte. Como uma forma de incentivar um comportamento leal entre as partes, por ocasião do começo das negociações seria prudente se fazer um registro que funcionaria como um “pré-acordo” em caso de eventual utilização de informações colhidas nas reuniões, estabelecendo, inclusive alguma espécie de indenização compensatória, a ser estipulada em patamar razoável conforme o eventual ganho financeiro objeto da negociação. Nesse pré-acordo, que atuaria de forma semelhante aos *gentlemen’s agreement* das relações internacionais, não seria desarrazoado se estipular uma “cláusula de confidencialidade” para o efeito de vincular as partes da negociação.

Referências

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol II. 5 ed São Paulo: Malheiros, 2005

GICO JR, Ivo. **A tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado em Economia, Brasília: 2012, Universidade de Brasília – UnB.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Martins Fontes: São Paulo, 2009.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 13 reimpr. São Paulo: Cultrix, 2007.

SANTOS, Diogo Palau F. **Processo Judicial como matriz do Desenvolvimento Econômico**. Tese de Doutorado em Direito, São Paulo: 2013, Faculdade Autônoma de Direito, FADISP.

URY, William. **O Poder do NÃO Positivo: Como dizer NÃO e ainda chegar ao SIM**. Tradução Regina Lyra.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

AS REGRAS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADOS NA
LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA

Elayne Menezes Garcia

Advogada em Brasília;

Douglas Alencar Rodrigues

Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC/SP); professor do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Ensino Superior de Brasília (IESB); ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

61

Resumo

A atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito deve se pautar pela transparência e respeito às garantias processuais fundamentais da cidadania. A atuação dos magistrados, que são recrutados de forma impessoal pelo sistema meritório do concurso público de provas e títulos, apenas se mostra legítima quando observem, em sua exata dimensão, o princípio da isonomia, atuando com independência e imparcialidade na composição das disputas que lhes são submetidas. Para viabilizar a realização desse ideal, consagrou o legislador regras objetivas que indicam situações em que não será possível a atuação de determinados juízes, por razões objetivas ou subjetivas. O novo Código de Processo Civil oferece nova sistematização para essas situações, na perspectiva de melhor realizar os valores da transparência e da isonomia, tão caros à ética republicana.

Palavras-chave: poder judiciário – juízes – legitimidade – regras de atuação – novo CPC.

Abstract

The role of the judiciary in a democratic state must be based on transparency and respect for fundamental procedural guarantees citizenship. The role of judges, who are recruited impersonally by meritorious system tender of tests and titles, only shown legitimate when viewed in its exact dimension, the principle of equality, acting independently and impartially in the composition of the disputes submitted to them. To facilitate the realization of this ideal, established the legislator objective rules that indicate situations where the acting will not be possible for certain judges, for objective or subjective reasons. The new Civil Procedure Code offers new systematization for these situations, in order to better achieve the values of transparency and equality, so important to the republican ethics.

Key words: Judiciary Power - judges - legitimacy - action rules - new CPC.

Introdução

No Estado Democrático de Direito, a garantia ao processo substancialmente justo, ao denominado “*fair procedure*”, exige que as disputas sejam conduzidas de forma independente e imparcial pelos integrantes do Poder Judiciário.³⁶ Como pressuposto da

³⁶ De acordo com o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), "Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal

legitimidade da ação estatal na composição das disputas, às partes deve ser garantida a certeza de que o resultado do conflito será apresentado pelo julgador de forma isenta e imparcial, com base nas alegações e provas por elas produzidas, sem quaisquer espécies de interferências externas ou vínculos pessoais que possam sugerir favorecimentos indevidos a qualquer dos litigantes.³⁷

No exercício do poder-dever de prestar a jurisdição, uma das mais expressivas formas de manifestação da soberania, o Estado se faz representar por agentes políticos que são recrutados, em sua expressiva maioria, de forma impessoal e democrática, por meio de concurso público de provas e títulos (CF, art. 93, I).³⁸

No rol das garantias fundamentais que disciplinam o acesso à Justiça, figuram diretrizes essenciais segundo as quais ninguém será processado ou condenado senão pela autoridade competente, assegurando-se, na máxima extensão, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos que lhe são próprios, em estrita consonância com o devido processo legal (CF, art. 5º, LIII, LIV e LV).

contra ele.” (Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>, acesso em 9.5.2016).

³⁷ “A imparcialidade implica a certeza prévia da não-vinculação da atividade instrutória e decisória em favor de qualquer uma das partes envolvidas no processo judicial e independência quanto ao conteúdo das decisões. Trata-se de uma exigência intrínseca ao processo judicial: sem imparcialidade, todas as garantias que nele incidem ficam inócuas. A própria idéia de “fair procedure” está fundada nas noções de participação dos interessados e de imparcialidade nas decisões que lhes concernem.” (OLIVEIRA ÁVILA, Ana Paula. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no *Civil Law*. Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre/Prefeitura Municipal de Porto Alegre - Porto Alegre CEDIM, nº 24 dezembro 2010, p. 16).

³⁸ Estruturada em forma de carreira, o acesso inicial à magistratura se dá no cargo de juiz substituto, observando-se os critérios da antiguidade e do merecimento para a promoção e acesso aos demais cargos da carreira (CF, art. 93, II). No âmbito dos órgãos judiciários de segundo grau e daqueles que integram a instância extraordinária, também atuam, embora proporções diferenciadas, representantes da advocacia e do Ministério Público – um terço para o STJ e um quinto para os demais - (CF, artigos 94, 104, II, 111-A, I), com a ressalva de que os membros do Tribunal Superior Eleitoral são selecionados com base em critérios singulares (CF, art. 119), enquanto que os Ministros do Supremo Tribunal Federal são indicados pelo Chefe do Poder Executivo Federal, com o concurso do Senado Federal, observados os critérios de idade mínima e máxima, do notório saber jurídico e da reputação ilibada (CF, art. 101).

Em razão das exigências de imparcialidade e independência, e considerando a natureza e a relevância dos poderes inerentes ao exercício da jurisdição, a ordem jurídica prevê critérios objetivos e impessoais para a divisão do trabalho entre os juízes. Com esse espírito, a distribuição das ações e recursos é realizada de forma equitativa, aleatória e impessoal, mas sem prejuízo da previsão de regras que possam determinar, em momento posterior à regular distribuição, a modificação do órgão judicial competente, em razão de imperativos de ordem racional (segurança jurídica, no caso da *perpetuatio jurisdictionis* – art. 43 do CPC de 2015) ou mesmo lógica (unidade de convicção, como nas hipóteses de prevenção, continência e conexão – artigos 54 e 107 do CPC de 2015).

Com o objetivo de assegurar a imparcialidade e a independência do julgador, a Constituição consagrou *prerrogativas e vedações* (CF, art. 95)³⁹, as primeiras não raras vezes confundidas, equivocadamente, com vantagens censuráveis e incompatíveis com a ética republicana, as últimas, vinculadas ao propósito de preservar e qualificar a jurisdição como verdadeiro “sacerdócio civil”.⁴⁰

³⁹ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

⁴⁰ “A imparcialidade é essencial à jurisdição. A Constituição visa a resguardar a imparcialidade jurisdicional cercando os órgãos do Poder Judiciário de garantias funcionais de independência (art. 95) e de imparcialidade (at. 95, parágrafo único). (...). No direito brasileiro, como elemento essencial do nosso processo justo (art. 5º., LIV, CF), ha direito fundamental ao juiz natural (art. 5º., XXXVII e LIII, CF) , que é necessariamente juiz competente e imparcial.” (MARINONI, Luiz Guilherme et al. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora RT, 2016, 2ª. Edição, p.277).

Buscando conferir densidade ao comando constitucional da isonomia de todos perante a lei (CF, art. 5º.), e, mais que isso, com o objetivo de viabilizar o exercício legítimo da jurisdição⁴¹, assegurando a prolação de decisões justas e adequadas, a ordem jurídica impõe aos magistrados o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento, relativamente ao exercício de direitos e faculdades, ônus e deveres processuais (art. 139, I, do CPC de 2015), mas sem prejuízo de que os próprios juízes assumam a instrução da causa, determinando medidas e diligências probatórias que possibilitem o amplo e completo esclarecimento dos fatos, viabilizando a prolação de decisões substancialmente justas ou mais próximas do padrão ideal de justiça, aplicável ao caso concreto (art. 139, IV, do CPC de 2015).

Ainda como expressão desses ideais de impessoalidade e eficiência na gestão de ações e recursos, diversas regras de impedimento e suspeição foram previstas pelo legislador processual, com o objetivo de assegurar aos cidadãos o acesso amplo ao Poder Judiciário, em estrita consonância com as noções de equidade e isonomia, caros à ética republicana. Essa mesma preocupação foi revelada pelo Conselho Nacional de Justiça, que fez editar o Código de Ética da Magistratura, consagrando valores éticos como independência, imparcialidade, transparência, integridade pessoal e profissional, diligência e dedicação, cortesia, prudência, sigilo profissional, conhecimento e capacitação, dignidade, honra e decoro (Processo nº 200820000007337).

Com esse mesmo espírito de transparência, isonomia, ética, impessoalidade e eficiência, foram previstas no novo CPC as causas que inviabilizam a atuação dos magistrados em determinadas causas, seja pelo parâmetro objetivo do impedimento, seja por circunstâncias subjetivas que possam evidenciar os casos de suspeição (artigos 144 e 145 do CPC de 2015), impedindo a atuação dos magistrados, em respeito à dignidade da função jurisdicional e aos jurisdicionados.

O estudo analítico dessas hipóteses é o objetivo do presente estudo.

⁴¹ De acordo com a doutrina, *“não basta, outrossim, que o juiz, na sua consciência, sinta-se capaz de exercitar o seu ofício com a habitual imparcialidade”, mas, ao contrário, “é imprescindível à lisura e prestígio das decisões judiciais a inexistência da menor dúvida sobre os motivos de ordem pessoal que possam influir no ânimo do julgador”.* (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo de conhecimento.** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 220).

1. As causas de impedimento e suspeição. Aspectos gerais.

As causas de impedimento e suspeição de magistrados foram previstas nos artigos 134 a 137 do CPC de 1973, encontrando semelhante disciplina nos artigos 144 a 147 do novo CPC (Lei 13.105, de 13.3.2015).

Tratadas com rigor pelo legislador de 1973, as situações causadoras de impedimento à atuação dos magistrados em determinadas causas configuram vícios graves, insuscetíveis de saneamento, diferentemente do que ocorria em relação às causas de suspeição. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara:

O impedimento é vício mais grave que a suspeição, razão pela qual aquele pode se arguido no processo a qualquer tempo, até o trânsito em julgado da sentença, e mesmo após esse momento, por mais dois anos, através de ação rescisória (art. 485, II, CPC). Já a suspeição deve ser arguida no prazo previsto no art. 305 do Código de Processo Civil, sob pena de se ter por sanado o vício, e aceito o juiz (CÂMARA, 2010, p. 148).

As hipóteses de impedimento correspondem, fundamentalmente, a situações que inibem a atuação do magistrado, de forma objetiva, sem qualquer margem para juízos de valor, e que podem ser suscitadas pelas partes e que devem declaradas de ofício pelo próprio magistrado.⁴² Na sistemática do CPC de 1973, que foi mantida pelo novo CPC de 2015, as causas de impedimento poderiam ser suscitadas a qualquer tempo, *enquanto não transitada em julgado a decisão judicial* (art. 137, § 1º. do CPC de 1973 e art. 148, § 1º, do CPC de 2015).

Embora o trânsito em julgado da decisão judicial pudesse sugerir a preclusão para qualquer debate vinculado à nulidade do título judicial, porque constituído com a participação de magistrado impedido, o legislador, acertadamente, considerou substancialmente grave essa situação - que compromete a legitimidade da ação estatal e a própria respeitabilidade do Poder Judiciário -, autorizando a propositura de ação

⁴² Os motivos de impedimento dizem respeito à vida pessoal do magistrado (art. 144, I, II, V, VI, VII e IX, CPC) ou ao fato de funcionarem no processo seu cônjuge, companheiro, companheira ou seus parentes (arts. 144, III, IV e VIII, e 147, CPC)." MARINONI, ob. cit., p. 278.

rescisória para o exame correspondente, a ser proposta em dois anos a contar do trânsito em julgado da aludida decisão (CPC de 1973, artigos 485, III e 495; artigos 966, II, e 975 do CPC de 2015).

No que concerne ao vício da suspeição, diferentemente, cujos efeitos igualmente afetam a imagem do Poder Judiciário, ensejando a prolação de decisões substancialmente injustas, o legislador de 1973 optou por não incluí-lo no rol de hipóteses passíveis de justificar a rescisão das decisões de mérito passadas em julgado.

Essa mesma postura foi adotada pelo legislador no CPC de 2015.

Parece, contudo, intuitivo que, uma vez configurada a suspeição, outras das situações previstas para a dissolução da coisa julgada podem ser invocadas, entre as quais a da prevaricação, da concussão ou mesmo da corrupção do juiz (CPC, art. 485, I).

Embora composto por pessoas que devem comprovar diferenciada qualificação técnica e boa formação ética, mantendo conduta pessoal irrepreensível nas esferas pública e privada durante o exercício do cargo, nem sempre o sistema de seleção de magistrados, estruturado a partir do concurso público de provas e títulos para a expressiva maioria dos magistrados, consegue impedir o acesso de pessoas descomprometidas, sem vocação ou até mesmo desonestas, que apenas compreendem a magistratura como espaço para ascensão social e obtenção de estabilidade financeira. Magistrado com tais características, além de profissionalmente frustrados (porque não realizam ideais de vida), tornam-se pessoalmente infelizes (porque são cobrados e criticados por seus jurisdicionados), cometendo danos graves ao legítimo direito da cidadania de obtenção de decisões ponderadas e que se prestem ao restabelecimento do equilíbrio e a harmoniza sociais.

Daí a relevância do estudo das situações que possam sugerir desvios ou quebras do equilíbrio necessário ao embate judicial, a partir da figura isenta e imparcial, jamais neutra ou socialmente asséptica, do magistrado.

2. Os critérios de impedimento na legislação processual brasileira: da disciplina de 1973 ao regramento de 2015.

2.1. A primeira das regras de impedimento previstas no CPC de 1973, inscrita no inciso I do art. 134, consagra veto à atuação do magistrado nas causas em que figure como

parte. Essa disposição foi reprisada pelo legislador processual de 2015, embora com o acréscimo do impedimento aos casos em que seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive (art. 144, IV, do CPC).

A previsão de impedimento à atuação na causa de que seja parte o próprio julgador parece inusitada e verdadeiramente desnecessária, pois alude a uma situação óbvia e absolutamente evidente, da qual, a rigor, sequer deveria se ocupar o legislador. Afinal, se a ação do Estado pressupõe isonomia, eficiência e impessoalidade, jamais se poderia tolerar que a figura do litigante se confundisse com a do próprio julgador, o que, em certa medida, confunde-se com o “exercício arbitrário das próprias razões”, repudiado pelas sociedades democráticas ocidentais e tipificado como crime na ordem jurídica nacional.⁴³ O exercício da jurisdição por parte de órgãos ou representantes do Estado, realizado por meio do processo, representa a forma idealizada pelas sociedades modernas para evitar o império arbitrário das próprias razões, a luta privada ou a denominada “lei do mais forte”, conferindo maior grau de equilíbrio às disputas presentes na sociedade. O ingresso nos quadros da magistratura não destaca o cidadão do conjunto da sociedade, ao ponto de lhe conferir privilégios e imunidades, razão pela qual incorre em ato viciado e inescusável, em alguma medida comparável com o tipo penal da prevaricação⁴⁴, o juiz que decide em causa própria, com absoluta afronta às mais basilares noções de ética, de lógica e de justiça.

2.2. A segunda situação legal de impedimento do juiz, referida no inciso II do art. 134 do CPC de 1973 e reprisada no inciso II do art. 144 do novo Código, diz respeito aos casos em que tenha atuado como mandatário da parte, oficiado como perito, funcionado como órgão do Ministério Público, ou prestado depoimento como testemunha.

⁴³ Nesse sentido dispõe o art. 345 do Código Penal: Art. 345 – “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.”

⁴⁴ Confira-se o teor do art. 319 do Código Penal: “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”

Em quaisquer dessas situações o magistrado não é considerado isento para o exercício da jurisdição, porque teve contato prévio com o litígio, acompanhando os fatos da causa na condição de defensor de uma das partes ou como testemunha, ou ainda como perito ou órgão do Ministério Público.

Nesses casos, a possibilidade do “juízo prévio” ou da prévia formação da convicção por parte do magistrado, sem a garantia aos litigantes de que “sejam ouvidos em juízo”, vulnera as noções essenciais da impessoalidade e do contraditório, maculando o direito constitucional de defesa e de exercício das prerrogativas e faculdades processuais.

Admitir a participação do magistrado nessas situações seria permitir que a nódoa da dúvida em torno de sua isenção se consolidasse no espírito dos litigantes, o que não se compadece com a legitimidade necessária à ação estatal.

2.3. Não pode o magistrado, ainda, exercer a jurisdição nas causas de que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão (CPC de 1973, art. 134, III).

A vedação em causa foi igualmente incorporada no novo CPC, com a ressalva de que a cognição da causa, passível de gerar impedimento, não se vincula apenas ao contato mantido pelo juiz em primeiro grau, mas em qualquer grau de jurisdição. Com a retificação imposta, ficam contempladas as situações em que o magistrado tenha atuado em grau superior, atendendo as situações frequentes de convocações para substituição a desembargadores.

Também nessas situações há risco para a composição legítima da disputa, desde que o sistema processual, consagrando a noção de ampla defesa, preveja a existência de recursos destinados à invalidação ou reforma das decisões proferidas no curso do procedimento.

