

BEATRIZ FERREIRA DE ALMEIDA  
ELIS SERJANE TURRA  
FÁBIO VINÍCIUS FERREIRA MOREIRA  
GÉSSICA DAYSE DE OLIVEIRA SILVA  
JOSANNY ALVES DA SILVA  
JULIETH CRISTINA GUANABARA CAVALCANTI  
LUANA KARLA DE ARAÚJO DANTAS  
LUIZA MORAIS RODRIGUES MENDES  
SUSIE BEZERRA DE SOUZA SANT'ANNA  
VANESSA GONÇALO GUEDES

# LEITURAS DE DIREITO

Série Programa de Residência Judicial  
UFRN/ESMARN  
Turma 2013/2014

**Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya**  
(Organizadora)

ESMARN  
Natal 2015

# **ESCOLA DA MAGISTRATURA DO RIO GRANDE DO NORTE**

## **MOSSORÓ**

Av. Rio Branco, 1902  
Centro – Mossoró/RN – Brasil  
CEP 59.611-400  
[www.mossoro.esmarn.tjrn.jus.br](http://www.mossoro.esmarn.tjrn.jus.br)

## **NATAL**

Av. Promotor Manoel Alves Pessoa  
Neto, 1000 – Candelária – Natal/RN  
Brasil – CEP 59.065-555  
[www.esmarn.tjrn.jus.br](http://www.esmarn.tjrn.jus.br)

## **DIRETORIA**

### **DIRETOR**

Desembargador Vivaldo Otávio Pinheiro

### **VICE-DIRETOR**

Desembargador Ibanez Monteiro da Silva

### **COORDENADORA ADMINISTRATIVA**

Juíza Patrícia Gondim Moreira Pereira

### **COORDENADORA ADMINISTRATIVA ADJUNTA**

Juíza Eliana Alves Marinho Carlos

### **COORDENADORA DO CURSO DE FORMAÇÃO INICIAL**

Juíza Sandra Simões de Souza Dantas Elali

### **COORDENADOR ADJUNTO DO CURSO DE FORMAÇÃO INICIAL**

Juiz João Eduardo Ribeiro de Oliveira

### **COORDENADORA DOS CURSOS DE FORMAÇÃO CONTINUADA**

Juíza Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya

### **COORDENADOR ADJUNTO DOS CURSOS DE FORMAÇÃO CONTINUADA PARA VITALICIAMENTO**

Juiz Everton Amaral de Araújo

**COORDENADOR ADJUNTO DE CURSOS DE FORMAÇÃO  
CONTINUADA PARA PROMOÇÃO**

Juiz Ricardo Tinoco de Góes

**COORDENADOR DOS CURSOS DE FORMAÇÃO DE SERVIDORES**

Juiz Geraldo Antônio da Mota

**COORDENADOR ADJUNTO DOS CURSOS DE FORMAÇÃO DE SERVIDORES**

Juiz Cícero Martins de Macedo Filho

**COORDENADORA DE PESQUISA**

Juíza Alba Paulo de Azevedo

**COORDENADORA ADJUNTA DE PESQUISA**

Juíza Ada Maria da Cunha Galvão

**COORDENADOR REGIONAL – REGIÃO OESTE**

Juiz José Herval Sampaio Júnior

**COORDENADOR REGIONAL ADJUNTO DE FORMAÇÃO**

Juiz André Melo Gomes Pereira

**COORDENADOR REGIONAL ADJUNTO ADMINISTRATIVO**

Juiz Osvaldo Cândido de Lima Júnior



BEATRIZ FERREIRA DE ALMEIDA  
ELIS SERJANE TURRA  
FÁBIO VINÍCIUS FERREIRA MOREIRA  
GÉSSICA DAYSE DE OLIVEIRA SILVA  
JOSANNY ALVES DA SILVA  
JULIETH CRISTINA GUANABARA CAVALCANTI  
LUANA KARLA DE ARAÚJO DANTAS  
LUIZA MORAIS RODRIGUES MENDES  
SUSIE BEZERRA DE SOUZA SANT'ANNA  
VANESSA GONÇALO GUEDES

# LEITURAS DE DIREITO

Série Programa de Residência Judicial  
UFRN/ESMARN  
Turma 2013/2014

Natal 2015



© Copyright by ESMARN

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

L784

Leituras de Direito: série programa de residência judicial UFRN/ESMARN, turma 2013/14 / Beatriz Ferreira de Almeida ... [et al.]; Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (Org.). – Natal: ESMARN, 2015. 384 p.

Livro digital.

ISBN (digital): 978-85-61690-03-8

1. Controle das Políticas Públicas – E-book. 2. Acesso à Justiça – E-book. 3. Direito à saúde – E-book. 4. Direito Penal – E-book. 5. Seguro Habitacional – E-book. 6. Saúde – E-book. 7. Precedentes – E-book. 8. Juizados Especiais Cíveis – E-book. 9. Assistência – E-book. 10. Código de Processo Penal – E-book. I. Almeida, Beatriz Ferreira de. II. Turra, Elis Serjane. III. Moreira, Fábio Vinícius Ferreira. IV. Silva, Géssica Dayse de Oliveira. V. Silva, Josanny Alves. VI. Cavalcanti, Julieth Cristina Guanabara. VII. Dantas, Luana Karla de Araújo. VIII. Mendes, Luiza Morais Rodrigues. IX. Sant’Anna, Susie Bezerra de Souza. X. Guedes, Vanessa Gonçalves. XI. Título.