A rigor, a convicção judicial formada na instância judicial superada, e exposta no julgamento atacado no recurso sob exame, representa prejuízo inequívoco, direto e objetivo, ao sucumbente, pois frustrada a possibilidade de um segundo exame isento dos fatos e circunstâncias da causa por magistrados diversos, com comprometimento do pleno acesso ao duplo grau de jurisdição.

A possibilidade de revisão das decisões por órgãos judiciários distintos, permitindo novos olhares e leituras dos fatos e circunstâncias da causa, a partir da ação discursiva e dialética das partes em disputa, encerra característica expressiva de um Poder Judiciário estruturado de forma democrática.

A participação, portanto, de magistrados que já decidiram a causa em outro grau de jurisdição vulnera essa garantia de reexame isento da disputa, que se deve efetivar por julgadores distintos e verdadeiramente abertos à audiência ampla e inédita das partes em disputa.

2.4. Nessa perspectiva de ampla impessoalidade, independência e imparcialidade na análise das causas que tramitam perante o Poder Judiciário, o inciso IV do art. 134 do CPC de 1973 estabelecia a vedação ao magistrado para atuação nas causas em que figure como advogado o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral até o segundo grau.

O novo CPC reproduziu as hipóteses de impedimento em questão, mas as ampliou, fazendo incluir o veto à atuação judicial quando as pessoas indicadas estiverem postulando também como defensor público ou membro do Ministério Público, com vínculo até o terceiro grau, inclusive.

Também as hipóteses de impedimento previstas no inciso VI do art. 134 do CPC de 1973 foram ampliadas, ou melhor detalhadas, no inciso V do art. 144 do CPC de 2015. Pela regra primitiva, haveria impedimento quando o juiz fosse órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Doravante, esse impedimento envolve as situações em que o juiz for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo.

Em todas essas hipóteses o risco de desequilíbrio no tratamento processual foi objetivamente reconhecido pelo legislador.

As opções do legislador são inquestionavelmente corretas, pois é irrecusável que o julgador, de forma consciente ou inconsciente, mas certamente com afronta à própria imagem do Poder Judiciário e ao próprio direito das partes ao processo justo, não possui a isenção necessária para a composição da disputa.

O vínculo de parentesco entre o magistrado e o advogado ou as partes afasta, evidentemente, sua isenção para o exercício de seu ofício.

No segundo caso, em particular, muito embora o preceito de 1973 fizesse alusão à hipótese em que o magistrado fosse “órgão de direção ou de administração” de pessoa jurídica parte na causa, é preciso distinguir duas situações: a primeira, em que o magistrado possui participação acionária expressiva ou é sócio cotista da pessoa jurídica envolvida na disputa; e a segunda, em que apenas ocupa cargos de direção ou administração em determinada pessoa jurídica, como nos casos de associações de magistrados, de beneficência, esportivas etc.

Muito embora o impedimento deva prevalecer em ambas as hipóteses, a primeira delas parece convocar mais a atenção, na medida em que o magistrado - embora sujeito ao regime de dedicação exclusiva por imposição constitucional, com a ressalva do exercício da docência (CF, art. 93) - pode figurar como sócio-cotista em empresas, apenas sendo-lhe vedado o exercício de cargos de gestão (LOMAN, art.).

Nesses casos, é sabido e consabido que a teoria dos entes morais - fruto de notável ficção jurídica concebida pela genialidade dos estudiosos da ciência jurídica - não autoriza que se afaste, em termos absolutos, o vínculo existente entre os sócios e administradores e a própria pessoa jurídica, tanto que sequer a identidade própria da pessoa jurídica pode ser invocada como biombo para ocultar ou blindar a responsabilidade das pessoas naturais que compõem seus quadros sociais, por eventuais atos ilícitos praticados.

Ao lado de inúmeras disposições legais que legitimam a superação da personalidade jurídica dos entes morais para alcançar as pessoas naturais que integram seus quadros (CC, art. 50; CDC, art. 28), nem mesmo no campo penal subsiste imune a tese da inimputabilidade das pessoas jurídicas, cujos atos são, em última análise, idealizados e praticados por seus sócios (artigos 173, § 5º e artigo 225, § 3º, ambos da CF de 1988; artigo 3º e parágrafo único da Lei nº 9.605/1998).

Portanto, em nenhuma hipótese, quando configurado o interesse direto ou indireto, imediato ou mediato do magistrado em determinada disputa, lhe será possível o exercício da jurisdição.

Segundo a máxima popular, deve o magistrado não apenas agir de forma imaculada, com transparência e honestidade, em todos os instantes do exercício da

jurisdição, mas, além disso, deve buscar transparecer aos jurisdicionados honradez e equilíbrio, isenção e comprometimento, tão essenciais para o exercício digno de sua função.

2.5. O art. 147 do CPC de 2015 dispõe ainda a propósito de regra específica de impedimento que deve ser observada no âmbito dos tribunais. De acordo com o referido dispositivo, quando 2 (dois) ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, o primeiro que conhecer do processo impede que o outro nele atue, caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.

Essa disposição, embora reafirme o compromisso da ordem jurídica com a absoluta imparcialidade dos magistrados, sofre também o impacto da regra inscrita no art. 128 da Lei Orgânica da Magistratura (LC 35, de 1979), segundo a qual não se mostra possível que tenham assento na mesma turma, câmara ou seção, cônjuges e parentes com o grau de parentesco acima referido.⁴⁵

2.6. Três outras inovações do CPC de 2015, inscritas nos incisos VII, VIII e IX do art. 144, devem ser realçadas.

A primeira diz respeito ao impedimento do juiz para a análise das causas em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou relação decorrente de contrato de prestação de serviços; a segunda envolve as causas em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório.

Embora o veto à participação de magistrados em ações judiciais de interesse de seu empregador privado representasse, no sistema processual de 1973, causa conducente

⁴⁵ MARINONI, ob. cit., p. 282.

à suspeição do magistrado, a ser declarada de ofício, a nova disciplina deixa clara a vedação à atuação, inscrevendo-a entre as causas de impedimento dos juízes.

Também a nova regra de impedimento prevista no inciso VIII do art. 144 do CPC de 2015 deve ser compreendida no bojo das inovações que buscaram remarcar o compromisso da ordem jurídica com a garantia efetiva do direito ao processo justo, a partir de procedimentos que impeçam o surgimento de dúvidas, por mais remotas que fossem, acerca da absoluta independência e imparcialidade dos magistrados.

De forma ainda mais evidente, o legislador de 2015 deixou claro que o magistrado não poderá officiar nos casos em que promove ação judicial contra a parte ou seu advogado (art. 144, VIII).

Também nessa hipótese, optou o legislador por impedir, objetivamente, a atuação judicial, independentemente da natureza ou conteúdo da disputa, muito embora adequado seria considerar essa situação como causa de suspeição, permitindo o exame caso a caso da conveniência ou não da atuação do magistrado.⁴⁶

2.7. Por último, merece destaque a inovação inscrita no § 2º. do art. 144 do CPC de 2015, segundo a qual “*É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.*”

Tal disposição, editada em boa hora, vem colocar termo a situação incômoda gerada pela superveniente ingresso nas causas, especialmente na condição de advogado, de pessoas com vínculos de parentesco capazes de produzir o impedimento do magistrado.

Não fosse bastante a prévia distribuição da causa a determinado juiz representar fato suficiente e capaz de inibir o ingresso superveniente de pessoas cujos vínculos pessoais afastam a isenção para a resolução da disputa, é certo que a própria Ordem dos Advogados (OAB), em seu Código de Ética, define diversos **deveres deontológicos aos**

⁴⁶ DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Editora Jus Podium, 18ª. Edição, 2016, p. 684.

advogados, entre os quais preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade; atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; velar por sua reputação pessoal e profissional; abster-se de utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente, e de emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana.

Por isso, o ingresso superveniente de advogados em determinadas causas, não raras vezes postulado com o objetivo de afastar o juiz da causa, rompendo com o postulado do juiz natural, foi objetivamente vedado, em boa hora, pela novel disposição legal.

A rigor, configurada essa situação, pode-se cogitar inclusive de representação ética à OAB, para aferição da conduta do advogado, ressalvada, evidentemente, sua boa-fé do advogado, decorrente da aceitação da causa sem as devidas cautelas, particularmente sem a pesquisa prévia e recomendável do estágio em que se encontra e do magistrado designado para resolvê-la.

A nova regra, nesse contexto, cria um dever ético adicional aos advogados que mantém relações de parentesco com magistrados, obrigando-os a examinar com a máxima cautela a possibilidade de aceitação do patrocínio de determinados casos, já em curso perante o Poder Judiciário.

3. As hipóteses de suspeição na legislação processual brasileira.

As causas de suspeição previstas no CPC de 1973 pressupõem, fundamentalmente, a ocorrência de algum tipo de vínculo de natureza pessoal entre o magistrado e uma das partes em disputa.

3.1. A primeira dessas situações, no sistema do CPC de 1973, corresponde aos casos em que o magistrado é amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes.

É intuitivo o vício de suspeição nos casos de amizade íntima, diante dos sentimentos marcantes de apreço e solidariedade que permeiam relações pessoais travadas com lações de fraternidade e que são marcadas pelo compartilhamento recíproco

de sentimentos de alegrias e de angústias, expectativas e frustrações pessoais. É evidente, nesses casos, que não há espaço para a atuação imparcial, consciente ou não, do magistrado, até porque, se decidisse contra a “parte amiga”, veria rompido, pela censura à conduta debatida na causa, esse mesmo vínculo de fraternidade social.

O mesmo raciocínio ora apresentado, embora com “sinal trocado”, deve ser aplicado aos casos em que o magistrado se considere, ou possa ser considerado, “inimigo capital” de uma das partes. Pelas mesmas razões expostas em relação ao forte vínculo de amizade entre o juiz e uma das partes em disputa, também a incompatibilidade expressiva, que pode advir das mais variadas situações e circunstâncias, inviabiliza a atuação do magistrado. Embora esses sentimentos pessoais de despreço e censura profundos devam ser trabalhados por aqueles que deles padecem, na perspectiva de superação e resgate da harmonia pessoal e social, a condição humana é caracterizada por virtudes e imperfeições, capazes de produzir graves injustiças quando envolvida na lide pessoa em profundo estado de desarmonia pessoal com o julgador.

Aspecto interessante desse debate diz respeito à forma de comprovação dessa realidade de atrito e disputa pessoal entre o magistrado e uma das partes, capaz de afastá-lo da direção da causa. Evidentemente, o grau de desgaste pessoal entre os referidos atores processuais há de ser expressivo ou capital, segundo a dicção legal, não se confundindo com qualquer desentendimento ou mero dissabor que é natural, imanente ao convívio social e que não extrapola os padrões normais do relacionamento humano. Mas ainda nessas situações, se a parte lançar a dúvida - sejam leves, sejam graves as situações e motivos por ela alegados -, caberá ao julgador se posicionar, afirmando sua suspeição ou refutando-a de forma clara e exaustiva (CF, art. 93, IX), embora nesse caso sem prejuízo da regular instrução e solução do incidente pela autoridade judiciária competente (CPC de 2015, art.).

Relevante é que não paire dúvidas acerca da absoluta isenção do magistrado para a composição da lide, garantindo-se aos jurisdicionados meios efetivos de acesso ao processo conduzido e resolvido de forma justa e imparcial.

3.2. Situação igualmente passível de suscitar dúvidas acerca da absoluta isenção do magistrado corresponde àquela em que uma das partes é credora ou devedora do juiz

ou de seu cônjuge ou ainda de seus parentes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau.

A existência de relação de crédito entre uma das partes e o magistrado ou seu cônjuge, ou ainda em relação aos respectivos parentes, nos parâmetros referidos em lei, igualmente configura hipótese capaz de comprometer a isenção de ânimo que deve pautar o exercício adequado da jurisdição.

Considerações de ordem psicológica poderiam ser produzidas para aludir aos secretos e indecifráveis meandros da consciência humana, bem assim das múltiplas individualidades ou subjetividades de cada julgador, com o objetivo de sugerir que determinados juízes poderiam manter-se imparciais em quaisquer das situações de suspeição.

A opção eleita pelo legislador, no entanto, foi objetiva, vedando a possibilidade de exercício da jurisdição nos casos em que, segundo o senso médio comum, haveria inequívoca quebra da imparcialidade tanto sob as perspectivas objetiva, fundada na perspectiva externa da sociedade (e centrada na aparência de imparcialidade), e subjetiva (na dimensão intrínseca ou espiritual do julgador).

3.3. Hipótese também referida pelo legislador de 1973, a ação do magistrado foi também interdita quanto assumisse as posições de herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes.

Em todas essas situações, pelos vínculos potenciais ou concretos nutridos pelo juiz com um dos dissidentes, prevalece a clara e irrefutável constatação da inconveniência absoluta da atuação na causa. Definitivamente, os laços jurídicos instituídos aponta para a existência de interesses de ordem jurídica e econômica, ou ainda social, o que inibe a atuação do julgador.

3.4. Igual vedação à atuação do magistrado foi prevista para os casos em que tenha recebido dádivas (de uma das partes ou interessados, evidentemente) antes ou depois de iniciado o processo, tenha aconselhado alguma das partes acerca do objeto da causa ou subministrado meios para atender às despesas do litígio.

A concessão de favores ou presentes aos agentes políticos do Estado, que parece remontar à tradição colonial de reverência aos representantes do Rei ou aos membros da nobreza, não tem sido desconsiderada pelos estudiosos da ética republicana. Nesse sentido, a Presidência da República fez editar o Código de Ética da Administração Pública, editado por meio do Decreto 4.081, de 11.1.2002, dispondo acerca do recebimento de presentes por agentes públicos, assim também procedendo o Conselho Nacional de Justiça, no Código de Ética da Magistratura (art. 17), aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, realizada no dia 06 de agosto de 2008 (Processo nº 200820000007337).

Embora não sejam comuns as situações em que os magistrados possam oferecer esclarecimentos sobre questões jurídicas, essas situações podem ocorrer de forma pontual ou episódica, em decorrência de atuação profissional paralela em universidades ou pela frequência a instituições religiosas, associativas ou de beneficência. Nesses casos, evidentemente, não se mostra recomendável a atuação do magistrado, que, em alguma medida, obteve conhecimento prévio do litígio, mantendo com uma das partes clara relação, quando menos, de solidariedade ou simpatia.

3.5. Também inadmissível a atuação do julgador quando tiver interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes.

A presença de qualquer circunstância que, embora externa à disputa concreta submetida ao exame do magistrado, evidencie a presença de vínculo de natureza pessoal, direto ou indireto com uma das partes e que possa gerar dúvidas acerca de sua isenção e independência, recomenda o seu afastamento da causa, o que deve ser declarado de forma voluntária ou mesmo a partir de provocação da parte contrária.

Situações podem existir em que a parte, conhecendo a visão do magistrado acerca do objeto litigioso, em razão de escritos doutrinários de sua autoria ou de decisões por ele anteriormente proferidas, busque apenas afastá-lo do caso, mediante a arguição de suspeição. Tal postura, além de configurar inequívoca má-fé por se tratar de incidente

manifestamente infundado, deve ser prontamente repudiada, traduzindo reprovável tentativa de quebra do princípio do juiz natural, cujo conteúdo já foi detalhado ao longo desse artigo.

3.6 Por último, compreendendo que as situações passíveis de comprometer a independência ou isenção de ânimo para a composição da disputa poderiam resultar de circunstâncias outras não expressamente referidas, dispôs o legislador que o magistrado poderia se declarar suspeito por motivo de foro íntimo.

Cuida-se de hipótese aberta, oportunamente prevista pelo legislador, que permite ao magistrado, sem que esteja necessariamente obrigado a revelar sua motivação, afastar-se do julgamento de determinadas causas, em que considere ausente a paz de consciência ou de espírito necessária ao exercício legítimo da jurisdição.

4. O Procedimento para a arguição e resolução do impedimento e da suspeição.

No CPC de 1973, a arguição da suspeição ou impedimento deveria observar a forma da exceção (art. 304), que poderia ser proposta a qualquer tempo no curso do feito, mas desde que observado o prazo de 15 (quinze) dias a contar da ciência do fato ou dos fatos que tornaram evidente, segundo a compreensão da parte, a presença de circunstâncias causadoras de impedimento ou suspeição (art. 305).

A delimitação desse prazo, evidentemente, tencionou evitar que a parte, mesmo ciente das circunstâncias de fato acima referidas, deixasse de questionar a licitude da atuação do magistrado, reservando a questão, como uma arma futura, para utilização oportuna ou quando lhe fosse mais conveniente, notadamente após a edição de decisões contrárias ao seu interesse. Essa postura, evidentemente contrária ao postulado da boa-fé, justifica a delimitação do referido prazo.⁴⁷

⁴⁷ Parte da doutrina, no entanto, considera que não deve haver preclusão, a despeito do prazo fixado no art. 146: “Inexiste preclusão porque se trata de nulidade absoluta e, como tal, questão de ordem pública, não fazendo sentido permitir-se, com dispêndio de tempo e trabalho inúteis, a continuidade de um processo cuja sentença poderá vir a ser desconstituída em ação rescisória.” (WAMBIER, Tereza

Em face da gravidade do incidente, dispôs ainda o CPC de 1973 que a parte deveria especificar o motivo da recusa ao juiz, instruindo sua petição com documentos eventuais e também com rol de testemunhas (CPC, art. 312), assim permitindo a mais ampla apuração dos fatos.

Ao receber a exceção, ao magistrado abriam-se dois caminhos: reconhecer a procedência do incidente, afastando-se da causa e determinando o envio dos autos a seu substituto legal ou oficiando ao Tribunal para designação de substituto; ou, rejeitando-o, expor suas razões, juntando documentos e indicando testemunhas, se necessárias, com posterior envio dos autos ao Tribunal a que vinculado, a quem caberá decidir o incidente (art. 313).

Como efeito lógico do questionamento oferecido à atuação do magistrado, o processo ficaria suspenso, até final resolução do incidente (CPC, artigos 265, III, e 306).

No CPC de 2015, o art. 146 dispôs que o incidente deve ser deduzido por petição fundamentada, com a indicação da causa da recusa. Além disso, dispôs que deveria ser devidamente instruída com documentos e rol de testemunhas, cabendo, ainda, à parte observar a primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, desde que em 15 (quinze) dias a contar do conhecimento do fato que motiva o incidente.

A nova disciplina dispensou, portanto, a forma da exceção, integrando a discussão acerca da participação do magistrado aos próprios autos, como mero incidente. Nos mesmos moldes do CPC de 1973, dispôs o legislador que o magistrado deveria adotar uma de duas alternativas: reconhecer a legitimidade da arguição e afastar-se do caso ou refutá-la, ordenando a formação de autos para o incidente, com a junção de suas razões, provas documentais e rol de testemunhas, com posterior envio ao Tribunal a que vinculado (art. 146, § 1º).

No âmbito do Tribunal, após regular distribuição do incidente, o Relator deverá declarar se o recebe com efeito suspensivo, caso em que o processo permanecerá suspenso até o julgamento do incidente, retomando seu curso, na hipótese contrária de não concessão desse efeito (art. 146, § 2º).

Arruda Alvim (et al.). Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 2ª. Edição, p. 312).

Relevante inovação diz com a definição da autoridade judiciária competente para a prática dos atos urgentes, vinculado ao âmbito das tutelas provisórias, qual seja o substituto legal da autoridade judiciária recusada por uma das partes (art. 146, § 3º).

Outras inovações relevantes dizem respeito à possibilidade de interposição de recurso por parte do magistrado afastado por decisão do tribunal, por ocasião do julgamento do incidente em questão (§ 5º do art. 146), bem assim da delimitação do instante a partir do qual o vício reconhecido deve produzir efeitos na relação jurídica processual, inclusive com a decretação da nulidade dos atos praticados pelo juiz (§§ 6º e 7º do art. 146 do CPC).

Conclusão

O legislador de 2015, ao desdobrar os critérios anteriores de impedimento e suspeição de magistrados, elegeu o caminho da máxima defesa da dignidade da função judicial.

Ao fixar novas regras destinadas ao controle da atuação judicial, a partir da análise da possibilidade de atuação dos magistrados em casos determinados, reafirmou o legislador a relevância da atuação do Poder Judiciário, na sociedade democrática estruturada a partir da Carta Magna de 1988.

As situações eleitas pelo legislador para inibir a atuação dos magistrados não se esgotam em si próprias ou alcançam todas as situações concretas da vida. Em face do objetivo de assegurar a transparência, a moralidade e a própria dignidade da função judicial, as regras legais de impedimento e suspeição de magistrados devem ser objeto de interpretação flexível ou extensiva, competindo aos envolvidos o exame cauteloso e responsável das muitas situações da vida.

Referências:

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podium, 18. ed, 2016, p. 684.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo de conhecimento. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme (et al.). **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2016.

OLIVEIRA ÁVILA, Ana Paula. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no *Civil Law*. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre/Prefeitura Municipal de Porto Alegre** - Porto Alegre CEDIM, nº 24 dezembro 2010.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (et al). **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 2ª. Edição

UMA ANÁLISE JURÍDICA DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA SOB A ÓPTICA DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS E DO DIREITO AO SIGILO DA ATIVIDADE INVENTIVA

Douglas Henrique Marin dos Santos

Doutor pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp); procurador federal da Advocacia-Geral da União; professor do Curso de Direito Centro Universitário IESB.

81

Resumo

O presente artigo aborda o direito às patentes e sua aplicabilidade ao mercado de medicamentos. Destaca a relevância do direito à privacidade e ao sigilo para os laboratórios farmacêuticos, ressaltando seu valor econômico. Reconhece a legitimidade das patentes de medicamentos e do sigilo e privacidade no ambiente de pesquisa e desenvolvimento corporativo. Debate os limites do direito de sigilo em uma abordagem de ponderação com o direito fundamental à saúde e direito do consumidor à informação. Delimita tais limites e traz exemplos do abuso do direito à privacidade pela indústria farmacêutica. Retrata o recorrente problema da publicação seletiva de ensaios clínicos pela indústria. Invoca o ordenamento jurídico brasileiro e português para concluir que o direito ao sigilo corporativo, mesmo em se tratando de pesquisa e desenvolvimento de novas drogas, não é absoluto.

Palavras-chave: Direito à privacidade; sigilo; indústria farmacêutica; relevância econômica; publicação seletiva de ensaios clínicos; abuso de direito.

Introdução

O direito à privacidade, muito analisado sob a ótica individual, repercute jurídica e economicamente nas pessoas jurídicas. Em ambos os casos, contudo, a privacidade (e uma de suas subespécies, o sigilo) possui larga repercussão jurídica. Trata-se, portanto, de uma garantia que, pelo valor econômico correspondente, também possui natureza patrimonial.

O direito ao sigilo da atividade intelectual da indústria farmacêutica é elemento essencial à atividade, uma vez que mediante o registro de patentes e exploração exclusiva de fármacos, permite o investimento em pesquisa.

O sigilo e a privacidade, com efeito, são pressupostos do direito à patente. Não se poderia pensar em patentes e nos benefícios que ela outorga ao seu titular, caso não estivesse assegurado o direito das corporações em protegerem seus dados. Sem a garantia ao sigilo, o mercado farmacêutico certamente existiria, mas em moldes altamente distintos, ou seja, como um novo mercado.

Esse tão necessário sigilo tem sido discutido com larga amplitude no meio científico e de pesquisa. Fala-se em abuso do direito ao sigilo. É que, atualmente, ensaios clínicos e pesquisas científicas em geral têm sido conduzidos, em parceria, pela academia (universidades) e por laboratórios. São realidades distintas e com objetivos diversos, o que realça o conflito de interesses nos estudos.

Tal realidade tem levado à publicação seletiva de ensaios clínicos, com privilégio para aqueles cujos resultados são favoráveis aos interesses econômicos das empresas farmacêuticas. Em outras palavras, os resultados positivos são publicados e os resultados negativos são omitidos com baldrame em um suposto direito ao sigilo.

O presente artigo procura investigar a legitimidade do direito de patenteamento de produtos e insumos médicos quando ponderado com o abuso do direito ao sigilo pela indústria farmacêutica, que afeta, alfm, o direito público e subjetivo à saúde e à informação.

1. As patentes de medicamentos

O direito de patente é um direito subjetivo privado, com conteúdo primordialmente patrimonial, que tem por objetivo a proteção das invenções, sejam ideias inventivas industriais ou criações do espírito humano plasmadas em soluções técnicas que se destinam a resolver problemas técnicos por intermédio de meios técnicos (MARQUES, 2008, p. 377).

Não se trata, pura e simplesmente, de uma restrição à concorrência. Afinal, é cediço que o princípio da livre concorrência não admite, em tese, a exclusividade. Não se trata, contudo, de uma incompatibilidade absoluta, mas uma restrição que visa mitigar situações monopolísticas indesejáveis na economia de mercado livre.

É exatamente esta circunstância que se choca com os princípios da livre iniciativa (FERRAZ JR, 1994, p. 499). As patentes, com efeito, não revelam danos ao mercado da livre concorrência, ao menos quando utilizada dentro dos limites legais e distante das formas de abuso vedadas pelo Direito.

Transpondo-se tais lições para o setor estudado no presente artigo, é possível sustentar que as patentes de produtos farmacêuticos constituem um direito de exclusividade para inserir no mercado ou negociar, conforme os interesses do titular, as utilidades econômicas do produto.

Em outras palavras, tal exclusividade confere ao titular da patente um monopólio legal a ser utilizado em seu favor durante o período destacado em lei. Seu titular, contudo, não pode abusar do poder econômico ou dos demais direitos protegidos pelo registro patentário, tampouco expor ao risco a saúde dos consumidores que supostamente se beneficiarão do novo composto químico.

O baldrame fundamental a justificar a presença do instituto da patente na indústria farmacêutica está na suposta necessidade de remuneração pelos investimentos direcionados na pesquisa e desenvolvimento (P&D) de novas drogas. O direito à patente estimularia as empresas a investirem recursos em P&D. E convencionou-se que a melhor forma para tal remuneração seria a instituição de do monopólio legal (CAMPILONGO, 2001, p. 162).

Com efeito, existiria apenas uma justificativa para condutas anticoncorrenciais, em especial o monopólio decorrente do direito de patentes: a eficiência. Ao lado dela só podem ser reconhecidas justificativas que expressamente sejam por lei declaradas como tais em relação ao direito antitruste. Trata-se, então, dos chamados monopólios legais (SALOMÃO FILHO, 2003, p.133).

Quanto ao mercado de medicamentos, é interessante notar que, excetos nos casos das chamadas drogas órfãs⁴⁸ ou inovadoras, o direito de patente não significa, necessariamente, uma vantagem econômica. De fato, já vai longe o tempo em que se acreditava que marcas e patentes conferiam verdadeiro monopólio no sentido econômico. A não ser nos ramos de alta tecnologia, onde a patente efetivamente gera monopólio, ao menos temporário, praticamente todos os produtos, mesmo quando substituíveis, são dotados de patentes. Produtos patenteados concorrem com outros produtos patenteados ou até sem patentes (SALOMÃO FILHO, 2003, p.133).

É possível citar alguns exemplos. Os inibidores seletivos de cicloxigenase-2 (conhecidos como coxibes) integram uma classe de drogas razoavelmente recente e, por tal razão, encontram-se protegidos pelos direitos de patente. Contudo, por possuírem resultados terapêuticos semelhantes no que diz respeito às inflamações, os coxibes de

⁴⁸ São chamados de órfãos aqueles medicamentos que não possuem similares no mercado, ou seja, drogas cujo composto químico possui efeitos terapêuticos sem paralelos para o tratamento ou cura de certas doenças. Antes do surgimento de outros antibióticos, por exemplo, a Penicilina poderia ser considerada como uma medicamento órfão para o tratamento de infecções.

diversos laboratórios farmacêuticos concorrem entre si, tais como o Celebra e o Arcoxia. E também enfrentam a concorrência dos tradicionais antiinflamatórios não-esteróides, tais como a prednisona e o deflazacort.

Diante desse quadro, reconhece-se a relevância do direito patentário para a indústria farmacêutica, especialmente tomando-se em conta que se trata de um ambiente corporativo altamente competitivo, dotado de grande relevância humana e econômica.

1. 1. As patentes de medicamentos e o sigilo

Um dos aspectos relacionados à concessão de patentes de novos medicamentos diz respeito ao direito à privacidade e ao sigilo dos quais são titulares os laboratórios farmacêuticos. Ora, o sigilo deve acompanhar a pesquisa e desenvolvimento de novas drogas até que a patente seja registrada e concedida. E, mesmo após concedida a patente, a privacidade corporativa é de imensa importância, já que uma mesma molécula pode servir-se a diversos fins terapêuticos distintos.

Com efeito, não parecem existirem muitas dúvidas acerca da legitimidade do direito subjetivo à patente no mercado de medicamentos, restando debates quanto ao seu alcance no que diz respeito aos países do terceiro mundo e em desenvolvimento. No entanto, o direito ao sigilo e à privacidade que cercam a concessão de patentes talvez guardem ainda maior relevância econômica e social.

Afinal, a divulgação de ideias inovadoras ou de temas que possam gerar riqueza resulta em riscos de apropriação por terceiros. Essa potencial apropriação inibe que o titular da ideia ou do produto original recupere mais facilmente os investimentos realizados e, portanto, reduz os incentivos à realização de tais investimento (POSNER, 2010, p. 286).

O valor econômico da privacidade na indústria farmacêutica, portanto, é imenso. Imensos também são os desafios que cercam a delimitação entre o que é constitucionalmente garantido como direito fundamental e quais condutas poder-se-iam ser consideradas como abusivas.

2. Uma breve introdução ao direito à privacidade

O direito à privacidade é um fenômeno social razoavelmente moderno. Trata-se de um direito que tem suas origens associadas ao florescimento do liberalismo, tendo encontrado reconhecimento normativo tão-somente no início do século XX.

A clássica abordagem de Warren e Brandeis (1890), publicada na *Harvard Law Review* e intitulada *The Right to Privacy* talvez não tenha inaugurado o debate, contudo deu impulso às discussões acerca da privacidade no direito norte-americano, adequadas ao momento histórico em que sopravam os ventos liberais do final do século XIX e início do século XX.

O principal avanço da obra, além de introduzir as discussões no palco estadunidense, diz respeito à aproximação da privacidade aos direitos de personalidade, distanciando-a da abordagem clássica em que a vida privada era associada à propriedade. Tinha natureza tipicamente pessoal, consagrada na expressão *right to be let alone*.

O grande avanço desse direito, hoje tomado como fundamental, ocorreu após a segunda grande guerra, por intermédio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que expressamente o previu⁴⁹. O conceito de privacidade foi ampliado, tendo abarcado o domicílio, a correspondência, a honra e a reputação; bem como sugerindo a criação de um sistema de proteção legal nos respectivos países membros.

No Brasil, a Constituição de 1988 estatui que "a casa é o asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, inciso XI) e estabelece que são invioláveis a intimidade e a vida privada (art. 5º, X)⁵⁰. Existe alguma controvérsia doutrinária acerca da cisão trazida pelo constituinte (intimidade e vida privada), de modo que a primeira representaria o universo personalíssimo do homem, as profundezas dos pensamentos e segredos de cada um, inserida em uma esfera mais ampla denominada vida privada. Ou seja, uma relação de gênero e espécie.

⁴⁹ Artigo XII: Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências e ataques

⁵⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Em Portugal, a intimidade da vida privada é resguardada por diversos dispositivos constitucionais, entre eles os artigos 26.º, 1 (A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação), 34.º e 35.º

Independente da denominação, o fato é que tutela ao direito à privacidade restou elevada a princípio constitucional, resguardando qualquer pessoa da invasão alheia em seu universo pessoal. Um conceito bastante interessante de privacidade foi aquele dado por STONE (1776), ao sugerir tratar-se do direito que cada indivíduo tem de controlar o fluxo de informações sobre si.

Com efeito, trata-se de um direito que decorre da própria evolução social calcada em princípios liberais, ou seja, consiste em um direito negativo, expresso exatamente pela não-exposição a conhecimento de terceiros de elementos particulares da esfera reservada do titular (BITTAR, 2001, p. 108).

Existem diversos exemplos que, de algum modo, poderiam enquadrar-se como violação do direito à privacidade: a ação dos *paparazzi*; câmeras de vigilância em ambientes privados; violação de correspondência ou de dados; quebra de sigilo telefônico e interceptação; dentre outras dezenas de hipóteses.

Pode-se observar, a partir da mera leitura dos exemplos acima, que a privacidade não é um direito absoluto. Sua relativização pode ocorrer em hipóteses especialmente descritas em lei (tal como a quebra do sigilo bancário ou interceptação por ordem judicial) ou quando as circunstâncias assim permitirem (câmera de vigilância acompanhando os cuidados de babá com menor de idade).

Com efeito, privacidade é um conceito complexo, que envolve ambiguidades e é carregada de significados. O doutrinador norte-americano Richard Posner destaca três esferas relevantes do direito à privacidade: o sigilo, a reclusão e a autonomia (2010, p. 273). Para o presente trabalho, importa especialmente o sigilo e a garantia de ocultação de informações, sobretudo na indústria farmacêutica.

A relevância econômica desse sigilo e o interesse público por detrás da divulgação de informações é o principal foco deste trabalho.

3. A repercussão econômica do direito à privacidade

É sabido que quaisquer direitos possuem custos. Se o Estado propõe-se a garantir direitos aos seus cidadãos, estará, simultaneamente, comprometendo-se a arcar com tais custos. Afinal, como bem destaca o clássico brocardo econômico: não há almoço grátis.

De fato,

não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a Constituição. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte dos poderes políticos. E, dentro desse ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Importa lembrar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único (WANG, 2011)

Não se pode excluir a privacidade dessa premissa. Tal direito engloba custos para que seja garantido pelo Estado. Esses dispêndios são, indiretamente, suportados por toda a população, beneficiária direta de tal garantia.

O interesse social pela privacidade não se dá exclusivamente pelo desejo de reclusão. Na verdade, o próprio direito carrega em si componentes econômicos, de tal forma que o sigilo e o controle de fluxos de informações beneficiam economicamente cada um de seus titulares, alguns mais, outros menos.

A ocultação de informações íntimas pelos titulares da privacidade resulta na sua valoração diferenciada no âmbito social. Afinal, os vícios individuais, quando explicitados, resultam num desvalor social dessas características. Senão, vejamos.

A homossexualidade, por exemplo, quando divulgada, pode induzir a tomada de decisões irracionais pelos intolerantes; um empresário, estando diante de dois candidatos a emprego, poderá optar pelo menos qualificado caso saiba da homossexualidade do outro, em uma decisão antieconômica e que desconsidera o custo de oportunidade (POSNER, 2010, p. 278).

Outro exemplo diz respeito a ex-presidiários. É natural que tentem esconder seu passado, uma vez que a divulgação dessa informação pode conduzir a decisões também irracionais. Ora, se os ex-presidiários forem bons trabalhadores (o que

é perfeitamente plausível), mas a maioria dos empresários não souber disso, aquele que souber poderá contratá-los por um salário abaixo da média, devido à escassez de oportunidades de trabalho, e obterá uma vantagem competitiva sobre os demais empresários intolerantes (POSNER, 2010, p. 278).