RN/ESMARN/BDJGC

CDU 34

## SUMÁRIO

### **A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DISCUTIDOS À LUZ DE UM CASO CONCRETO**

Beatriz Ferreira de Almeida ..... 9

### **ACESSO À JUSTIÇA: ESTUDOS EM TORNO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA LITIGIOSIDADE**

Elis Serjane Turra ..... 45

### **A PARTICIPAÇÃO DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE NATAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

Fábio Vinicius Ferreira Moreira ..... 83

### **DIREITO E SELETIVIDADE: O CONTROLE PENAL DE SUJEITOS MARGINALIZADOS**

Géssica Dayse de Oliveira Silva ..... 123

### **DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS FUNDADAS NAS APÓLICES DE SEGURO HABITACIONAL DO SFH**

Josanny Alves da Silva ..... 167

### **CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE**

Julieth Cristina Guanabara Cavalcanti ..... 201

### **A ATIVIDADE JURISDICIONAL ATUAL SOB A ÓTICA DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DOS INSTRUMENTOS DE VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES**

Luana Karla de Araújo Dantas ..... 237

### **O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA: O “JUS POSTULANDI” E O PAPEL DO JUIZ ENQUANTO CONDUTOR DO PROCESSO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS**

Luiza Morais Rodrigues Mendes ..... 281

### **A ASSISTÊNCIA E SUA REPERCUSSÃO NA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE DECISÕES PROFERIDAS PELO JUÍZO DA 6ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE NATAL/RN E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Susie Bezerra de Souza Sant’Anna ..... 319

### **A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Vanessa Gonçalves Guedes ..... 355



# A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DISCUTIDOS À LUZ DE UM CASO CONCRETO

Beatriz Ferreira de Almeida<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente estudo de caso volta sua discussão para a análise da Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.0001, da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal, em que o Ministério Público estadual buscava obter provimento judicial que anulasse contrato administrativo firmado pelo Poder Executivo municipal, no valor de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais), redirecionando tal verba para o adimplemento de dívidas municipais na saúde pública. A partir de tal problemática, extrai as duas questões que discute ao longo do texto: qual a legitimidade democrática e os limites da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas implementadas pelos demais Poderes, Executivo e Legislativo. Traça, de início, os contornos conceituais do controle judicial de políticas públicas, do ativismo judicial e da judicialização da política, temas a ele correlatos, porém não idênticos. Aborda o contexto teórico de superação do positivismo jurídico pelo modelo neoconstitucionalista em que está inserido o processo de ampliação das atribuições do Poder Judiciário. Trata a questão da legitimidade democrática dos juízes a partir da ideia de representação argumentativa trazida por Alexy e a complementa a partir do pensamento de Perelman, apresentando a figura do magistrado como um dos protagonistas do discurso democrático social. Apresenta alguns dos possíveis limites a atuação do Poder Judiciário no controle de Políticas Públicas, elencando a obediência aos princípios constitucionais e a utilização das técnicas de ponderação e sopesamento de valores proposta por Alexy, da racionalização do discurso por meio da argumentação jurídica. Ressalta a possibilidade de controle das decisões singulares por órgãos colegiados e, ainda, a busca pelos ideais de justiça e equidade como outros instrumentos de controle das decisões judiciais. Analisa decisão que apreciou o pedido liminar formulado pelo Ministério Público na Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.0001, da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal para constatar ser ela, a partir dos conceitos tratados ao longo do texto, uma solução possível e adequada para o caso concreto, sem, contudo, ter a pretensão de ser a única resposta correta para ele.

**Palavras-chave:** Controle judicial de políticas públicas. Legitimidade democrática. Limites à intervenção do Judiciário.

1 Mestranda em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Residência Judicial (Pós-Graduação *Lato Sensu*) pela UFRN em parceria com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn). Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

Controle judicial de políticas públicas, judicialização da política e ativismo judicial são três temas constantemente alvo de debates no âmbito da Ciência do Direito. Mais ainda, são fenômenos vivenciados na prática diária da magistratura, seja nos Tribunais Superiores, seja na atividade desenvolvida pelos juízes de primeiro grau. O Poder Judiciário como um todo, diante do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, é colocado a decidir questões polêmicas, cuja consequência inevitável é a intervenção em questões usualmente afetas aos Poderes Executivo e Legislativo.

Um exemplo paradigmático é o da Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.0001, proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em face do Estado do Rio Grande do Norte no mister de ter anulado contrato firmado pela Administração Pública, em meio à conhecida crise vivenciada na prestação do serviço público de saúde estadual, para publicidade institucional, no valor de R\$ 25.000.000,000 (vinte e cinco milhões de reais), e ter tal montante direcionado para o adimplemento de dívidas existentes na área da saúde.

O caso, notadamente, põe em discussão diversos pontos de uma problemática que, apesar de antiga, permanece atual, sobretudo nos atuais contornos do sistema neoconstitucionalista, predominantemente adotado na Ciência do Direito. Ela decorre, no caso específico do Brasil, de uma crise de representatividade e legitimidade dos Poderes “eletivos”, que, em muitas situações, parecem estar na defesa de interesses alheios à sociedade a quem devem resposta; aliada à vigência um sistema constitucional e infraconstitucional que permitiu e ampliou o acesso das demandas coletivas *lato sensu* à análise do Poder Judiciário.

Através da análise da Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.0001 procurar-se-á, neste trabalho, extrair as seguintes problemáticas, consideradas as mais pungentes: possuem os juízes legitimidade democrática para tomar decisões que intervenham em questões eminentemente políticas, pertencentes aos demais Poderes, como é o caso da formulação e implementação de políticas públicas? Quais os limites dessa intervenção?

Para responder a tais perguntas e construir uma linha de raciocínio que permita compreender tanto os aspectos peculiares do caso prático analisado, quanto a teoria aplicável à temática escolhida, será a seguinte a sua organização metodológica.

Em um primeiro momento, será apresentado detalhadamente o caso concreto, suas peculiaridades e contexto fático. A apresentação prévia será seguida de uma apreciação crítica da casuística, para que possam ser colocadas as discussões que a perpassam e extrair as perguntas de partida que pretendiam ser elucidadas ao longo do texto.

Em seguida, passar-se-á à apresentação do embasamento teórico acerca da temática: quais as diferenças conceituais entre “ativismo judicial”, “controle judicial de políticas públicas” e “judicialização da política”, contextualizando dogmaticamente os três fenômenos no mister de dar uma maior precisão ao traçado objeto das discussões propostas.

A primeira pergunta – a existência ou não da legitimidade democrática dessa atuação judicial – será discutida a partir da apresentação dos pensamentos, em especial, de Alexy e Perelman, acerca da ideia de representatividade argumentativa e teoria da argumentação.