Ou seja, o sigilo e o controle de informações pessoais representam um benefício econômico que não pode ser ignorado; não fosse assim a sociedade não admitiria que o Estado suportasse os custos de sua manutenção.

3.1. O valor econômico da vida numa perspectiva econômica, médica e jurídica

A própria vida, sob a lente da economia, possui valor apurável. Sua manutenção demanda investimentos estatais (em saúde, segurança, educação, etc.) e o próprio viver corresponde a um bem titularizado pelo indivíduo.

Qual seria o valor da vida? Nas ciências econômicas é adotado o conceito de “vida estatística”, que se baseia na seguinte premissa: o principal objeto dos serviços médicos é a melhoria da saúde humana. Tal melhora está associada a uma mortalidade diminuída e uma quantidade menor de dias passados em situação de doença. Economicamente, interessa saber qual o valor da redução desses riscos, em termos do número de vidas salvas, não sendo possível aferir, de início, quais seriam elas. Ou seja, a vida é considerada numa perspectiva mais abrangente, buscando-se a diminuição de vidas perdidas no contexto de toda uma população (BARROS, 2009, p. 53).

Tal aproximação econômica causa algum desconforto nos operadores do Direito. E, não somente nos juristas, mas provavelmente naqueles que atuam nas ciências da saúde. É que a vida é um bem indisponível e, sob tal ótica, de valor imensurável.

Nas ciências da saúde, a lógica não é muito diferente. Se há risco de morte, esgotam-se os recursos tecnológicos disponíveis em busca da cura, desde que durante esse caminho seja preservada a dignidade da pessoa humana. E tal se faz mediante as metodologias da saúde baseada em evidências; ou seja, o direito à saúde é garantido mediante o tratamento garantido pela melhor evidência científica disponível.

Contudo, Medicina, Direito e Economia podem e devem entrelaçar-se na medida de suas peculiaridades. Se para o Direito e a Medicina a vida deve ser preservada, uma

vez que se trata de um bem indisponível, isso não significa que não possa ser avaliada ou mesmo relativizada em favor do bem estar do indivíduo.

No Direito, por exemplo, os casos de homicídio doloso, após a condenação penal, geram um título executivo de natureza civil (a chamada ação civil *ex delicto*), assim previsto no artigo 63 do Código Penal brasileiro: “art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.

Do mesmo modo, o Dano de Morte é integralmente reconhecido pelo Código Civil português e pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Apesar de indisponível, o valor da vida é aferível economicamente e, justamente por isso, é reconhecido pelo Direito. Ou seja, o direito reconhece a possibilidade de atribuição de valor econômico à vida.

Na medicina não é muito diferente. Ainda que o direito não tome conhecimento (ao menos no Brasil) de práticas tais como a eutanásia, é cediço que a ética médica pode (e deve) abordar tal ponderação entre o direito de estar vivo e o direito de não sofrer desnecessariamente.

O direito fundamental à disposição do próprio corpo é apenas parcialmente reconhecido no Brasil (no caso dos transplantes intervivos, por exemplo); o conceito de boa morte, que se descortina desde a Idade Média, tinha por missão ministrar ao doente cuidados meramente paliativos e conforto moral, apoiando-se na qualidade de vida como fator especificamente humano em oposição à vida meramente biológica e desprovida de qualidade (NETO, 2004, p. 781).

Medicina e Direito, portanto, andam juntos enquanto ciências que reconhecem a vida como elemento basilar de seu objeto; contudo admitem sua relativização em favor da dignidade humana e reconhecem, assim como a economia, o potencial econômico de se estar vivo.

A dignidade do homem (ou da pessoa humana) é um pilar ético comum que alça marcante relevância, uma vez que mais que garantir a vida, devem medicina e direito garantir que tal vida seja permeada pela dignidade.

O direito, contudo, não faz uma opção tão abstrata. O direito público, de fato, lança os olhos ao coletivo e ao bem comum; contudo a Constituição garante a todo e qualquer indivíduo o direito à saúde e à vida.

Cada um dos direitos sociais possuem, com efeito, uma dupla valoração econômica. Aquela correspondente ao custo que o Estado suporta para garantir os direitos e os benefícios que seus titulares podem abstrair dessas garantias constitucionais, com seu uso adequado e racional.

4. O direito à privacidade no âmbito corporativo: o sigilo

90

No ambiente corporativo, o sigilo e o direito à privacidade ganham tons ainda mais fortes. Afinal, a divulgação de ideias inovadoras ou de temas que possam gerar riqueza resulta em riscos de apropriação por terceiros. Essa apropriação inibe que o titular da ideia ou do produto original recupere mais facilmente os investimentos realizados e, portanto, reduz os incentivos à realização de tais investimentos (POSNER, 2010, p. 286).

Posner destaca a criação de um direito de propriedade sobre a informação, representado por normas de direito autoral e de patentes. Ou seja, a informação passa a ser representada como propriedade e é aferível financeiramente. O direito de sigilo é a contrapartida natural: o produtor utiliza da informação, mas não a divulga até ter a chance de lucrar com ela (2010, p. 286-287). Ou, em alguns casos, não a divulga como meio de evitar prejuízos.

O objetivo da proteção aos direitos do autor e das patentes é preservar a atividade inventiva e incentivar a manutenção dos investimentos privados, de forma que possa ser garantido o respectivo retorno e lucro. A inexistência de patentes, por exemplo, poderá redundar na retração marcante de investimentos na indústria farmacêutica, uma vez que aqueles que nada investiram ou criaram seriam mais competitivos do que os investidores.

No Brasil, a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, regulamenta os direitos autorais, enquanto a Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, cuida dos direitos da propriedade industrial (patentes).

É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Ainda, são patenteáveis como modelo de utilidade os objetos de uso prático, ou parte destes, suscetível de aplicação industrial, que apresentem nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Há que se diferenciar, contudo, o direito de sigilo decorrente de investimentos e aquele que se presta meramente a prejudicar a sociedade (fraudulento). O primeiro deve ser garantido pelo Estado, uma vez que, desde que razoavelmente dimensionado, traz vantagens recíprocas à sociedade e ao empresário. O segundo é uma mera representação de direito; uma vez que o manto do direito não encobre situações cujos desfechos resultam em vantagens ilícitas.

O tema ganha maior relevo quando as indústrias farmacêuticas são titulares do direito de privacidade e de sigilo. Afinal sua atuação está intimamente ligada ao direito à saúde, gerando marcante inquietação quanto à possível ponderação de valores contrapostos: de um lado a privacidade e do outro o direito de informação e saúde pública.

Além da proteção constitucional bilateral, tanto a privacidade das indústrias farmacêuticas quanto a saúde pública possuem valor econômico. Com efeito, a respectiva tomada de decisões deverá ser conduzida de forma a preservar a racionalidade econômica modulada pela ponderação de princípios conduzida no âmbito do direito.

O direito à privacidade e ao sigilo das informações, portanto resguarda o investimento e a atividade intelectual e industrial nas pesquisas com fármacos, sendo um pilar essencial no equilíbrio setorial.

Seu valor econômico, portanto, é imenso, uma vez que a existência do próprio setor farmacêutico nos moldes atuais deve-se à proteção garantida pelo direito ao sigilo e pela propriedade industrial.

A realidade do setor é consequência dessas garantias e, portanto, seu valor econômico corresponde, a grosso modo, ao próprio mercado farmacêutico mundial de varejo, que auditado pela *Intercontinental Medical Statistics* (IMSHealth), somado a uma estimativa do mercado não-auditado, foi de US\$ 550 bilhões, em 2004 (CAPANEMA, 2006). Em 2011 o valor estimado desse mercado será de US\$ 880 bilhões.⁵¹

⁵¹ Dados da IMS Health. Disponível em <http://www.imshealth.com/portal/site/imshealth/menuitem.a46c6d4df3db4b3d88f611019418c22a/?vgnextoid=119717f27128b210VgnVCM100000ed152ca2RCRD&cpsextcurrchannel=1> Acesso em 13 de dezembro de 2011

5. A publicação seletiva de ensaios clínicos e o direito de privacidade e sigilo da indústria farmacêutica

O presente ensaio já tratou do direito de privacidade e de sua repercussão econômica no ambiente corporativo. A pesquisa e o investimento são protegidos pelo sigilo, o que eleva tal direito a uma categoria economicamente diferenciada.

No entanto, na indústria farmacêutica o sigilo tem causado grande controvérsia, uma vez que há uma evidente contraposição entre tal garantia e o interesse público envolvido em todas as questões atinentes à saúde.

Tem chamado a atenção a proximidade entre a indústria e a academia, sendo certo que grande parte dos ensaios clínicos publicados e não publicados são financiados pelas farmacêuticas.

Há, entretanto, um evidente embate entre interesses distintos. O progresso científico se dá com base na livre avaliação e na publicação de resultados encontrados, permitindo à academia a discussão e difusão dos conhecimentos encontrados. Ao contrário, pelos motivos já delineados, a indústria busca no segredo e na proteção das informações um instrumento de competitividade e de maximização de lucros.

Enquanto atuantes como sistemas estanques, não há qualquer fundamento jurídico ou mesmo ético que se oponha à disseminação do conhecimento pelos cientistas e pela busca do lucro pelas empresas. Contudo, a aproximação recíproca viola tanto o Direito, quanto a ética.

Exemplos são fartos. Os ensaios clínicos envolvendo os inibidores seletivos da recaptção da serotonina (ISRS ou SSRI), destinados ao tratamento de depressão, sugerem efeitos apenas moderados em crianças. No entanto, a publicação seletiva de ensaios redundou na descrição de resultados excessivamente favoráveis à nova droga. Ao mesmo tempo, outros estudos - com resultados negativos - nunca foram publicados, ainda que em posse do FDA (*Food and Drug Administration*), a agência reguladora norte-americana responsável pela aprovação de novas drogas (JUREIDINI et al. *apud* LURIE e ZIEVE, 2004).

Os estudos omitidos foram financiados pela indústria e não foram capazes de demonstrar a eficácia da droga (MEIER *apud* LURIE e ZIEVE, 2004). Sua publicação ou disponibilização pública poderia alterar a percepção social dos riscos e do custo-benefício relacionados à administração dos ISRS (WHITTINGTON *apud* LURIE e ZIEVE, 2004), especialmente o incremento de intenções suicidas em crianças e adolescentes⁵² (LURIE e ZIEVE, 2004).

Outro caso que chama a atenção é o da droga celcoxib, um antiinflamatório não-esteróide inibidor da COX-2 (coxibe). Os dados originalmente apresentados indicavam que sua administração, após seis meses, estava associada a uma redução na incidência de úlceras gastrointestinais quanto em comparação com outras drogas similares.

Todavia, os autores do estudo não divulgaram que, ao tempo da publicação, já possuíam os dados referentes aos doze meses de estudos originalmente previstos e que, após tal período, não era possível identificar qualquer distinção estatisticamente válida entre a intervenção (celecoxib) e o grupo controle. Foi o suficiente para que o medicamento alcançasse elevados níveis de venda (LURIE e ZIEVE, 2004).

O também anti-inflamatório valdecoxib (Bextra) também foi introduzido no mercado cercado por controvérsias éticas e jurídicas. O FDA aprovou a droga para três finalidades (cólicas menstruais, artrite reumatóide e osteoartrite), mas rejeitou sua aplicação para dor aguda, publicando os dados em seu sítio da internet. Ato contínuo, a Pfizer, titular da patente do medicamento, apresentou um pedido administrativo à agência para que retirasse da internet a informação acerca das restrições de uso do valdecoxib para dores agudas. O FDA deu provimento ao pedido e retirou as informações do ar, voltando a postá-las alguns meses mais tarde, com uma nova redação (LURIE e ZIEVE, 2004).

Nesse intervalo, um artigo financiado pela Pfizer foi publicado no *Journal of the American Dental Association* (JADA), recomendando o uso da droga para dor aguda (DANIELS et al. *apud* LURIE e ZIEVE, 2004). As conclusões do estudo foram objeto de divulgação corporativa da empresa, que em nenhum momento mencionou

⁵² Disponível em Food & Drug Admin., Patient Information Sheet: Celecoxib (Apr. 7, 2005), <http://www.fda.gov/cder/drug/infopage/celebrex/Celebrex-ptsk.pdf>.

tratar-se de um uso *off label*, dada a rejeição da nova droga pelo FDA para o tratamento de dor aguda.

O silêncio do FDA no período permitiu o uso da droga, durante um longo período, com fundamento em um estudo enviesado. A conduta questionável da empresa farmacêutica e de seus cientistas se deu com suposto fundamento em um direito de privacidade que, aparentemente, garantiria tal opção econômica. De fato, após a publicação do estudo, as vendas do valdecoxib aumentaram em cerca de sessenta por cento (LURIE e ZIEVE, 2004).

Diante do quadro, entidades da sociedade civil requereram ao FDA as informações acerca do medicamento, nas quais se identificou que o uso do valdecoxib aumentava o risco de sérios eventos tromboembólicos em pacientes submetidos a revascularização cirúrgica. Riscos similares foram associados à administração de outros inibidores da COX-2, como o rofecoxib e o celcoxib. A partir desses achados, o rofecoxib e o valdecoxib foram retirados do mercado norte-americano.

A Pfizer concordou em pagar 2,3 bilhões de dólares ao Departamento de Justiça pela recomendação de uso *off label* do valdecoxib e seu executivo de vendas, Thomas Farina, foi condenado a prisão domiciliar e monitoramento eletrônico por seis meses, permanecendo em liberdade condicional por três anos (EDWARDS, 2009).

Na União Européia, a *European Medicines Agency* (EMA) suspendeu as vendas de rofecoxib e do valdecoxib. No Brasil, a ANVISA determinou a suspensão das vendas do rofecoxib e restringiu a utilização do valdecoxib ao ambiente hospitalar.

São casos que exemplificam a utilização do sigilo como instrumento econômico e como direito. Demonstram a habilidade das empresas farmacêuticas em manter em segredo dados relevantes a profissionais da saúde e pacientes, que se divulgados poderiam prejudicar os interesses de acionistas e da própria companhia.

5.1. Publicação seletiva de ensaios clínicos: o abuso do sigilo

Já abordamos, anteriormente, que o direito à privacidade possui um componente econômico tanto individualmente quanto no meio corporativo. A indústria farmacêutica (assim como qualquer indústria global) está protegida pelo direito ao sigilo. A partir dele,

protege-se a inventividade e o investimento, que será recuperado pelo período de vigência da patente.

As patentes e o sigilo são garantias indelévels à atividade intelectual-industrial, de modo que não se questiona o direito fundamental do explorador da atividade econômica em proteger sua atividade de competidores que, tendo a oportunidade, se apropriarão de inovações e tecnologias que, de algum modo, possam lhe ser úteis.

Contudo, conforme já ressaltado, a questão torna-se mais controversa quando aplicada à indústria farmacêutica. Afinal, sua atividade está ligada à razão existencial do próprio ordenamento jurídico (e do direito): garantir a vida, a dignidade e a saúde de um povo.

Diante desse quadro, uma pergunta ganha força: O direito ao sigilo e à privacidade asseguraria à indústria farmacêutica o direito de publicar seletivamente seus ensaios clínicos? Ou, em outras palavras, poderiam os laboratórios omitir dados relevantes ao interesse público para favorecer sua posição de mercado?

A publicação seletiva de ensaios clínicos (ou viés de publicação) é um fator relevante na fiabilidade das evidências disponíveis. Trata-se de uma prática comum (DICKERSIN, 1997), que em regra refere-se à não publicação (ou a publicação parcial) de ensaios clínicos ou outros estudos cujos desfechos não atendam aos interesses econômicos ou políticos do financiador ou do próprio pesquisador.

Um estudo publicado em 2008 pelo *New England Journal of Medicine* abordou a publicação seletiva de doze anti-depressivos aprovados pelo FDA entre 1987 e 2004: bupropiona SR, citalopram, duloxetina, escitalopram, fluoxetina, miratazapina, nefazodona, paroxetina, paroxetina CR, sertralina, venlafaxina e venlafaxina XR (H. TURNER et al., 2008).

O FDA registrou 74 ensaios clínicos acerca de tais drogas, tendo identificado 38 (51%) com resultados positivos, 24 negativos e 12 questionáveis. Dos ensaios com resultados positivos, apenas um deles não foi publicado. Entre os ensaios com resultados considerados negativos ou questionáveis, 3 reconheceram os resultados negativos, 22 não foram publicados e 11 foram publicados como sendo, na opinião dos pesquisadores, positivos (9 artigos omitiram a existência de resultados não significativos relativamente ao desfecho primário e 2 subordinaram-se a resultados positivos em desfechos secundários) (H. TURNER et al., 2008).

Assim, os resultados positivos tinham uma chance 12 vezes maior de serem publicados. Dos 51 estudos publicados 48 (94%) reportaram resultados positivos, enquanto que, na opinião do FDA, apenas 38 dos 74 ensaios clínicos realmente tiveram resultados positivos (H. TURNER et al., 2008).

Conforme se observa, o viés de publicação não se revela em um problema tão-somente médico, mas também dotado de uma repercussão marcadamente ética. E, mais que ético, é um problema moral, de interesse público e, portanto, também jurídico.

O grande dilema jurídico que se coloca diante do quadro apresentado refere-se à inevitável ponderação que deve permear o debate: de um lado o direito à privacidade e ao sigilo e de outro o interesse coletivo e público à informação sanitária.

Já foi dito neste artigo que o direito ao sigilo e sua proteção legal e constitucional é base econômica das indústrias farmacêuticas. Contudo, é importante retratar que o uso abusivo do direito configura-se em ilícito.

De fato, o abuso de direito está expressamente previsto no Código Civil brasileiro, que em seu artigo 187 destaca que "[...] *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*".

Em Portugal, o abuso de direito está previsto no artigo 334.^o do Código Civil, que estabelecer ser “[...] *ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”.

Conforme se vê, tais limites são estabelecidos em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, os bons costumes e a função social e econômica dos direitos. Com efeito, o direito ao sigilo poderá ser invocado desde que suas justificativas teleológicas (ou históricas) estejam presentes no caso concreto.

Por exemplo, o desenvolvimento de uma nova molécula pela indústria farmacêutica é plenamente protegido pelo sigilo, mesmo previamente ao registro da patente. Não poderia o Estado, ainda que sob o argumento do interesse público, requisitar ou divulgar tais informações, senão em casos especialíssimos e imperativos ao interesse do país. De fato, o direito ao sigilo e à privacidade são economicamente justificados.

Contudo, a publicação seletiva de estudos não parece estar sob o albergue do interesse e da atividade econômica empresarial que justificam o direito ao sigilo, uma vez

que fármacos cujos desfechos não sejam compatíveis com o direito à saúde não poderão – ao menos em tese – serem comercializados, senão mediante fraude.

5.2. *Dos instrumentos jurídicos aptos a inibir a omissão de informações relevantes*

Recorde-se que incumbe ao Estado a garantia do direito à saúde (art. 196 da Constituição brasileira e 64.º da Constituição portuguesa) e, nesse sentido, fiscalizar e exigir de terceiros ações que, direta ou indiretamente, possam contribuir no processo de atendimento a esse direito.

Em outras palavras, a todos os atores sociais setoriais incumbe o poder-dever público de atender ao mandamento constitucional direcionado ao Estado. O desvirtuamento desse dever público autoriza a atuação estatal, punitiva ou regulamentadora, no sentido de garantir o interesse público realçado pelos artigos 196 e seguintes da Constituição brasileira.

Com efeito, é dever do Estado a garantia da saúde. O direito ao sigilo da indústria farmacêutica não a permite publicar seletivamente seus ensaios clínicos e desfechos, convertendo-se em abuso de direito que demanda reprimenda estatal.

Por se tratar de um direito fundamental do cidadão, o Estado tem o dever de acesso à informação farmacêutica. Enquanto obrigado a garantir ao cidadão a saúde, o Estado é consumidor perante os laboratórios farmacêuticos e, nesse sentido, tem o direito de exigir a plena informação, bem como o dever de disponibilizá-la à nação.

Com efeito, o acesso aos ensaios clínicos, publicados ou não, é de interesse público. Não se trata de mera faculdade do Estado, mas de verdadeiro poder-dever estatal. A indústria tem o dever de disponibilizar ao agente estatal todas as informações acerca de estudos conduzidos no país ou fora dele (*disclosure*), de modo a garantir que a administração e a distribuição de qualquer fármaco em território nacional seja cercada de segurança acerca de seus reais efeitos.

Logo se vê, portanto, que a publicação seletiva de ensaios clínicos é incompatível com ética médica e, conforme demonstramos, com o direito brasileiro e português. Omitir-se na publicação (ou divulgação) desses estudos revela abusividade do direito ao sigilo e, portanto, autoriza/exige a atuação estatal regulamentar ou punitiva.

5.3. Do registro de ensaios clínicos como instrumento de controle

Um dos instrumentos para assegurar a publicidade e garantir o direito da população (e do Estado) às informações contidas em estudos não publicados é o registro de ensaios clínicos junto às agências estatais de controle (no Brasil, a Anvisa).

Trata-se de um imperativo ético e científico exigido pelo International Committee of Medical Journal Editors (ICMJE), pela International Clinical Trials Registry Platform (ICTRP), da Organização Mundial da Saúde e pela Declaração de Helsinki (reformulada), da Associação Médica Mundial (DULEY, L., THAYAN, P, 2008).

De fato, os registros ampliariam a base de informações pública acerca de ensaios clínicos e outros estudos conduzidos pela comunidade científica e pela indústria farmacêutica.

Contudo, nos parece que a transparência corporativa das indústrias farmacêuticas deva ir muito além do mero registro de estudos. Os registros de ensaios clínicos, de fato, devem ser vistos apenas como um dos componentes de um sistema público de difusão de informações relevantes acerca de todo e qualquer estudo químico-farmacêutico conduzido. Alguns autores sugerem a criação de um registro internacional, desde que abrangente, que permitiria, no mínimo, identificar os ensaios não publicados (DULEY, L., THAYAN, P, 2008).

Sob a ótica constitucional e infraconstitucional (aqui tomando em conta o direito do consumidor à plena informação), o registro de ensaios clínicos, mesmo que internacional, não basta ao adimplemento da garantia constitucional à saúde.

Não se pode, por certo, determinar a publicação de estudos, mesmo porque o princípio da legalidade isentaria acadêmicos dessa ordem pouco compatível com o Estado Democrático de Direito.

No entanto, nos parece integralmente coberto pela ordem constitucional brasileira e portuguesa a disponibilização de todos os estudos, publicados ou não, concluídos ou não, à autoridade estatal responsável pela regulação e controle do setor, a quem incumbe sua utilização compatível com o interesse público.

Não se nega que os interesses econômicos da iniciativa privada encontram respaldo constitucional e devem ser garantidos pelo Estado. O direito à privacidade e ao sigilo é parte dessa rede de proteção. Contudo, no que concerne às pesquisas clínicas e à publicação seletiva de ensaios, parece claro que a privacidade não socorre aos laboratórios farmacêuticos.

O direito à privacidade e ao sigilo busca a proteção da técnica e da atividade intelectual inventiva, mas tem sido utilizado com o fito de ludibriar a população e o Estado. Procura-se mascarar a realidade científica, de modo a torná-la mais favorável ao interesse corporativo e, falsamente, mais segura ou eficaz do que realmente é.

A omissão na disponibilização da informação revela-se em abuso de direito, que deve ser coibido pelo Estado. Como consequência, a ele assiste o poder-dever de exigir da indústria farmacêutica o acesso pleno a todo e qualquer estudo, de modo a garantir o direito à saúde conforme regulamentado e garantido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Conclusão

A indústria farmacêutica possui direito ao sigilo e à proteção de sua privacidade, sem os quais o exercício do direito subjetivo às patentes seria inevitável. Afinal, vigora o modelo first to file (primeiro a pedir) e não o sistema first to invent (primeiro a inventar), o que significa que a patente será conferida àquele que primeiro apresentar o pedido junto ao órgão de propriedade industrial.

No entanto, o abuso desse direito tem induzido a uma contraposição entre tal garantia e o interesse público envolvido em todas as questões atinentes à saúde.

Laboratórios e academia vêm se aproximando, sendo certo que grande parte dos ensaios clínicos publicados e não publicados são financiados pelas farmacêuticas. Há, nessa conduta, um evidente embate entre interesses distintos. O progresso científico se dá com base na livre avaliação e na publicação de resultados encontrados, permitindo à academia a discussão e difusão dos conhecimentos encontrados. Ao contrário, pelos motivos já delineados, a indústria busca no segredo e na proteção das informações um instrumento de competitividade e de maximização de lucros.

Isso tem redundado no abuso do direito de sigilo. A indústria tem se utilizado do sigilo para omitir informações dos órgãos de controle dos Estados e dos consumidores em geral, muitas vezes colocando a população em risco.

Essa conduta fere a ética e não encontra guarida no direito ao sigilo, uma vez que o objetivo é fraudar a realidade em busca do lucro. Trata-se, portanto, de abuso de direito ao sigilo e subversão dos objetivos da concessão de patentes.

O interesse público na área sanitária demanda que as informações mantidas em segredo sejam plenamente disponibilizadas ao Estado, que orientará as políticas públicas em saúde de acordo com tais dados. O sigilo da indústria farmacêutica, quando redundante na publicação seletiva de ensaios clínicos e desfechos, é abuso de direito e demanda reprimenda estatal.

Além de um direito do cidadão, é dever do Estado o acesso à informação farmacêutica. Enquanto obrigado a garantir ao cidadão a saúde, o Estado tem o dever de exigir a plena informação.

Assim, o direito ao sigilo da indústria farmacêutica deve ser modulado pelo interesse público que reveste as políticas sanitárias. Esse sigilo se volta contra os competidores, especialmente tendo-se em mente o sistema patentário first to file vigente no Brasil. Contudo, não pode ser invocado em face de autoridades estatais, a quem incumbe o dever de garantir a saúde da população. Finalmente, não respalda a publicação seletiva de ensaios clínicos, conduta potencialmente classificável como abuso de direito.

Referências

BITTAR, C.A. **Os direitos da personalidade**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

BRASIL. Advocacia-geral da União. **Parecer 210/PGF/AE/2009**

BRASIL. Advocacia-geral da União. **Parecer 337/PGF/AE/2010**

CAMPILONGO, C.F. Política de Patentes e o Direito da Concorrência. In: PICARELLI, M.F.S e ARANHA, M.I. (Organizadores). **Política de Patentes em Saúde Humana**. São Paulo: Atlas, 2001.

CAPANEMA, L.X.L. A indústria farmacêutica brasileira e a atuação do BNDES. In: **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 193-216, mar. 2006. Disponível em

http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set2306.pdf Acesso em 17 de setembro de 2011

DICKERSIN K. How important is publication bias? A synthesis of available data. In: **AIDS Education and Prevention**: Official Publication of the International Society for AIDS Education [1997, 9(1 Suppl):15-21]

DULEY, L., THARYAN, P. O registro de ensaios clínicos como garantia do uso das evidências científicas nas decisões sobre cuidados em saúde. In: **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 24(12):2732-2733, 2008.

EDWARDS, J. 10 Amazing Facts About Pfizer's \$2.3B Bextra Settlement. In: **CBS Money Watch**, 2 de setembro de 2009. Disponível em <http://www.bnet.com/blog/drug-business/10-amazing-facts-about-pfizer-8217s-23b-bextra-settlement/2762>, acesso em 10 de agosto de 2011

FERRAZ Jr., T.S. Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência In: **Estudos em Homenagem a Irineu Strenger**. Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas. São Paulo: LTr, 1994.

LURIE, P., ZIEVE, A. Sometimes the silence can be like thunder: access to pharmaceutical data at the FDA. In: **Law and Contemporary Problems**, Vol. 69:85, 2004. Disponível em [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?69+Law+&+Contemp.+Probs.+85+Probs.+85+\(summer+2006\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?69+Law+&+Contemp.+Probs.+85+Probs.+85+(summer+2006)) Acesso em 12 de agosto de 2011

MARQUES, J.P.R. **Medicamentos versus patentes**. Coimbra: Coimbra, 2008

MOURA, H.F. Patentes de medicamentos e a discussão a respeito da interpretação do art. 229-C da Lei 9.279/9. In: **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 53, p. 80-87, abr./jun. 2011

NETO, L. (2004), **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo** (A relevância da vontade na configuração do seu regime). Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 781.

POSNER, R.A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial: As Condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, R.C.S. **Medicamentos excepcionais no âmbito da assistência farmacêutica no Brasil**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública. 2000. Disponível em http://portaldesicict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=0006205&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 18 de outubro de 2011

STONE, G.R. **The scope of the fourth amendment**: Privacy and the Police use of spies, secret agents and informers. In: *Am. Bar Found. Research J.* 1193-1207, 1976.

TURNER, H. et al. Selective Publication of Antidepressant Trials and Its Influence on Apparent Efficacy. In: **New England Journal of Medicine** 2008;358:252-6

WANG, D.W. L. (2008) Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: **Rev. direito GV**, São Paulo , v. 4, n. 2, Dec. 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 25 de março de 2011.

WARREN; BRANDEIS. The Right to Privacy. In: **Harvard Law Review**, Vol IV, Dezembro 15, 1890, No. 5. Disponível em http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html Acesso em 03 de março de 2011.

PAPEL ALEGÓRICO DO RÉU NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA INQUISITORIALIDADE DO JUDICIÁRIO A PARTIR DO DOCUMENTÁRIO JUSTIÇA

Eduardo Xavier Lemos

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB); especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); professor do curso de Direito do Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; advogado, pesquisador e membro da Comissão de Justiça e Paz de Brasília.

103

Resumo

Este artigo tem por perspectiva o documentário “Justiça” de Maria Augusta Ramos, que traça um panorama geral do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Trata do cotidiano do judiciário brasileiro sem realizar opiniões, acompanhando a rotina dos réus e de suas famílias ao longo do processo penal, filmando as audiências de instrução e julgamento, a prisão dos envolvidos e das autoridades públicas nesses processos.

O estudo atenta-se aos três principais momentos processuais do rito processual à época, quando o interrogatório do réu era o primeiro ato procesual (depois da alteração efetivada pela Lei nº 11.719, de 2008, o interrogatório passou a ser o último ato processual), a oitiva das testemunhas e a leitura da sentença criminal. Retiram-se fielmente trechos do documentário com o fim de demonstrar a oratória realizada pelos protagonistas. Conjuntamente com a análise antropológica, se realiza a articulação dos fatos acontecidos no documentário com a doutrina escolhida para o artigo.

O intuito do presente trabalho é de efetivar uma análise interdisciplinar partindo da criminologia crítica, da antropologia e da sociologia jurídica, e portanto, analisando os discursos, símbolos e rituais do judiciários fielmente representados pelo documentário.

O resultado obtido é de que os protagonistas do processo penal brasileiro são os especialistas do direito, em especial os juízes, que articulam e conduzem o processo e são quem detém o espaço de fala, negligenciado as pessoas que estão com a liberdade em disputa.

Palavras-chave: Criminologia Crítica. Antropologia do Direito. Sociologia Jurídica. Processo Penal. Teoria do Direito.

Keywords: Critical Criminology, Criminal Procedure Law Anthropology, Law Sociology, Lay Theory.

Introdução

O presente trabalho tem por perspectiva a análise do documentário “Justiça” de Maria Augusta Ramos, realizado em 2004 e que tem por objetivo traçar um panorama do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Tal documentário trata do cotidiano da Justiça brasileira sem realizar julgamentos, opiniões, acompanhando a rotina de réus e suas famílias a partir de seu envolvimento com processos penais, filmando as audiências de instrução e julgamento, da prisão dos envolvidos antes da sentença de julgamento, também trazendo a imagem do juiz, promotor e defensor público nesses processos.

Os dois casos analisados neste trabalho são dos réus, Carlos Eduardo acusado pelo crime de receptação, artigo 180 do Código Penal⁵³ e o do acusado Alan Vagner, de 18 anos, processado pela Lei de Drogas enquadrado como traficante.

É importante referenciar o foco do presente trabalho não é em uma discussão dos aspectos dogmáticos jurídicos, mas sim do procedimento de julgamento e suas repercussões, relevância para o debate qual seria o correto artigo e inciso a serem aplicados para o caso do réu.

O foco será realizado em três principais momentos processuais que são filmados pelo documentário, qual seja, o interrogatório do réu, a oitiva das testemunhas e por fim a leitura da sentença criminal.

Os processos acompanhados ainda regiam-se pelo rito processual criminal anterior a alteração da ordem processual feita pela Lei nº 11.719, de 2008, que estabelecia o interrogatório do acusado ao início do processo.

Ressalte-se porém, que o presente trabalho procura demonstrar a postura autoritária de uma audiência criminal, o elevado teor de inquisitorialidade que permuta o processo criminal brasileiro e o pouco espaço dado para a defesa e o acusado, o que mesmo com as relevantes alterações feitas pela referida lei, ainda persistem nos dias de hoje.

⁵³ Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Ademais, como explicitado a abordagem é multidisciplinar, em especial antropológica, sociológica e criminológica, onde os símbolos, os rituais, a linguagem e os discursos são tão ou mais importantes que as pontuações normativas.

No caso de Carlos Eduardo, ainda, o documentário traz as reuniões do réu com a Defensora Pública, que é de grande valia para exemplificarmos algumas discussões que são trazidas pela Antropologia do Direito.

Os trechos de audiências e reuniões foram fidedignamente retirados do documentário visando demonstrar empiricamente alguns debates realizados por autores trabalhados ao longo do curso.

1. O INQUISITORIAL PROCESSO PENAL BRASILEIRO

É necessário situar o contexto em que serão apresentados os casos, enfatizando o procedimento processual que impera no Brasil. Tentando estranhar o discurso dogmático, procurando uma leitura interdisciplinar avulsa a dogmática positivista, procurar-se-á explicitar a percepção a partir de dois casos apresentados, mas que são comportamentos comuns nas varas criminais brasileiras⁵⁴.

O processo criminal brasileiro, ao menos em sua teoria, tem início com a denúncia apresentada pelo Ministério Público ao juiz e, a partir do recebimento da denúncia, se reconhece a existência de um processo criminal.

No entanto, como bem elucida Roberto Kant de Lima, o cotidiano da justiça brasileira apresenta-se de forma distinta. Anteriormente ao que se chama de denúncia, existe o inquérito policial, objeto de estudo minucioso do presente autor, pois é um procedimento judicial considerado “administrativo”, e, portanto, não chamado ainda de processo.

1.1 *O inquérito policial / a fase pré-processual*

O inquérito policial tem início quando ocorre um suposto fato delituoso em que a autoridade policial abre tal procedimento “administrativo” para averiguar as circunstâncias do fato, bem como apontar os autores do suposto crime.

⁵⁴ Menciono como ordinário, pois ainda existem os chamados ritos especiais, seja o Juizado Especial Criminal e ou Tribunal do Júri, ambos com audiências distintas.

Ocorre, pois, que apesar deste não ser considerado um processo criminal ainda - inclusive doutrinariamente, seja por transcorrer inquisitorialmente, sem a chance de manifestação do contraditório (aqui entendida como participação dos advogados), além da mediação do juiz -, é onde a maioria dos fatos que compõe o processo penal é colhida.