Dar-se-á, então, continuidade ao tema com a elucidação dos limites à intervenção judicial no controle de políticas públicas, na tentativa de fixar algumas diretrizes consideradas primordiais a estes julgamentos e rebater algumas objeções doutrinárias que ressaltam a insegurança jurídica e a concentração de poderes no Judiciário.

A partir de tais considerações teóricas é que se apresentará a solução concebida no caso concreto e, seguidamente, será feita a sua análise a partir de todo o abordado ao longo do trabalho.

Trata-se de uma proposta metodológica que objetiva estabelecer uma ponte entre teoria e prática, a partir da análise de uma decisão interlocutória tomada para solucionar um caso concreto paradigmático para a temática do controle judicial de políticas públicas. Por óbvio que não há, neste trabalho, a pretensão de esgotar as inúmeras discussões que a permeiam, mas sim dar um enfoque prático a questões jusfilosóficas, muitas vezes discutidas apenas no plano da abstração, mas diariamente vivenciadas na aplicação do Direito.

Busca-se, com isso, contribuir para a Ciência do Direito, não apenas a partir de uma releitura de teorias clássicas, como também a sua aproximação com um caso prático de relevância.

## **2 APRESENTAÇÃO DO CASO CONCRETO: A AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0802308-53.2014.8.20.0001**

O caso concreto escolhido é o ponto de partida para o desenrolar a discussão ora proposta, razão pela qual se optou, metodologicamente, por iniciá-lo a partir da apresentação da situação fática que será objeto de análise nos demais capítulos.

A Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.0001 foi ajuizada em 14 de março de 2014 pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em face do Estado do Rio Grande do Norte, vindo esta a ser distribuída para a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal.

A casuística que gerou a irresignação ministerial girou em torno da publicação, na versão eletrônica do Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte do dia 1º de março de 2014, de resumo de contrato, para fins de divulgação de ações governamentais, no valor de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais), durante ano eleitoral.

A problemática da destinação da referida verba para a propaganda institucional decorreu da relação feita pelo *Parquet* entre o significativo montante destinado para a publicidade e a difícil situação experienciada no Estado para uma das áreas essenciais do serviço público, a saúde.

Segundou narrou o Ministério Público em sua petição inicial, o Estado do Rio Grande do Norte teria desrespeitado a sua obrigação de efetuar repasses na área da saúde para todos os Municípios, não tendo realizado o pagamento de recursos referentes à farmácia básica e à atenção básica. Quanto ao Município de Natal, o *Parquet* informou que a dívida do Estado chegava ao montante de R\$ 4.661.470,24 (quatro milhões, seiscentos e sessenta e um mil, quatrocentos e setenta reais e vinte e quatro centavos). Já com relação aos demais Municípios, essa dívida ultrapassaria os R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Asseverou, ainda, o Ministério Público que o Tribunal de Contas do Estado, por meio da Auditoria Operacional nº 0661/2012 – TC, relacionou uma série de irregularidades encontradas na gestão da saúde pública estadual, dentre as quais destacou a inadimplência da Secretaria Estadual de Saúde Pública perante os fornecedores de serviços, insumos e medicamentos, totalizando a impressionante quantia de R\$ 151.834.704,88 (cento e cinquenta e um milhões, oitocentos e trinta e quatro mil, setecentos e quatro reais e oitenta e oito centavos).

Em meio a situação complexa enfrentada no âmbito da saúde pública, questionou-se o gasto do dinheiro público com publicidade institucional em detrimento da priorização pela edibilidade do asseguramento do direito fundamental à saúde da população.

No que tange aos fundamentos jurídicos da Ação Civil Pública ora tratada, o Ministério Público embasou a sua pretensão na ideia da flexibilização ou temperamento do princípio da separação dos poderes. Ressaltou também a possibilidade de abertura de créditos suplementares ao Orçamento Anual do Estado, cuja fonte de recurso decorreria da anulação, parcial ou total, de dotação prevista na divulgação de ações governamentais ou da anulação, total ou parcial, a dotação prevista na reserva de contingência, ambas nos valores previstos pela Lei Orçamentária Anual do Estado do Rio Grande do Norte em 2014 (R\$ 17.446,000,00 dezessete milhões, quatrocentos e quarenta e seis reais, e R\$ 33.445,00 trinta e três milhões, quatrocentos e quarenta e cinco mil reais, respectivamente).

Com base no panorama fático acima, o *Parquet* formulou pedido de medida liminar, pretendendo a imediata suspensão da execução do contrato publicado no Diário Oficial do Estado de 1º de março de 2014, que teve por objeto a prestação de serviços de publicidade no valor de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais), bem como a anulação de eventuais empenhos e/ou ordens de pagamento decorrentes desse contrato; e, ainda, a abstenção do Estado “de celebrar e executar qualquer outro contrato para a prestação de serviços da publicidade, até que todo o passivo da Secretaria Estadual de Saúde Pública (SESAP) seja sanado”.

O pedido definitivo, por sua vez, foi pela revogação do contrato *sus* mencionado, a abstenção do Estado em celebrar e contratar qualquer outro ajuste

para a prestação de serviços de publicidade até que todo o passivo da SESAP seja sanado, a abertura de crédito suplementar de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais) em favor da Secretaria Estadual de Saúde, para consecução de ações na área da saúde nos projetos e atividades a serem indicados pelo Secretário Estadual da Saúde Pública através da anulação e o remanejamento, total ou parcial das rubricas de divulgação de ações governamentais ou da reserva de contingência, previstas pela Lei Orçamentária Anual do Estado do Rio Grande do Norte – Lei Estadual nº 9.826/2014.

Foi determinada, mediante aplicação do art. 2º, da Lei nº 8.437/92<sup>2</sup>, a notificação do Estado do Rio Grande do Norte, para que este se manifestasse acerca do pedido de urgência. No entanto, a edilidade não apresentou seus argumentos prévios em contrário nos autos.