Nesse procedimento cartorial e de fé pública, com depoimentos e conclusões (chamado de relatório parcial ou final) feitas por policiais e conduzidos pelo Delegado, é que estão as bases que fundamentarão a denúncia feita pelo Ministério Público e que dará oficialmente início ao processo penal.

Não obstante, ele não é apartado dos autos do processo, e como iremos demonstrar nos casos do documentário, suas provas servem de fundamento para a condução da instrução criminal e tem grande peso na decisão do juiz. Nesse sentido Roberto Kant de Lima:

No Brasil, aparentemente os conflitos com suposta relevância penal devem passar preliminarmente pelo crivo dos funcionários do Executivo – a Polícia Civil ou Judiciária – sob a forma de um inquérito escrito e sigiloso, cujo conhecimento se reserva às autoridades competentes, que deverão então decidir se tornam, ou não, as acusações públicas para os acusados que, de indiciados no inquérito, se tornam réus de uma ação criminal obrigatória quando denunciados pelo promotor de justiça (LIMA, 2009, p. 36).

Por esse crivo, autoritário e com fortes resquícios da inquisição medieval, são subordinados os cidadãos, que na certeza aqui não mais são considerados como pessoas comuns da sociedade, são na prática, tratados como se fossem violadores do pacto social, independente de terem ou não cometido um crime.

A fase pré-processual brasileira, rege-se pela busca da verdade do rei (verdade real) como bem cita as palavras de um delegado de polícia, trata-se de “um procedimento do Estado contra tudo e contra todos para a apurar a verdade dos fatos” (LIMA; AMORIM; BURGOS, 1995, p. 22). Ocorrendo, invariavelmente durante o procedimento, diversas espécies de violência, seja física ou verbal, como também demonstra o documentário, em especial no caso de Alan Vagner Costa Batista, conforme trecho do interrogatório do acusado:

Nesse instante o juiz começa a reduzir a termo: Que o declarante havia ido à favela visitar a irmã e estava soltando pipa quando foi preso. Que não trazia drogas ou armas e estava só. Que os policiais prenderam o declarante, que o levaram para um beco e agrediram o declarante.

Juiz - Foram socos e pontapés? Socos? Como é que foi isso?

Alan Vagner - Foi. Um policial grandão deu chute e tapa na cara e no pescoço.

A práxis do inquérito policial é de violências sucessivas, mas cabe ressaltar, que conforme demonstram os autores, Kant de Lima, Maria Stella Amorim e Marcelo Burgos, ela se dá em maior ou menor grau conforme aspectos como a gravidade do suposto crime, bem como da posição social do acusado (*idem*), no presente caso, uma condição social desfavorável, vez que de baixa instrução, residente em Favela e sem condições de pagar um advogado, sendo defendido então pelo Defensor Público.

1.2 A denúncia

Após a conclusão do inquérito policial, expresso no relatório final do Delegado de Polícia, onde este, a partir dos fatos colhidos pelo método inquisitorial, sem ampla defesa, subsume a conduta penal que o ainda indiciado (ainda não denominado réu) supostamente cometeu, remete-se o inquérito para o Ministério Público, que destas provas realiza a denúncia do acusado, dando início ao processo penal propriamente dito⁵⁵.

Ressalte-se que tal relatório policial já é um primeiro aval condenatório, pois a fé pública do delegado, que detém ilimitados poderes para redigi-lo, o faz como uma breve sentença, onde narra todos os fatos e provas que fundamentam do porque tal cidadão merecer ser processado pelo Estado, ou até mesmo propõe o arquivamento do feito, quando não detecta crime ou conexão do autor com os fatos.

Desse procedimento, o Ministério Público realiza uma filtragem e efetiva a denúncia, ato formal que dá início ao processo penal brasileiro, denominando o

⁵⁵ KANT DE LIMA, R.; AMORIM, Maria Stella; BURGOS, Marcelo Baumann. Op. Cit, p. 23: Assim, a regulação da tortura varia de acordo com a gravidade da denúncia ou queixa e conforme a posição social dos envolvidos: a permissão da participação dos advogados no inquérito, também varia de acordo com as diferentes posições que estes especialistas ocupam nos quadros profissionais; o registro – ou não – das ocorrências levadas ao conhecimento da polícia; a qualificação e tipificação – ou não – das infrações e crimes registrados e a abertura de “investigações preliminares, que levam, ou não, ao arquivamento ou prosseguimento do inquérito policial; tudo isso de acordo com interesses manifestamente particularistas mas que são, sem dúvida, práticas institucionalizadas. Entre outras práticas apontadas, os depoimentos e confissões, registrados nos “autos” do inquérito policial, ficam “entranhados” nos autos do processo judicial, pois não há interrupção da numeração seqüencial das páginas, podendo, portanto, essas declarações servirem para convencimento do juiz. (Kant de Lima, 1995).

então investigado em réu, imputando os fatos acontecidos à artigos que elucidam condutas consideradas criminosas contidas no Código Penal.

Essa denúncia é remetida conexa a algumas provas do inquérito, enviada ao juiz que conduzirá o processo penal, que irá ou não recebê-la (podendo requerer novas provas se achar que ali não consta crime, ou mesmo não receber a denúncia, dando preliminar fim ao processo penal), posteriormente ao ato de recebimento da peça que dá mais um passo ao calvário do réu é obrigatório que se abra o prazo da defesa para o que se chama de resposta à acusação, defesa em praxe meramente técnica e de difícil sucesso, onde o defensor/advogado procura refutar que em tal denúncia não existe crime algum, bem como indicará as testemunhas de defesa do acusado. O antropólogo Roberto Kant de Lima explicita tal momento processual:

Ao cabo, é enviado ao promotor, para que este, satisfeito com seus elementos faça a denúncia. Só então o acusado toma conhecimento da acusação, que já traz em si avançada presunção de culpa, devidamente consolidada. É claro que o resultado esperado desse procedimento é a sua condenação, pois tudo aponta para isto (LIMA, 2009, p. 41).

A partir do recebimento da denúncia, passa-se a instrução probatória, no documentário em pauta, alguns processos criminais acompanhados ainda regiam-se pelo rito processual criminal anterior a alteração da ordem processual feita pela Lei nº 11.719, de 2008, que estabelecia o interrogatório do acusado ao início do processo.

Ressalte-se, porém, que o presente trabalho procura demonstrar a postura autoritária de uma audiência criminal, o elevado teor de inquisitorialidade que permuta o processo criminal brasileiro e o pouco espaço dado para a defesa e o acusado, o que mesmo com as relevantes alterações feitas pela referida lei, ainda persistem nos dias de hoje.

Ademais, a perspectiva a ser analisada por esta pesquisa é multidisciplinar, em especial antropológica, sociológica e criminológica, onde os símbolos, os rituais, a linguagem e os discursos são tão ou mais importantes que as pontuações normativas.

1.3 O interrogatório do acusado

Partimos então para a análise dos casos do documentário, confrontando também com autores, mas tendo por base principalmente as audiências realizadas nos processos criminais filmadas pelo documentário Justiça.

Cumpramos ressaltar, que mesmo com disparidade no tom de voz e postura que os diferentes juízes dos processos tomam, resta sempre clara a característica de centralidade, de protagonismo do processo tomada pelo magistrado e o documentário é fidedigno em representar a ampla maioria das varas criminais brasileiras.

Efetivamente, quem comanda os fatos relevantes para o processo é o magistrado, cabendo ao réu (visivelmente acuado) e seu defensor (muitas vezes em tentativa hercúlea de contraposição), defenderem-se de um rumo processual tão inquisitorial quanto o feito na Delegacia de Polícia, dessa forma, traremos os interrogatórios para demonstrar tais afirmativas.

Ressalte-se a afirmativa de Kant de Lima:

Nesse interrogatório, em geral na primeira vez que tanto o juiz quanto o promotor – e, muitas vezes o defensor público – irão se comunicar com o réu em pessoa, defesa e acusação não participam, ou participam apenas como assistentes. É um procedimento igualmente inquisitorial, que se auto-justifica como sendo em defesa do réu, em que o juiz adverte, obrigatoriamente, o acusado, de que “seu silêncio poderá resultar em prejuízo de sua própria defesa”, teoria e prática parecem colocar-se, como já disse, em contradição com a presunção de inocência decorrente do silêncio do réu e do “direito de não incriminar-se”⁵⁶.

A forma mais clara de demonstrar isso é trazendo integralmente a forma como se dá tal audiência, partimos então para essa elucidação.

1.3.1 O interrogatório de Carlos Eduardo

O interrogatório do réu Carlos Eduardo, conduzido pela juíza Fátima⁵⁷, outra personagem fundamental para nosso estudo, se dá em cima dos fatos narrados pela

⁵⁶ KANT DE LIMA, R.; AMORIM, Maria Stella; BURGOS, Marcelo Baumann. Op. Cit, p.24.

⁵⁷ No decorrer do documentário ela é investida do cargo de desembargadora.

denúncia, que é lida para o acusado Carlos Eduardo de forma rápida e sem preocupação com a exclusão dos termos técnicos oriundos a linguagem dos juristas.

O acontecimento por qual o acusado responde ao processo, é o fato de ter sido preso ao dirigir um veículo que havia sido roubado dois dias antes e ter tentado fugir do local.

A forma que a juíza explicita o fato ao acusado se dá da seguinte forma:

O senhor foi denunciado pelo promotor de justiça porque no dia 11 de fevereiro de 2003, por volta das 20 horas, na Rua Bartolomeu de Gusmão, no bairro de São Cristovão, o denunciado, livre e consciente, conduzia o automóvel GM Corsa, placa LOB 7031, de propriedade de Vera Lúcia Medeiros que fora produto de roubo em 9 de fevereiro de 2003, sabendo o increpado de tal circunstância, oportunidade em que veio a colidir com uma árvore existente ao número 585 daquela artéria. Consta dos autos que instantes após a colisão e ante a chegada ao local do Soldado de Exército Fabiano Justino da Silva, logrou o increpado sair em desabalada carreira sendo em seguida perseguido e detido. Assim agindo está o denunciado incurso nas penas do artigo 180 *caput* do Código Penal.

Posterior a esta leitura a juíza questiona – “Foi isso que aconteceu?” é importante mencionar que a magistrada se encontra em uma distribuição física impositiva na sala de audiências (acima dos demais), demonstrando uma característica autoritária.

O acusado, - visivelmente cabisbaixo e em uma posição de subordinação à juíza, dá a sua versão dos fatos, esmiuçando os acontecimentos, respondendo que o mesmo estava com três meninas e que jamais tentou fugir do local, apenas pedindo para o policial realizar uma ligação ao telefone, com o intuito de avisar o dono do carro acerca da batida.

Interrompendo a versão dos fatos do acusado, a juíza o interpela, de forma abrupta e impositiva, perguntando de quem seria o carro, obtendo a resposta do réu de que o carro é de um amigo dele e que via tal amigo portando o carro desde dezembro.

Mais uma vez foi interrompido pela juíza, desta vez acerca do carro, prosseguindo então seu relato sobre os fatos, elucidando que estava de folga, que pediu o carro emprestado para o amigo, que reside no mesmo local que ele, pois queria ir para a praia e nesta praia conheceu as garotas e que estas lhe convidaram para ir a um samba no morro da Mangueira, que posteriormente ao fato bateu o veículo ao dirigir em alta velocidade numa curva.

A juíza lhe interpela novamente: “*Então, o senhor não sabia que esse carro era um carro de procedência ilícita?*” – Automaticamente respondido pelo réu que não sabia do fato. É interrogado acerca do nome e da profissão do amigo, respondendo que se trata “*de Marcelo Dentinho, este trabalha como camelô*”.

Neste momento, a juíza passa a reduzir a termo o interrogatório, que está sendo digitado pela escrivã:

- Que no dias dos fatos, vírgula... uma terça-feira o interrogando estava de folga no seu trabalho e pediu para um amigo seu de nome Marcelo Dentinho que lhe emprestasse seu carro; que o interrogando foi para Copacabana e conheceu três moças; que o interrogando convidou as moças para darem uma volta pelo Rio de Janeiro; que quando o interrogando passava com o veículo em São Cristovão, perdeu o controle do carro que, em razão disso, colidiu com uma árvore.

Interrompe a redução a termo para interrogar mais uma vez se foi apenas na delegacia que o acusado ficou sabendo que o carro era de origem ilícita. Obtendo resposta de que quando as viaturas da Polícia Militar chegaram ao local, procuraram no computador e lhe avisaram que o carro era roubado. Respondeu aos policiais que não sabia a procedência do carro.

Ressalte-se que o réu foi mais uma vez interrompido pela juíza quando dava sua versão dos fatos e foi questionado do porque não ter chamado o dono do carro para dizer que o carro era dele, respondendo de que não foi lhe dado o direito de ir ao telefone quando foi levado à delegacia. Disse mais:

E, mesmo se pudesse também, jamais vou pegar e chamar o cara para ir lá, para amanhã ou depois eu voltar lá no local da minha casa e ser surpreendido pelos outros lá e perder minha vida. Eu tenho uma família, entendeu? Tenho uma esposa, tá grávida de sete meses, tenho mais uma filha de um ano e seis.

Não contente, a magistrada mais vez corta a fala e o raciocínio do réu, dessa vez em um tom autoritário lhe questiona: “*Mas, quando o senhor saiu para a farra com as moças o senhor não lembrou de nada disso, não é?*”

O acusado visivelmente constrangido tenta se justificar do um julgamento moral acerca de sua vida pessoal, explicitando que não estava na farra, que não estava botando a vida dele e da esposa em risco.

Outra vez a juíza o questiona do conhecimento do acusado de que o carro era roubado, sendo mais uma vez negado pelo réu. Pergunta posteriormente se esse carro estava com o amigo desde dezembro, tendo resposta afirmativa do réu.

Nesse momento a juíza diz que o carro foi roubado dois dias antes, lhe perguntando como ia explicar isso? – *“Dois dias antes do senhor usar o carro, o carro foi roubado! Como é que o carro estava com ele desde dezembro?”* – Responde o acusado: – *“Mas desde dezembro que eu vejo este Corsa Millenium com ele, senhora. Ele porta este carro desde dezembro”*.

Passa a juíza a reduzir a termo o diálogo anterior: *“Que reafirma não ter conhecimento da procedência ilícita do veículo”*. – Interrompendo para questionar se o réu já foi preso ou processado antes, lhe sendo respondido que já foi processado por assalto, que foi condenado por 2 anos e que cumpriu a pena.

Questiona se foi o único processo que respondeu – recebendo negativa do acusado – e pergunta se ele nunca foi processado por uso de entorpecentes – obtendo resposta positiva. Assim, a juíza reduz a termo: – *“Que já foi processado por uso de entorpecentes”*.

Encerra a audiência marcando a data da audiência de oitiva das testemunhas de denúncia.

O acusado a interrompe e lhe questiona: *“Senhora, por favor. Será que durante esse tempo eu mereço algum benefício, para responder o processo na rua?”* – sendo abruptamente interrompido pela juíza que lhe responde da seguinte forma:

Esse processo aqui? Nesse tipo de crime aqui, vai ser difícil. A lei não vai lhe permitir isso, até porque o senhor não é primário. Isso só é permitido a réu primário. Essa chance a lei só dá uma vez para quem pela primeira vez se envolve num processo criminal, não é o seu caso. De qualquer sorte, o senhor vai conversar com a doutora defensora pública, que vai lhe orientar e vai certamente fazer o que for preciso pelo senhor, requerer o que for preciso.

A Escrivã imprime o termo de audiência, já explicitando os locais onde deve assinar, o réu o assina sem ler e sem ao menos ter a possibilidade de saber se pode ou não ler a ata. É autorizado a sair da sala sendo algemado novamente e voltando para o estabelecimento prisional, conduzido por um policial.

1.3.2 Interrogatório de Alan Vagner

Passamos então a análise do segundo processo acompanhado pelo documentário, que é caso de Alan Vagner, o primeiro ato processual acompanhado é seu interrogatório. Começa a audiência com o magistrado Geraldo Prado informando o acusado que ele não está obrigado a responder o que vai ser perguntado, apenas responder o que achar que deve. Questiona a idade do real, se maior de 18 anos, obtendo resposta positiva. A posterior simplifica a denúncia e logo inicia o interrogatório:

Você e o Paulo (outro réu) estariam com maconha e cocaína na favela Bandeira Dois, estariam armados e associados a um outro sujeito, conhecido pelo apelido de “Calcinha”. A polícia chegou e conseguiu prender vocês dois, apreender a cocaína e a maconha e também conseguiu arrecadar as armas. Isso é verdadeiro?”

Alan Vagner: Essas armas e a droga estavam comigo, não é que eles estão falando? Não tinha nada comigo, pode fazer a perícia dessas armas. Se tiver impressão nessa arma, pode me condenar até dez anos. Pode me condenar, porque eu tenho certeza que não vai acusar porque eu não encostei na arma.

Juiz: E as drogas?

Alan Vagner - As Drogas também não.

Juiz – Você mora na Favela Bandeira Dois?

Alan Vagner - Não, minha irmã que mora lá. Eu saí da casa da minha tia lá no Engenho da rainha, que eu moro lá com a minha tia e fui na minha irmã. Tomei um biscoito lá. Aí fiquei na rua, depois peguei uma lata de linha e fui soltar pipa.

Juiz – Estava soltando pipa?

Alan Vagner -Na hora, eu estava soltando pipa.

Juiz - Aí os policiais chegaram e te prenderam.

Alan Vagner - Me prenderam

Juiz –A gente não solta pipa sozinho, a gente solta sempre pipa com outras pessoas.

Alan Vagner - Não, mas eu estava sozinho

Juiz – Você estava sozinho?