Estes foram os atos processuais antecedentes à decisão interlocutória que apreciou o pedido inicial do Ministério Público. O referido *decisum*, como já explicitado nas notas introdutórias, propôs uma solução para o caso ventilado e será o objeto de apreciação do presente estudo, razão pela qual a apresentação do caso concreto aqui se encerra.

### 3 A ANÁLISE DO CASO

A Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.000, como é possível constatar a partir da apresentação acima, é, sem dúvida um caso paradigmático. Diz-se paradigmático porque, não obstante carregue consigo uma das discussões mais palpitantes da atual Ciência do Direito, serve de amostragem para um sem número de outros casos que batem à porta do Poder Judiciário, contendo pedido para que este intervenha em áreas tradicionalmente afetas aos demais Poderes: Executivo e Legislativo.

Na espécie, pretendeu o Ministério Público que o Poder Judiciário Estadual, por meio de decisão interlocutória a ser proferida por um de seus órgãos – um juiz singular – determinasse, liminarmente, a suspensão de um contrato

2 Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

de publicidade institucional firmado pela Administração Pública e anulasse os eventuais empenhos e ordens de pagamento decorrentes desse negócio. Mais ainda, a pretensão ministerial era de que fosse determinada a abstenção pelo Estado de celebrar e executar qualquer outro contrato para a prestação de serviços de publicidade, até que todo o passivo da Secretaria de Saúde estadual – SESAP/RN fosse sanado.

Esses pedidos estavam direcionados a assegurar o cerne da pretensão ministerial, que era o direcionamento da verba despendida com a contratação de publicidade institucional para a área da saúde.

De pronto, verifica-se que o pleito traz, intrinsecamente, a contraposição entre dois interesses públicos. De um lado, tem-se o interesse público de publicização dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos. Do outro, está o interesse, igualmente público, na prestação de um serviço de saúde eficiente e adequado pelo Estado.

A discussão ganha contornos mais profundos ao se considerar que ambos os interesses contrapostos são constitucionalmente assegurados. Quanto à propaganda institucional, a sua previsão está no art. 37, §1º, que ressalta a necessidade de seu caráter educativo, informativo ou de orientação social. A saúde, por sua vez, não apenas é elencada como um direito social pelo art. 6º, *caput*, da Carta Magna, como também a prestação do serviço público que a garanta é colocada como competência comum de todos os entes federados – União, Estado, Municípios e Distrito Federal.

Tem-se, então, um primeiro ponto a ser enfrentado no caso pelo magistrado: o conflito entre dois interesses públicos, ambos protegidos pelo texto constitucional.

A análise do caso, no entanto, permite constatar que a discussão aí não se esgota. Há que se considerar que a intervenção judicial pretendida pelo Ministério Público implicaria, necessariamente, a modificação pelo Poder Judiciário de uma política pública implementada pelo Poder Executivo estadual, que optou pelo direcionamento de parte de seu orçamento para o custeio da propaganda institucional.

Em outros termos, tratar-se-ia de verdadeiro caso de um controle judicial de políticas públicas, em que, por meio de decisão interlocutória, um juiz singular substituiria um ato de vontade de um governador eleito (APPIO, 2007, p. 135).

A solução para o caso, então, passa pela apresentação da temática que o perpassa: a intervenção judicial nas políticas públicas. O tema é amplo e continuamente objeto de discussão pela doutrina e jurisprudência ao redor do mundo. Atentando a essa amplitude, no entanto, o recorte epistemológico que pretende ser dado ao presente trabalho visa a responder a duas perguntas, das mais inquietantes para a magistratura atual: possui o juiz legitimidade democrática para intervir em questões eminentemente políticas, pertencentes aos demais Poderes, como é o caso da formulação e implementação de políticas públicas? Quais os limites dessa intervenção?

Naturalmente, trata-se de perguntas cujas respostas não podem ser esgotadas em apenas uma ideia. Arrisca-se dizer que, no Direito, não há respostas certas, mas apenas interpretações diferentes para uma mesma problemática. Por isso é que os argumentos a seguir delineados não pretendem colocar fim à celeuma, nem muito menos constituir uma verdade absoluta. Porém, a necessidade de sua apreciação não apenas é essencial para o estudo e análise do caso concreto, como também visa a trazer uma contribuição para a Ciência do Direito, fazendo uma releitura de algumas teorias consagradas de autores como Alexy e Perelman, à luz do caso concreto.

## 4 A BUSCA PELA TEORIZAÇÃO DO PROBLEMA

### 4.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL

A Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.0001 é, de fato, um caso paradigma da intervenção do Poder Judiciário em questões de natureza política, que, tradicionalmente, são discutidas nos palcos da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, por meio de seus representantes.

Essas questões, no Brasil, passaram a ser trazidas em escala crescente à apreciação da atividade judicial. O marco para tal fenômeno foi, sem dúvida, deflagrado com intensidade após a promulgação da Constituição de 1988 que, na história do Direito nacional, representou a “virada copérnica” para a consagração de um novo modelo jurídico, fundado na ideia de Estado Constitucional de Direito.

Como consequência, foi trazido à evidência o debate da problemática dessa “ampliação” do âmbito de atuação do Poder Judiciário, que, em seus mais diversos aspectos, recebeu três principais denominações pela doutrina: fala-se em judicialização da política, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas.

São eles conceitos atinentes à atividade judicante em tempos de neoconstitucionalismo, daí o porquê da sua proximidade e, não raras vezes, confusão. Justifica-se, nessa toada, a necessidade de traçar as linhas que os separam e, ao mesmo tempo, os pontos que os aproximam, no intuito de fornecer um panorama mais preciso ao leitor acerca da temática.

Enuncia Barroso (2008) que o fenômeno da judicialização está relacionado com a apreciação pelo Poder Judiciário das questões tradicionalmente discutidas no âmbito dos demais Poderes: Legislativo e Executivo. Como consequência, passam os juízes e tribunais a decidir casos com ampla repercussão política e social, o que provoca “alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (BARROSO, 2008, p. 3).

Trata-se, nos dizeres de Sarmiento, do crescimento da apreciação pelo Poder Judiciário das questões polêmicas e relevantes da sociedade, “muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa” (SARMENTO, 2009, p. 12).

Distancia-se a judicialização da política do ativismo judicial por ser um fenômeno que independe da vontade do Judiciário, decorre de uma série de fatores, dentre eles o próprio modelo constitucional adotado (BARROSO, 2008). O ativismo, porém, consiste numa postura dos magistrados em geral, que optam por decidir proativamente, interpretando a Constituição no mister de dar-lhe maior efetividade, sobretudo no que tange à garantia dos direitos fundamentais. Novamente, são elucidantes as lições de Barroso, que explica se manifestar o ativismo judicial por meio das seguintes condutas:

- (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de Políticas Públicas. (BARROSO, 2008, p. 6)

O terceiro ponto anunciado por Barroso (2008) revela a íntima ligação entre o ativismo judicial e o controle judicial de políticas públicas. Em verdade, este último fenômeno, ao que parece, é consequência específica derivada do somatório dos dois anteriores. A judicialização da política, isto é, o enfrentamento pelo Judiciário de casos concretos com maior conotação política, em que os juízes e tribunais adotam uma postura proativa, mais precisamente determinando um agir ou um não agir ao Poder Público, resulta no controle das Políticas Públicas dos demais Poderes pelo Judiciário.

Appio apresenta definição relativa ao controle judicial das políticas públicas nos seguintes termos:

Este fenômeno se apresenta nos casos em que, a título de controlar a execução de uma política pública, os juízes não somente anulam os atos administrativos praticados, mas alteram o seu conteúdo, através de uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir de direitos previstos de modo genérico na Constituição. A intervenção judicial deixa de ter uma natureza exclusivamente invalidatória, passando a assumir uma função substitutiva, com o que se pode falar em atividade administrativa do Poder Judiciário. O mesmo sucede no tocante ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, quando então os juízes passam a desenvolver uma atividade substitutiva, na qualidade de verdadeiros legisladores positivos (APPIO, 2007, p. 138).

O referido autor, como é de se notar, associa o fenômeno à atividade substitutiva do magistrado, inclusive mencionando a sua ligação com a postura proativa, que corresponde ao ativismo judicial.

De certo que todos os três aspectos – judicialização da política, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas – estão associados, em retrospectiva mais ampla, à superação do positivismo jurídico, ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Seu maior expoente foi, sem dúvida, Kelsen, cuja “Teoria Pura do Direito”, eliminou do direito qualquer referência à ideia de justiça, de juízos de valor, de direito natural e tudo o mais que dissesse respeito à moral, à política ou à ideologia, na tentativa

de amoldá-lo ao conceito das ciências naturais, de caráter objetivo e impessoal (PERELMAN, 2004).

O modelo positivista limitava a Ciência do Direito ao estudo das condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos, de sua conformidade às normas autorizadoras, desprezando o seu conteúdo (PERELMAN, 2004). Regla, ao tratar acerca das características do positivismo, expôs o caráter formalista imputado ao Direito:

O Direito, logo, não se identifica por seu conteúdo, mas sim por sua forma. A identificação das normas jurídicas é uma questão formal. A origem das normas jurídicas é uma questão formal. A origem das normas (não seu conteúdo) é o que determina a sua juridicidade. Todo direito está baseado em fontes (fatos e atos criadores de normas) e é expressão de uma racionalidade de tipo formal, no sentido weberiano da expressão. A autoridade (quem dita a norma), o procedimento (como se dita a norma) e a consistência (a compatibilidade lógica da norma) com as normas superiores constituem a teia conceitual com a qual se constroem os juízos formais de validez (REGLA, 2010, p. 24-25).

Para a ideologia positivista do direito, com fundamento na doutrina da separação rígida dos poderes, aquele – a lei – seria a expressão da vontade da nação, cujo único porta-voz qualificado seria o legislador. Nota-se, então, a restrição do espaço de atuação do juiz que, ao decidir, deveria tão somente subsumir o fato ao texto da norma. Eventual “abertura” na lei significava uma atecnia do legislador, que deveria ser resolvida por meio da atividade discricionária do julgador.

Este modelo foi, porém, majoritariamente superado após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, os quais, de certa maneira, revelaram alguns pontos de sua fragilidade, eis que a teoria positivista, sintetizada no pensamento de que Lei é lei e o juiz deve a ela se conformar, foi utilizada também para justificar condutas injustas, como se deu nos regimes nazistas/facistas. Ficou claro, então, que o Direito não se resume à lei. Há princípios não positivados que se impõem a todos, inclusive ao legislador, que tem o dever de promovê-los, na busca pelo ideal de justiça (PERELMAN, 2004).

O pós-positivismo, expressivamente representado pela sua vertente neoconstitucionalista, desponta, então, como a ideologia predominante do Estado Constitucional de Direito. O novo paradigma foi resultado de um somatório de fatores, relacionados por Guastini (apud FIGUEROA, 2012, p. 515-516), que podem ser sintetizados no reconhecimento da força normativa constitucional, sobretudo dos direitos fundamentais nela previstos, colocando-a como centro de atração<sup>3</sup> do ordenamento jurídico. Esta visão estabeleceu uma reaproximação entre Direito e Moral, reconhecendo a forte carga axiológica que está nele presente (FIGUEROA, 2012).

Sob o aspecto da estrutura das normas constitucionais, a modificação proposta pelo neoconstitucionalismo trouxe especial importância para os princípios, ampliando o seu âmbito de influência na interpretação de todas as outras normas do ordenamento e preenchendo as suas aparentes “lacunas”. Por isso, provocou-se a mudança também na forma de aplicação do direito, mediante a técnica da ponderação, que se distancia do modelo tradicional de subsunção e fortalece a teoria da argumentação jurídica.

A mudança de paradigma, inevitavelmente, teve como consequência o fortalecimento da atuação dos juízes, eis que o reconhecimento da força normativa dos princípios e a técnica da ponderação exige uma maior complexidade do raciocínio jurídico, em especial nos chamados “casos difíceis” ou “*hard cases*”<sup>4</sup>,

3 Esta expressão é do jurista Clève (2006, p. 03): “Antes de vértice de uma pirâmide, no âmbito nacional apresenta-se como centro, um centro exercente de atração de ordem gravitacional sobre o vasto universo normativo contaminado pela fragmentação. O universo jurídico é caos que se faz sistema pelo trabalho árduo do operador jurídico ao lançar mão da linguagem constitucional em busca da unidade de sentido”.