Alan Vagner - Estava, que eu estava na rua mesmo.

Juiz - Eu sei. Deixa eu te fazer uma pergunta. Duas perguntas. Tinha alguém vendendo drogas perto de você?

Alan Vagner -Não, não vi ninguém vendendo droga perto de mim.

Juiz -Você sabe que tem uma.. Tem duas maneiras para avisar os outros traficantes quando a polícia aparece. Uma delas é soltar pipa e a outra é soltar fogos. Sabe disso?

Alan Vagner -Não, não.

Juiz- Nunca ninguém te disse isso?

Alan Vagner -E lá também não tem isso, não, porque, se tivesse isso todo mundo ia falar e ia ficar.. Todos os responsáveis ia ficar proibindo seus filhos de soltar pipa, ia ficar falando

Juiz - E isso nunca aconteceu com você? Nunca ninguém te falou?
Alan Vagner - Não.
Juiz - Você conhece o Paulo?
Alan Vagner - Não.
Juiz - Nunca tinha visto o Paulo na vida?
Alan Vagner - Não.
Juiz - E os policiais te prenderam então porque eles desconfiaram que você fosse traficante? E porque você se recusou na visão deles, de acordo com os policiais, vocês se recusou a colaborar com eles. E tinha gente passando?
Alan Vagner - Tinha.
Juiz - E ninguém viu você ser preso?
Alan Vagner - Viu, foram lá falar com a minha irmã.
Juiz - Você não estava com maconha, não estava com cocaína, não estava com armas. Você usa maconha?
Alan Vagner - Eu usava há uns seis, sete meses atrás, eu usava.
Juiz - Parou de usar. Cocaína também?
Alan Vagner - Cheguei a usar.

Nesse instante o juiz começa a reduzir a termo: “*Que o declarante havia ido à favela visitar a irmã e estava soltando pipa quando foi preso*”. Passa a questioná-lo acerca de violência policial”

Juiz - Foram socos e pontapés? Socos? Como é que foi isso?
Alan Vagner - Foi. Um policial grandão deu chute e tapa na cara e no pescoço.
Juiz - Você já esteve envolvido com a polícia antes? Já foi preso, processado?
Alan Vagner - Não.
Juiz - Como menor de 18 anos?
Alan Vagner - Uma vez só eu fui na delegacia, mas aí o policial.
Juiz - Foi liberado?
Alan Vagner - É, o policial mesmo falou que não tinha nada a ver.
Segue reduzindo a termo: que nunca foi preso ou processado.
A seguir o juiz explica de forma clara que serão ouvidas as testemunhas.

E então volta a reduzir a termo: “*Que não trazia drogas ou armas e estava só. Que os policiais prenderam o declarante, que o levaram para um beco e agrediram o declarante.*”

É possível perceber pela condução do interrogatório de Alan Vagner que a postura centralizadora do magistrado ainda persiste no processo penal brasileiro, porém notoriamente o réu teve a possibilidade de expor sua versão dos fatos sem ser interrompido inúmeras vezes.

2. A tese defensiva

É bem verdade, que passa longe dos tribunais a busca da verdade dos fatos, isto é, o acontecimento social que se passou em tempos anteriores fica muito longe do resultado processual. As testemunhas, tanto de acusação quanto de defesa, para bem da verdade acabam por construir versões que confirmam teses, e apesar de não haver qualquer instrução anterior as mesmas são previamente determinadas pelo Ministério Público e pelos defensores.

Importante afirmar que não se trata de um benefício de uma ou outra parte processual, pois as pessoas trazidas ao processo são elencadas sob minuciosa escolha, muitas vezes com benefícios como a delação premiada, onde as versões trazidas no processo são previamente negociadas com benefícios processuais, inclusive com eventual prisão domiciliar ou mesmo a rejeição de sua acusação.

Previamente a instrução de testemunhas, os réus já sabendo da denúncia e das provas, reúnem-se com seus advogados ou defensores públicos para instruir sua tese defensiva, e o documentário capta esse momento no caso do réu Carlos Eduardo em Reunião com sua Defensora Pública, onde fatos alheios ao processo são explicitados:

Defensora – E esse envolvimento que você teve com o tráfico dos 14 até os 18 anos, foi na mesma localidade, ali na Cachoeirinha? Durante 4 anos você exerceu esse poder todo?

Carlos- É, uns 15 anos.

Defensora – E você nunca foi, como menor, detido?

Carlos- Não, não, todas as vezes eu fui solto.

Defensora - A primeira vez que você foi preso foi quando você tinha 18 anos?

Carlos – Não, eu fui preso, já me pegaram, mas aí me soltaram. Mesmo dia também que eu rodei, quando eu fiz 18 anos, eu também fui preso de manhã cedo também, dentro de casa. Aí teve um acerto, eles me soltaram..

Defensora – Acerto? O que é isso, acerto?

Carlos– Um acerto, eu dei um dinheiro para eles, e eles me soltaram.

Defensora- Eles quem?

Carlos- Os policiais. Aí de noite eu desci pra rua, para roubar. Aí eu fui. Caí na mão deles de novo, da mesma equipe. Aí eles queriam mais do que já tinham

pego de manhã cedo. Aí eu não tinha a quantia que eles queriam e aí eu fiquei preso.

Defensora – Na verdade, então essa foi a primeira vez que você foi preso? Antes você fazia.

Carlos- É a primeira vez que me apresentaram. Eu já fui preso outras vezes mas nunca me apresentaram.

Defensora- Entendi.

Carlos- Aí me pegaram, eu não tinha a quantidade que eles tinham estipulado e me trouxeram preso.

Defensora – Como é que você conseguiu esse posto? Você disse que ganhou o posto, com 14 anos.

Carlos – Sofrendo muito, dando muito tiro em polícia.

Defensora- E vendendo?

Carlos- E vendendo claro.

Defensora – Você viu que na última audiência eu já fiz o requerimento da tua liberdade provisória. Acho um absurdo você ainda estar detido, estava aguardando ela decidir. E ela até agora não deu nenhum pronunciamento.

Se nós não conseguirmos essa pena alternativa, acredito eu que, no máximo, mesmo admitindo assim, o rigor da juíza, você poderia pegar no máximo dois anos em regime semiaberto. É possível você pegar o regime fechado. Um reincidente, tem juiz que não vacila, dá o regime fechado por ser reincidente, mas a lei autoriza o regime semiaberto.

Carlos – A senhora. não tenho condições de eu ser absolvido, não?

Defensora – A nossa luta é pela absolvição, mas eu acho difícil, porque é um absurdo, porque como é que a gente vai provar que você sabia que esse carro não era produto de roubo? Não tem como. Não tem como nem o promotor provar que você sabia, nem a gente, porque a gente não faz prova negativa de que você não sabia, é difícil. Então, como é que vai condenar? Condena por presunções, por indícios. Pelo seu passado. Provavelmente esse carro, se foi produto de roubo, você tava na posse dele, é porque você sabia. São meras presunções. Nem o promotor vai provar a rigor que você sabia, nem nós, porque nós não podemos fazer prova negativa.

A não ser que você me autorizasse ir lá no local, apreender esse carro e demonstrar para a justiça que esse carro você não podia saber que ele tinha sido roubado há um mês atrás, porque ele já estava na posse desse rapaz há uns quatro meses, três meses.

Carlos – Mas como é que vai entrar lá na favela para pegar ele?

Defensora – Isso não é um problema nosso. Seria um problema da justiça. Mas eu poderia dar esse dado. Olha, o carro está lá a disposição desde dezembro. Vai ver que o carro... A hipótese que nós levantamos é que o carro seja clonado. Agora, roubado eu não poderia adivinhar que era, porque ele foi adquirido por fulano de tal. Isso era uma hipótese defensiva, mas aí eu estou envolvendo em outros fatos, e você eu não sei até que ponto você autorizaria isso.

Quem fez esse clone, foi seu amigo? Seu amigo sabia disso? Ele adquiriu esse carro onde? Numa loja? A gente tem que saber a procedência certa para entrar por esse caminho.

Carlos- O carro era roubado, o carro é dos caras lá. Eu peguei o carro dos caras lá da boca lá.

Defensora- Então, você sabe que o carro..

Carlos- Eu sabia, claro mas eu não vou falar pra justiça que eu sabia.

Defensora- Não, de jeito nenhum. E é por isso que eu não posso ir ao carro porque o carro era roubado.

Carlos- Eu sei, mas eu já falei que eu conheci o garoto e tal, estava de folga no serviço e ele me emprestou o carro dele para mim ir pra praia.

Defensora – Entendi. Mas é com base nessa aí que a gente vai tentar as alegações defensivas, tá?

O trecho grifado demonstra uma preocupação bem explicitada por Kant de Lima, de que, em virtude do processo todo caminhar para uma condenação, em razão da inquisitorialidade do rito processual brasileiro, e da fé pública do inquérito policial, os fatos que estão sendo pesados no processo pouco tem a ver com a realidade:

O que se disse acima não tem pouca consequência para a ética da advocacia: porque o réu pode mentir para se defender – os advogados preferem o eufemismo de apresentar outra versão para os fatos; mas como no processo em que impera a lógica do contraditório não há fatos, só há versões e indícios, ocorre que uma versão cartorial produzida pelo inquérito policial tem fé pública, e outra, a do réu que se defende, não tem. E no processo penal brasileiro, as alegações do réu que não estão conformes aos autos do inquérito têm de ser provadas, o que caracteriza seu ethos inquisitorial. Assim, se supõe sempre que o réu mente para defender-se, o que macula de falsas todas as alegações que não coincidem com a apuração sigilosa e prévia, que tem fé pública⁵⁸.

Em face da confrontação de teses e da pouca saída para o réu, a confissão, ou mesmo a falta de uma reunião com seus defensores, e de uma defesa técnica bem instruída, inevitavelmente leva o réu a uma acachapante derrota em sua liberdade, o documentário demonstra como o judiciário fecha os olhos para o cidadão, e como na verdade, a sociedade vê ele agora como um inimigo da que deve ser severamente punido.

⁵⁸ KANT DE LIMA, R. Op. Cit. 2009, p,37-38.

Assim, acudado por todo o contexto de busca da punição, cabe ao réu e a defensora realizarem uma tese que vise uma pena mais branda.

3. A audiência de instrução

Conforme frisado anteriormente, os processos acompanhados no documentário estão regidos pelo rito processual criminal anterior, isto é, a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008, alteriou a ordem do processo criminal invertendo o interrogatório do réu para o fim da instrução criminal, o que foi de grande valia para a democracia do processo.

Após o interrogatório do réu, segundo o rito à epoca, acontecia a audiência de instrução, onde foram ouvidas as testemunhas de acusação e defesa. Momento processual onde o magistrado procura confrontar mediante testemunhos os fatos narrados no inquérito e na denúncia.

È válido mencionar que uma série de problemas se dão para a defesa dos acusados presos ou de menor renda, estes acabam prejudicados por diversos fatores, alguns demonstrados nos próprios relatos em audiência, como o medo que as testemunhas tem de sofrerem represálias do judiciário, e outros que encontram-se velados ao judiciário. Como bem explicita Kant de Lima:

A seguir, “reperguntam-se” todas as testemunhas que já depuseram na polícia, com a assistência oficial e legal da defesa e da acusação. Tal assistência, obviamente, varia de acordo com as posses do acusado e se reflete no comparecimento qualificado – ou na ausência dele – das testemunhas do processo. Por várias circunstâncias (mudança de residência e/ou de status social e civil, dificuldades de locomoção, doenças, mortes, etc.) são, em geral, as pessoas de melhor condição econômica ou, pelo menos, os réus que não estão presos, que conseguem trazer, de novo, as mesmas testemunhas, assim como outras novas, para depor⁵⁹.

Em regra, aqueles que têm uma condição social mais benéfica, são assessorados por advogados com recurso, bem como dispõem de recursos próprios e também suas testemunhas, em regra com mais instrução escolar, tem menos dificuldade de defrontarem-se com o judiciário.

⁵⁹KANT DE LIMA, R. AMORIM, Maria Stella; BURGOS, Marcelo Baumann, Op. Cit., p.25.

É bem verdade, que salvo raras exceções as testemunhas encontram-se nervosas, inseguras, seja também pelo medo de represálias, seja por terem receio de explicitarem os fatos de forma errônea, prejudicando a defesa do réu que representam, e que, muitas vezes confundem a figura do Ministério Público, que em inúmeras varas criminais brasileiras senta-se ao lado do Magistrado em posição elevada na distribuição física do fórum, enquanto o defensor encontra-se sentado ao lado do réu.

Essa distribuição, junto com a toga (símbolo do judiciário), muitas vezes confunde as testemunhas e até mesmo réus, que em face do nervosismo, da insegurança e da baixa instrução, acabam respondendo os questionamento do *parquet* como se estivessem em inquirição do juiz da causa.

3.1 Audiência De Carlos Eduardo

A juíza começa a audiência de instrução com a primeira testemunha, o primeiro policial que assistiu o fato:

Juíza – Como é que ocorreu exatamente isso?

Testemunha 1 – Eu estava de serviço no dia. Escutei um barulho de uma batida de carro. Aí eu saí correndo na intenção de socorrer.

Juíza - Quando o senhor chegou correndo avistou o carro já batido?

Testemunha 1– Já Batido.

Juíza - E era o que? Árvore, Poste?

Testemunha 1– Árvore.

Juíza - Estava todo mundo dentro do carro ainda quando o senhor chegou junto.

Testemunha 1 Estava. Não, o rapaz já tinha saído, já. Só estavam as três moças.

Juíza – Dentro do carro?

Testemunha 1– Dentro do carro. Aí eu falei que ele não podia se ausentar do local por causa que tinha que fazer a ocorrência. Só que ele falou que ia telefonar, só que eu falei que não podia sair. Só que eu tava falando que não podia sair e ele estava continuando andando. Aí eu tive que ter um procedimento ali certo, para poder enquadrar ele. Aí o oficial de dia , o tentente foi e puxou a placa do carro, o carro era roubado. Em seguida, um colega meu deu a volta por trás do carro, e no chão... tinha tóxico jogado no chão.

Juíza - Junto do banco, dentro do carro?

Testemunha 1 – No chão, a porta aberta, no chão assim, do carro, assim.

Juíza - Essa substância entorpecente foi apreendida?

Testemunha 1 – Foi apreendida.

Juíza – E por que não consta do auto de prisão em flagrante, nada disso?

Testemunha 1 – Sinaliza com a cabeça que não sabe.

Juíza – Ele deu alguma explicação sobre o entorpecente encontrado?

Testemunha 1 – Falou que era das garotas.

Juíza - O senhor sabe qual era a substância?

Testemunha 1 – Eram três saquinhos de Cocaína.

2ª Testemunha

Na mesma linha inquisitorial, onde centraliza a palavra e impõe suas declarações e impressões ao caso, interroga a segunda testemunha como se fosse também um réu:

Juíza - E quem é que levou o tóxico que foi apreendido?

Testemunha 2 – Fui eu que levei, para exame.

Juíza – O senhor entregou à autoridade policial?

Testemunha 2 – Eu entreguei, foi apreendido.

Juíza - Porque não consta nada disso no auto de prisão em flagrante nem sequer a apreensão da droga?

Testemunha 2 – Não sei, mas foi feita a apreensão.

Juíza - O senhor entregou a quem na delegacia?

Testemunha 2 – Na delegacia, na Praça da Bandeira.

Juíza - Sim, mas não se recorda a quem? Porque não foi ao delegado, porque ele não está recebendo droga.

Testemunha 2 – Mas ele acompanhou a prisão do... ele acompanhou.

Juíza – Qual é o requerimento da defesa?

Defensora Pública – Eu gostaria de insistir, eu sei que ainda não foi apreciado por Vossa Excelência o pedido de liberdade provisória do acusado. A defesa acredita que a reincidência não é um fator, uma condição, uma hipótese de negativa para a concessão da liberdade.

Juíza - Desse vista, ao Ministério Público para se pronunciar sobre o requerimento da defesa. Nada mais.

3.2 Audiência de Alan Vagner

Confome anteriormente procedido no interrogatório de Alan Vagner, é notória a diferente postura do magistrado Geraldo Prado ao interrogar a testemunha:

1ª Testemunha

Juiz - Boa tarde. O senhor efetuou a prisão dos dois acusados, do Paulo César e do Alan, no dia 26 de janeiro, perto, no horário da tarde, na Favela Bandeira Dois.

Segundo o promotor de Justiça eles estavam com drogas e com armas, além de dinheiro. Como é que foi essa ação?

Policial – A gente adentramos a favela, que o nosso objetivo era sair no largo da favela, onde fica a boca-de-fumo. Chegando lá no local, a gente avistamos os dois elementos, atitude suspeita, fomos abordar.

Juiz – Qual era a atitude suspeita deles?

P – Estavam lá no largo, onde é a boca-de-fumo. Onde costuma ficar.

Juiz - Falavam, conversavam um com o outro?

P – Estavam um do lado do outro.

Juiz – E aí, quando você efetuou a detenção do Paulo, prendeu o Paulo, revistou o Paulo.

Revistei o Paulo
Juiz – E o que que era?
P – Achei uns sacoléis de cocaína no bolso dele.
Juiz -O Alan tinha algo com ele?
P- Foi o sargento Lourival que revistou o Alan. Achou trouxinhas de maconha com ele e uma certa quantidade em dinheiro.
Juiz – Algum deles estava armado?
P – No momento não, não estava armado. Posterior, fui fazer uma revista no local, num beco onde eles costumavam correr e fugir. Aí eu achei duas armas dentro de um registro de água. Não estava com eles não.
Juiz – Eram dois revólveres?
P- Dois revólveres.
Juiz – Alguém viu a prisão deles?
P – Viram que.. Chamaram até a irmã de um deles em casa.
Juiz - Era a irmã de quem?
P – Do menor.
Juiz – Ele disse que tinha menos de 18 anos? O Alan? Chegou a falar que era menor de 18 anos.
P – De menor.
Juiz – E a irmã, ela chegou depois então ali. Essas pessoas que viram havia condição de arrolá-las como testemunhas?
P – Normalmente ninguém aceita.
Juiz - Por quê?
P – Dentro da favela.
Juiz - E dentro da favela têm medo dos traficantes.

Irmã de Alan – 2ª Testemunha

E não é diferente sua postura democrática ao prosseguir a instrução processual, quando interroga a segunda testemunha:

Juiz – Que não conhece Paulo César, que foi avisada pelo marido sobre a prisão de Alan e foi até o local onde o acusado se encontrava. É isso?
I – Isso mesmo.
Juiz - E aí, o que foi que você viu?
- Aí eu fui para o lado de fora, não é? E aí perguntei para os policiais: Mas porque pegaram ele? Aí falaram assim: A gente vai prender ele. Mas não me mostrou o que ele tinha, não me mostrou, não é? Aí eu fui.. a outra menina, uma mulher, uma senhora lá... que viu também ele sendo preso, que viu ele soltando pipa. Não vale a pena falar o nome, não, mora perto lá de casa..
Juiz - Porque você não quer dizer o nome dela?
I – Calma aí, como é que é? É Deusa, o nome dela é Deusa Porque ela tem medo, sei lá, porque eles ficam muito lá, mas tem medo⁶⁰.

⁶⁰ Nos remete a afirmativa de Bárbara Luppeti Batista - O medo de falar envolve todos esses aspectos concomitantemente. Por exemplo: o excesso de formalismo; o desconhecimento, por ser o Direito um campo demasiado fechado; a postura arbitrária de alguns julgadores; a estrutura tutelar da sociedade, que demanda sempre proteção aos “ignorantes”; a severa hierarquia judiciária, visível à sociedade; aspectos de cunho pessoal, como timidez ou insegurança. – em , Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade, p. 180.

Promotoria – A depoente fez menção a Deusa, que teria presenciado o fato e disse que ela tem medo porque eles ficam lá. Eles quem?

I – Polícia.

Juiz – Ela não tem medo dos traficantes?

I – Ela não é dessas coisas, mas tem medo porque ela viu sendo preso.

Juiz – Ela não tem medo dos traficantes?

I – Eu não sei porque eu não fico.. Eu fico em casa e vou direto pra Igreja. Então eu não sou de ficar na rua.

Juiz informa que ela será levada lá para fora, que vão lhe passar o termo de audiência, para ela assinar e ir embora.

Maria Elma – Tia do acusado – 3ª Testemunha

Ao interrogar a tia do acusado, o magistrado leva em conta aspectos familiares, procurando compreender o contexto que estava inserido o réu na época do delito:

Juiz – A senhora é tia dele..

M – Sou tia, criei ele desde pequenininho. Desde 6 anos de idade. Porque ele não tem pai, não tem mãe.

Juiz – E o que ele faz? Ele estuda? Estudou até que série?

M – Ele faz Vida Nova, fez até a quinta série, um programa que tem que ganha cem reais por mês..

Juiz – Bolsa Escola..

M – Vida Nova. É um cursinho que tem. Fez até quinta série. Ai meu deus, que nervoso que eu to.

Juiz – Pode ficar tranquila.

M – E ele ultimamente, ele tem asma, ultimamente não, desde pequenininho, ele tem asma crônica, é atrofiado, ele tem 38 kilos com dezoito anos, desde pequenininho eu crio ele.

Juiz - A senhora teve notícia dele ter se envolvido com drogas?

M – Há uns sete, oito, sete meses atrás, eu soube que ele andou fumando.

Juiz – Maconha?

M – Isso. Aí o que eu fiz? Dei uma coça nele... Daí pra cá, eu não soube mais que ele fizesse uso de droga.

Juiz - Nunca teve notícia de ele ter vendido drogas?

M – Nunca tive notícia que ele tivesse vendido drogas.

Juiz – Depois que soube que ele estava fumando maconha, a senhora levou ele lá no médico? Olha, está fumando maconha, faz mal para asma dele, muda alguma coisa?

M – Levava sim, levava lá na universidade..

Juiz - Aí o que o médico falou para ele?

M- Passou para ele fazer tratamento na na.. neuro...

Juiz – No Neurologista.

M – É médico... psicólogo. Para ele fazer tratamento no psicólogo.

Defensora – Só para esclarecer, essa orientação de terapia que a depoente se refere é por causa dos problemas que o acusado presenciou e teve durante a infância, ou foi precisamente por causa deste suposto uso da maconha?

M – Não, isso já vem desde que ele perdeu a mãe dele, perdeu o pai dele, perdeu a irmã dele..

Juiz – Certo, agora, sobre a maconha em si, houve alguma mudança? O médico falou algo?

M – Deu conselho a ele conversou com ele. Aí ele nunca mais fez, porque também, se ele fizesse...

Juiz – Está muito.. Ela não tem...

D – tudo Bem.

D- Se ela teve depois, logo que o Alan foi preso, ela teve contato com o Alan, se..

Juiz – Na delegacia? Esteve na delegacia?

M – Não. Não estive não.

Ao final o juiz informa que ela será levada lá para fora, que vão lhe passar o termo de audiência, para ela assinar e ir embora.

Posteriormente explica aos réus, o que vai acontecer:

Nós temos um prazo para a doutora promotora analisar tudo isso aqui e depois ela vai apresentar por escrito as razões dela, a opinião dela. Depois vai para a defensora de vocês. Ela também tem um prazo, ela também vai analisar isso e, por escrito vai apresentar as razões dela. Finalmente vem pra mim, e aí eu vou decidir, e vocês serão chamados aqui para saber qual foi a minha decisão.

A ata de audiência é passada para os réus que a assinam explicação do que consta. Fica clara aqui a interpretação de Kant de Lima acerca de quem conduz o processo penal brasileiro:

Embora se diga que esse processo não é conduzido pelo juiz, mas pelo Ministério Público, não caracterizando, assim, um “inquérito judicial” propriamente dito, a ênfase no papel do juiz é manifesta, seja na iniciativa a ele atribuída de buscar a “verdade real”, crível além de qualquer dúvida, seja na condução exclusiva do interrogatório do réu, seja ainda na tomada do depoimentos das testemunhas, porque o juiz sempre interpreta as respostas dos ouvidos e interrogados, pois a ele são dirigidas todas as falas do processo para que, dite-as ou mande transcrevê-las pelo escrivão para registro nos autos.⁶¹

⁶¹ BAPTISTA, Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade Bárbara Lupetti, p.25

4. A decisão do juiz - sentença

Por fim, conforme explicitado anteriormente, na voz do juiz, abre-se prazo para a acusação e defesa apresentarem suas razões finais, também chamadas de alegações finais ou memoriais, aqui as teses de acusação e defesa serão levantadas, cada um construindo suas “verdades” acerca dos fatos que circundaram o processo.

No entanto, sabe-se que as teses apesar de fundamentais ao procedimento, servem na prática apenas de guia para a decisão do juiz, o condutor do processo, elencado com a máxima de descobrir a verdade real⁶².

Como bem se demonstra nos autos, este tem o poder total para decidir o que é justo, o que é verdadeiro, mesmo que seu preceito legal decisória seja a *livre convicção motivada*⁶³, o faz por meio de suas crenças, de seus “notório saber jurídico”, e essa problemática também é levantada por Kant de Lima:

Finalmente, o juiz decide de acordo com “seu livre convencimento”, fundado no conteúdo dos autos, os quais, como apontamos, trazem entranhados os registros do inquérito policial, com os depoimentos e confissões obtidas na polícia sem a presença oficial da defesa...

...O juiz – não mais o Estado, como no inquérito policial – é visto como um agente extremamente esclarecido, quase clarividente, capaz de formular um julgamento racional, imparcial e neutro, que “descubra” não só a “verdade real” dos fatos, mas também as “verdadeiras intenções” dos agentes..⁶⁴.

Sobre a livre convicção motivada é importante uma breve reflexão, de que o fato da norma permitir o subjetivismo do magistrado na escolha de qualquer das provas processuais, bem como na liberdade de interpretação que o mesmo determine sobre o

⁶² BAPTISTA, Bárbara Lupetti. A verdade, nesse sentido, é monopólio do magistrado, tendo em vista que ela emana do seu livre convencimento. No nosso sistema processual, escrito ou oral, o Juiz tem poder para interpretar as Leis livremente, dizendo o Direito conforme entender, especialmente porque participa de todos os estágios do processo. p. 190.

⁶³ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. (Código de Processo Penal Brasileiro)

⁶⁴ KANT DE LIMA, R; AMORIOM, Maria Stella; BURGOS, Marcelo Baumann. Op. Cit., p. 27.

peso do conteúdo do que foi dito no processo penal, tem permitido historicamente inúmeras arbitrariedades, uma vez que de centenas de fatores alegados em um denso procedimento criminal, meticulosas palavras, fatos, versões, basta uma partícula que sustente a versão do magistrado para o mesmo *motivar sua livre convicção*.

Assim sendo, muitas vezes, tantas provas demonstram a absolvição do acusado ou mesmo a dúvida para os réus brasileiros, no entanto, na compreensão *convicta* do decisor, basta que uma outra mínima fundamente sua convicção condenatória, justificando a condenação.

E dessa forma procede-se a sentença criminal no caso dos dois acusados. São informados de suas sentenças obedecendo a práxis judiciária brasileira.

Em cena posterior o réu Carlos Eduardo é levado à justiça para que seja comunicado da sentença:

Oficial - Carlos Eduardo?

C – Sim senhora.

O – Vou ler sua sentença. “Pelo exposto julgo procedente o pedido contido na denúncia e condeno o réu Carlos Eduardo como incurso no artigo 180, caput do CP. Condeno o réu ainda nas custas do processo. Considerando serem adversar ao réu Carlos Eduardo as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP pela personalidade voltada ao crime, pela conduta anti-social e perigosa ao convívio comunitário. Fixo-lhe a pena acima do mínimo legal, ou seja, em dois anos de reclusão e multa de 20 dias-multa, que aumento de um ano e dez dias-multa pela reincidência, resultando na pena de três anos de reclusão e multa de 30 dias-multa, pena essa que torno definitiva a ausência de novos aumentos e diminuições. O regime de início de cumprimento da pena privativa de liberdade será o semi-aberto, consoante o que dispõe o artigo 33, parágrafo 3º do CP. O réu só poderá ser recolhido à prisão, forma pela qual respondeu ao processo e compatível à pena e regime ora aplicados. Expeça-lhe o mandado de prisão.”

O senhor quer recorrer?

C- Não, só vai me atrasar ir para o sistema.

O – Não, o Senhor vai para o sistema de qualquer forma.

C- Eu sei, mas eu tenho que sair daqui com minha carta de condenação com a minha carta de sentença. Sem minha carta de sentença eu não treverso. Fico lá mofando mais uns oito meses, lá na delegacia.

O – O senhor entendeu então que forma três anos de reclusão.

C – Responde positivamente com a cabeça.

O – O senhor ta preso já há quanto tempo?

C – Seis Meses.

O – Bom, o senhor não quer recorrer, tudo bem.

A condenação de Carlos Eduardo parecia demonstrada desde o primeiro ato processual, bastando a confirmação de sua sentença depois de um formal rito onde pouco teve vez o réu e sua defesa.

Já quanto ao réu Alan Vagner, não por coincidência, e pela forma democrática que foi regida sua instrução processual, o mesmo recebe seu alvará de soltura por meio da oficial de justiça, que lê sua sentença:

Alan, considerando a culpabilidade atenuada, a menoridade e a condição de primário, examinadas em lance anterior, aplico a pena de três anos de reclusão e cinquenta dias-multa cada qual calculada em razão do mínimo legal previsto no artigo 38 da lei número 6368/76. Aumento de 1/3 em virtude da associação eventual alcançando, no final, quatro anos de reclusão e 68 dias-multa. Converto a pena privativa de liberdade em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana a serem cumpridas e fiscalizadas de acordo com o artigo 55 do Código Penal. A prestação de serviços à comunidade por sua vez, contribui no despertar e manutenção de um sentimento de solidariedade do condenado para com a população em geral que poderá levá-lo a refletir sobre as consequências pesadoras do uso contínuo de drogas pelos consumidores das mais variadas faixas etárias e origens sociais.

As cenas do documentário encerram com o oficial sem muita delonga e detalhes, explicando ao réu brevemente o que passou na sentença e pergunta ao cidadão se quer entrar com algum recurso.

O réu visivelmente abatido do encarceramento, exausto do longo processo penal responde que não, sem muito entender o que havia acontecido, com os tornozelos inchados sai pelas portas da Polinter do Rio de Janeiro sem algum amparo, sem muito saber o que aconteceu e visivelmente conformado com a desigualdade do sistema penal brasileiro.

Conclusão

Por meio das fases processuais, e das ponderações acerca do momento rito processual à época, utilizando de um perspectiva interdisciplinar, procurou-se apresentar

o distanciamento entre o judiciário e o cidadão, bem como do autoritarismo e da inquisitorialidade que tomam conta do processo penal brasileiro.

Resta claro que o Judiciário brasileiro fecha-se em nomenclaturas, teorias e normas, que são alheias a realidade social. Os réus e testemunhas não sabem muito bem o que se passa nesse castelo jurídico, sentem-se desconfortáveis, desamparados, perdidos:

A linguagem própria do campo é, sem dúvida, um fator que colabora deveras para que a sociedade se reconheça como dele não integrante. A linguagem do Direito é uma forma de afastar a sociedade do Judiciário e de tornar este campo distinto, o que tem relação, inclusive, com a particularização do saber, explicitada no capítulo I deste trabalho (Kant de Lima, 2005). A linguagem jurídica dificulta a comunicação e, de certa forma, manifesta-se como obstáculo ao próprio acesso à Justiça.⁶⁵

O que se passa no tribunal, repercute na vida, porém não é claramente compreendido pelas pessoas que deveriam ser os atores dos processos⁶⁶, uma vez que sua liberdade é que está em causa, passam, progressivamente a meros coadjuvantes de suas vidas, encaminhados do encarceramento ou de suas casas, para adentrar o mundo fictício e alienado do judiciário. Não tem qualquer domínio sobre os fatos, sobre a polícia, sobre o processo, sobre as audiências, apenas acatam passivamente as decisões dos ilustres magistrados.

Em meio a isso, os verdadeiros atores, ilustrados juristas, demonstram pouco esforço para compreender a percepção daqueles que fazem parte dos processos, é um mero jogo e quem entende as regras técnicas, que são os especialistas do direito.

Dentre estes juristas, existe um soberano, um desposta esclarecido que decide os rumos que tal jogo irá tomar. É o magistrado. Ele coordena, detém o poder, decide vidas. Os demais apenas acatam suas decisões, procurando convencer sua *livre convicção motivada* do contrário, o documentário mostra que, dependendo da boa sorte do réu, o réu pode ter a benesse de ser contemplado com um julgador que o escute, que lhe veja como

⁶⁵ BAPTISTA, Bárbara Lupetti, Op. Cit., 2008, p. 179.

⁶⁶ Idem, p. 50 - A ideia de que as pessoas não conseguem, não devem e, portanto, não podem resolver os seus problemas e os seus conflitos, sozinhas – sem a intervenção estatal – é algo que marca a cultura jurídica de uma forma impressionante, de maneira que impedir ou até minimizar a intromissão da tutela jurisdicional na vida particular dos cidadãos é quase um ato de “anarquia.

outro ser humano e lhe julgue como um irmão, do contrário ele será massacrado e julgado de maneira fria e impiedosa.

Referências

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira (Org.) **Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Introdução.

_____; _____. BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). **Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares**. Niterói: Intertexto, 2003. Introdução.

BAPTISTA, Bárbara Lupetti. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. **A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições** in Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada. Vol. II. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. **Direito Legal e Insulto Moral**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

_____. A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos. **Revista de Antropologia**. USP. 2011. p. 160. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 23, p. 131-160, 2008

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

GEERTZ, Clifford. O impacto do conceito de cultura sobre o conceito de homem. In: **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978. p. 45-66.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997

KANT DE LIMA, R. Cultura jurídica e práticas policiais: A tradição inquisitorial. **Revista Brasileira de Ciências Sociais da ANPOCS**, número 10, volume 4, junho/1989. p. 65-83.

_____. **Da inquirição ao júri, do trial by jury à plea bargaining:** modelos para produção da verdade e negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil/Estados Unidos. Tese (Concurso de Professor Titular em Antropologia). Departamento de Antropologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 1995.

_____; Amorim, Maria S., Burgos, Marcelo Baumman – **Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares.** Niterói, 2003.

_____. Pluralismo jurídico e construção da verdade judiciária no Brasil: inquirição, inquérito, júri. IV Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais: territórios da língua portuguesa: culturas, sociedades, políticas. **Anais.** Rio de Janeiro, set. 1996, p. 165-171.

_____. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário antropológico**, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual e sua conformidade constitucional.** Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

RAMOS, Maria Augusta. **Justiça:** o filme. Limite Produções, Brasil, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 65, maio, 2003.

_____. **Renovar a Teoria Crítica.** E Reinventar a Emancipação Social. São Paulo: Boitempo, 2009.

_____. **Para uma Revolução Democrática de Justiça.** São Paulo: Cortez, 2011.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Educando para Direito Humanos**: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade. Porto Alegre: Síntese, 2004.

_____. **Direito como liberdade**: o direito achado na rua. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

_____. SANT'ANNA, Alayde. **Direito achado na rua(o)**. Brasília: Universidade de Brasília, 1987. (Curso de Extensão Universitária a Distância).