4 Regla (2008, p. 26) esclarece a diferença entre os “casos fáceis” e os “casos difíceis”: “No novo paradigma, não há casos relevantes não regulados, pois nos sistemas jurídicos não há somente regras, também há princípios. Um caso é fácil quando a solução é o resultado de se aplicar uma regra do sistema, e esta solução é consistente (logicamente compatível) com as demais regras do sistema e coerente (valorativamente compatível) com os princípios do mesmo sistema. Ao contrário, um caso é difícil quando a solução não provém diretamente da aplicação de uma regra do sistema, mas quando é preciso buscá-la como resposta a uma questão prática que requer desenvolver uma intensa atividade deliberativa e justificativa. Um caso fácil não exige deliberação, mas simplesmente a aplicação da regra – *juris-dictio*, dizer o Direito para o caso. Um caso difícil exige deliberação prática – *juris-prudentia*, ponderar o Direito para o caso. Sob o novo paradigma, a discricionariedade do sujeito convocado a resolver o caso, o aplicador, já não se concebe como liberdade no sentido de a ele ser permitido escolher qualquer opção, mas sim no sentido de responsabilidade, desse tipo especial de deveres que chamamos responsabilidades. Por isso, quanto mais discricionário é um ato (menos regrado está), mais justificação requer.

nos quais o texto posto da lei não fornece uma resposta imediata para o problema a ser enfrentado. Nesse sentido, desponta a importância de uma teoria da argumentação jurídica, na tentativa de racionalizar o pensamento jurídico e legitimar a tomada de decisões pelo Poder Judiciário.

Pode-se afirmar que, em termos políticos, houve uma “acentuação do deslocamento do protagonismo do Legislativo ao Judicial” (FIGEROA, 2009, p. 519). Tem-se, então, a causa para o florescimento das discussões em torno desse “aumento” da esfera de interferência das decisões judiciais.

O sistema jurídico brasileiro, naturalmente, acompanhou as tendências neoconstitucionais e, como anteriormente ressaltado, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a experimentar as consequências da prevalência dessa filosofia de pensamento na Ciência do Direito. As disposições constitucionais, somadas ao ambiente de redemocratização do país, promoveram uma revitalização do Poder Judiciário nacional, em especial o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal e dos instrumentos de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2008). Este foi o cenário que propiciou a expansão dos fenômenos da judicialização da política, do ativismo judicial e do controle pelo Poder Judiciário das políticas públicas.

Não se pode olvidar, ainda, do papel desempenhado pelo Ministério Público nesse processo. O crescimento de suas atribuições, sobretudo na defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, teve como consequência a judicialização de muitas dos casos hoje apreciados pelos órgãos do Poder Judiciário em que há o questionamento de políticas públicas implementadas pelos demais Poderes. É justamente essa a hipótese da Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.0001, objeto do presente estudo.

Traçados os parâmetros conceituais e os fatores de contribuição para que Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, passasse a intervir de maneira mais intensa – quantitativa e qualitativamente – na esfera política dos Poderes Executivo e Legislativo, é importante prosseguir no traçado do corte epistemológico ora proposto, passando-se a discutir as duas questões nodais do trabalho: quanto à legitimidade democrática dessa intervenção e os seus limites, o que se faz a seguir.

## 4.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Uma das problemáticas mais inquietantes sobre o tema diz respeito à legitimidade democrática dos magistrados na tomada de decisões que interferirão na esfera de atuação de outros poderes. A problemática se justifica sob a perspectiva de que, tanto o Poder Executivo<sup>5</sup>, quanto o Legislativo, são compostos por representantes eleitos pelo povo, a partir de um processo eleitoral previamente estabelecido pelo texto constitucional, em que é dado ao cidadão a escolha daqueles que lá atuarão.

Quando se está a tratar da atividade judicante, porém, o meio de investidura dos magistrados brasileiros não passa pelo voto popular. São os juízes selecionados por meio de concurso público, no qual são avaliadas primordialmente as habilidades técnicas dos candidatos. E mesmo que se diga que o cargo ocupado exija o domínio amplo e preciso dos conhecimentos técnicos acerca do Direito, não raras vezes – como o demonstra o caso concreto ora analisado – ao magistrado é apresentado caso concreto em que sua decisão poderá estar eminentemente carregada de cunho político e/ou moral. Aliás, ressalte-se: são inúmeras as ações nas quais se pretende obter provimento jurisdicional que determine ao Poder Executivo: compre o remédio, realize a cirurgia, faça a obra pública.

Surge, então, a pergunta sobre a qual se pretende lançar luz: diante destas circunstâncias, em não sendo o juiz um representante eleito do povo, possui este legitimidade democrática para proferir decisões políticas, interferindo no âmbito dos demais Poderes?

É importante considerar que o questionamento acima é, muitas vezes, apreciado pela doutrina no exame da atuação apenas das Cortes/Tribunais Constitucionais. No entanto, o sistema organizacional do Poder Judiciário, da forma como foi adotado no Brasil, conferiu a possibilidade de tanto os órgãos colegiados, quanto os juízes singulares, decidirem sobre questões afetas aos demais Poderes. Isso se dá, sobretudo, como consequência da aplicação de ambas as

5 Aqui, a referência se faz, mais especificamente, aos Chefes do Poder Executivo.

formas de controle de constitucionalidade – difusa e concentrada, em que o magistrado de primeira instância pode, incidentalmente, pronunciar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinada norma.

Sendo assim, não se pretende limitar a resposta de tal pergunta à intervenção judicial em questões políticas experienciada na atuação do Supremo Tribunal Federal, mas também abranger a atividade dos juízes singulares, que também são protagonistas desse fenômeno. Trata-se de problemática que instiga ainda mais a pergunta feita acima, pois, pretende incluir aquelas situações em que a decisão solitária de um único magistrado tem repercussão em um outro Poder, Executivo ou Legislativo.

Segundo Appio (2007), o conceito de democracia está comumente associado ao exercício do poder político através de instâncias formais de representação, isto é, corresponderia apenas ao mecanismo de seleção dos representantes dos cidadãos eleitores.

Sob tal visão, pois, a ideia de representação democrática de determinado agente estatal estaria condicionada ao processo majoritário de escolha dos representantes pelo voto popular.

Esse entendimento, todavia, pode ser questionado frente ao Estado Constitucional de Direito inaugurado a partir da Constituição de 1988. Fala-se em um conceito substancial de democracia, diverso daquele meramente formal e que se fundamenta na conjugação dos valores de cidadania e dignidade da pessoa humana. As eleições, não obstante permaneçam como parte indispensável do processo democrático, não o esgotam.

Nesse contexto é que despontam, com maior relevância, as atuações de todos os órgãos do Estado na proteção dos direitos fundamentais, dentre as quais se encaixa a do Poder Judiciário no controle das ações do Poder Público que eventualmente venham a ferir tais direitos e, por consequência, o corolário da dignidade da pessoa humana (APPIO, 2007).

Se havia, em um primeiro plano, uma contraposição entre a defesa dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e a Democracia, uma vez que os órgãos jurisdicionais, sem representatividade popular, passariam a “inibir” a atuação do legislador ou dos chefes do Poder Executivo, interferindo em questões de cunho político, passou-se, então, a formular teorias que compatibilizassem e justificassem a legitimidade democrática de tal atuação jurisdicional.

O tema é complexo e, inevitavelmente, circular. Como já anteriormente ressaltado, não há resposta certa para uma indagação eminentemente jusfilosófica. Porém, procura-se adotar uma corrente de pensamento que se coadune com o atual estágio do Direito Constitucional brasileiro, que se expõe a seguir.

A explicação proposta parte de uma união das ideias de representatividade argumentativa, proposta por Alexy (2007), e de argumentação jurídica, de Perelman (2004).

Para Alexy (2007) a única possibilidade de reconciliar a atuação dos magistrados em questões eminentemente políticas, analisada pelo autor a partir das Cortes Constitucionais, seria compreendê-la também como dotada de representatividade popular. Esse tipo de representatividade, no entanto, não estaria ligada a ideia de eleições. Consistiria na chamada “representação argumentativa”.

A representação eletiva, que é aquela tradicionalmente aceita, é fruto de um procedimento de decisão do povo, que se dá mediante o processo de eleição e da regra da maioria. No entanto, Alexy (2007) entende que a democracia não se limita a esse caráter decisionista. Ela consiste, em verdade, na tentativa de institucionalizar o discurso, da forma mais ampla possível, como meio da tomada de decisão pública. Deve abarcar, além do conceito de decisão, o do argumento. Em seus próprios termos:

Representação é uma relação de duas variáveis entre um ‘repraesentandum’ e um ‘repraesentans’. No caso da dação de leis parlamentar, a relação entre o ‘repraesentandum’ – o povo – e o ‘repraesentans’ – o parlamento – é determinada, essencialmente, por eleições. Agora, é possível esboçar uma imagem da democracia, que contém nada mais que um procedimento de decisão centrado nos conceitos de eleição e de regra da maioria. Isso seria um modelo puramente decisionista de democracia. Um conceito adequado de democracia, contudo, não se deve apoiar somente no conceito de decisão. Ele precisa também abarcar o de argumento. O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões,

que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos (ALEXY, 2007, p. 163).

Traduzindo a visão de Alexy (2007), este entende que o Parlamento – aqui se referindo a um Poder político cuja representatividade não é questionada – representa o povo não apenas pelo elemento volitivo, isto é, porque o povo optou por ali colocá-lo para exercer determinado poder, mas também pelo argumentativo: porque tal decisão foi orientada por determinados valores e ideais. A representação democrática, nesse sentido, não pode ser resumida a uma questão de escolha, a qual se refere Alexy (2007) como dimensão fática, possuindo também outras duas dimensões: a normativa e a ideal.

Para o autor, na representação democrática, o ideal é a ideia de correção, no qual todos os participantes do processo democrático lutam por uma solução política correta por meio da racionalidade discursiva (ALEXY, 2007). O Parlamento, como qualquer instituição afetada pelo jogo político das maiorias, que, muitas vezes, almejam perpetuar certos privilégios, porém, poderá produzir leis injustas, que violem direitos fundamentais e a democracia deliberativa.

O Poder Judiciário, para Alexy (2007), desempenharia papel remediador não apenas para esses casos de leis injustas, mas também para solucionar as hipóteses de omissões legislativas, de contradições normativas e da necessidade de se decidir contra o texto expresso de uma norma. Sua representatividade popular seria argumentativa. Através da racionalização do discurso, tornar-se-ia possível a discussão e reflexão de suas decisões, alcançando o ideal democrático. Isso porque, como posto acima, para Alexy (2007), a democracia nada mais é do que a tentativa de institucionalização do discurso, por meio da tomada de uma decisão pública.

Ao que parece, a visão de Alexy vai além do pensamento “Dworkiniano”, que atribuiu ao Poder Judiciário a defesa das posições contramajoritárias, muitas vezes oprimidas nos processos de produção legislativa pelos representantes eleitos pelo povo, os quais, naturalmente, tendem a defender os interesses da maioria. É como explica Appio:

Segundo Dworkin, existe uma distinção entre as concepções majoritária e a constitucional da democracia. No primeiro caso,

não se aceita que uma posição contramajoritária dos juízes possa prevalecer, a partir de uma leitura moral da Constituição. Já a partir de uma concepção constitucional da democracia, os juízes estão autorizados a limitar a vontade das maiorias parlamentares através do controle de constitucionalidade, sempre que não forem observadas “condições democráticas”, ou seja, sempre que processo legislativo deixar de tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração (APPIO, 2007, p. 32).

Alexy não só constatou a importância da participação do Poder Judiciário na proteção de interesses não abrangidos pelos processos majoritários, como também ressaltou a importância que uma teoria da argumentação possui para o controle também dos atos decisórios da atividade judiciária, por meio da decisão fundamentada e pública.

Ao motivar racionalmente a tomada de uma decisão, o Juiz participa do processo democrático, sobretudo na defesa dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, e o faz de modo primordialmente argumentativo, submetendo ao controle dos jurisdicionados o seu discurso. Tal discurso, para ser legítimo, deverá pretender o correto, o justo, o equânime. São os exatos termos de Alexy:

A jurisdição constitucional, todavia, não é um remédio universal. Se não mais existe o suficiente que quer a democracia, então ninguém pode salvá-la. Além disso, a democracia também pode desenvolver efeitos negativos. Cada jurisdição constitucional, como uma representação argumentativa dos cidadãos, primeiro está claramente mais próxima de ideais discursivos que o processo político, que levou à lei anulada, e se, segundo, no processo político posterior, a decisão do tribunal constitucional é reconhecida pelos cidadãos em discussão e reflexão crítica como sua própria (ALEXY, 2007, p. 36).

É nesse ponto em que convergem os pensamentos de Alexy e Perelman (2004). Este último também resalta a importância que a motivação para o controle democrático das decisões judiciais, posto que, ao argumentar pelo seu julgamento, o magistrado procura convencer não apenas as partes, mas a todos.

A decisão judicial, segundo Perelman, se dirige a três auditórios distintos, na busca de persuadi-los: às pessoas em litígio, aos profissionais do direito e, por fim, à conformação pública. Daí a importância da argumentação, que visa a convencer os três auditórios diferentes.

O Direito, na perspectiva de superação do positivismo, possui um aspecto de adesão. Não basta que uma norma seja imposta pelo soberano, ela deve ser aceita pela sociedade. A atividade do Poder Judiciário possui, então, função primordial na conformação entre a norma e aquilo que é considerado equitativo e razoável. São estes os exatos termos de Perelman:

Como o direito tem uma função social para cumprir, não pode ser concebido, de modo realista, sem referência à sociedade que deve reger. É porque o direito, em todas as suas manifestações, insere-se no meio social (...) Em uma sociedade democrática, é impossível manter a visão positivista do direito, segundo a qual este seria apenas a expressão arbitrária da vontade do soberano. Pois o direito, para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não só imposto por coação. Esta visão do direito, e do lugar que ocupa na sociedade, é indissociável e uma concepção do papel do Estado e das relações estabelecidas e desejáveis entre o poder e aqueles sobre os quais se exerce (PERELMAN, 2004, p. 241).

O encaixe entre as duas teses – de Alexy e Perelman – ressalta o papel crucial que a argumentação e a motivação das decisões judiciais possui na legitimação democrática da atividade judicial que ultrapasse o simples “aplicar a lei ao caso concreto”. O juiz, nessa perspectiva, é visto como um protagonista em todo o cenário da democracia. Ele é um dos produtores do discurso social, do constante diálogo entre a sociedade e os poderes estatais, que deve ser feito de forma racional e pública, de modo a permitir o seu controle pelos seus destinatários – o povo.

Essa visão é consentânea com o atual Estado constitucionalizado, em que se valoriza o papel ativo do magistrado na defesa de direitos fundamentais e princípios constitucionais. A própria Constituição trouxe o espaço e os instrumentos para essa intervenção e é por meio da defesa das disposições constitucionais e

do valor da justiça que o juiz encontra a legitimidade democrática de sua intervenção em áreas afetas aos demais poderes.

O simples fato de não ter sido eleito, e sim selecionado por concurso não retira da atuação do juiz a sua legitimidade, pois o modo de investidura não interfere na sua importante participação no processo democrático, que é a conformação das normas ao ideal de equidade e justiça de Perelman e a pretensão de correção que coloca Alexy.

Fazendo uma aproximação entre o acima delineado e o cerne da temática deste trabalho, é possível concluir que a intervenção do Judiciário em políticas públicas afetas aos demais Poderes não pode ser considerada democraticamente ilegítima quando se prestar à proteção de direitos fundamentais e de princípios constitucionais. Nesse sentido, há que se reconhecer a evolução do conceito de “separação dos poderes”, cujo aspecto rígido tem sido flexibilizado no atual Estado Constitucional de Direito.

Por óbvio que esse reconhecimento da legitimidade desse tipo de atuação do Poder Judiciário gera uma série de outros questionamentos, posto que é reconhecida uma ampliação da esfera de atuação dos Juízes e, conseqüentemente, passa a se temer a tomada de decisões arbitrárias, que extrapolem possíveis limites entre a intervenção e a ingerência indevida. É o que o ponto a seguir pretende examinar: quais os limites da intervenção do Poder Judiciário? Até onde pode este se imiscuir em matérias comumente enfrentadas por outros poderes e “substituir” a sua vontade?

### 4.3 LIMITES À INTERVENÇÃO

De certo que os pontos antes levantados acerca da legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário guardam consigo um alto grau de subjetividade. Quando se fala em que uma decisão motivada e pública é legítima na medida em que conforma a norma com o ideal da justiça e zela pelos princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, esta ideia tem certas dificuldades de ser visualizada na prática e gera o temor dos julgamentos arbitrários e do aumento indesejado da insegurança jurídica.

Na problemática especial da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, questiona-se até que ponto essa consequência dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial não estariam criando um verdadeiro “governo dos juízes”. Exemplifica Appio (2007, p. 155-156) a crítica segundo a qual se determinada decisão impõe a retirada de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redesignação de verbas para as obras e serviços sociais que o juiz entende serem prioridade geraria a concentração, apenas no Poder Judiciário, das funções legislativa, executiva e judicial, o que o tornaria uma espécie de “superpoder”.

Ao apontar alguns dos questionamentos advindos da judicialização da política, em especial no que tange à apreciação pelo Poder Judiciário de questões eminentemente econômicas, Faria (2005, p. 33) cita os problemas da erosão dos valores precípuos dos Poderes Executivo e Legislativo e do surgimento de uma “tensão institucional” – chamada de “crise de governabilidade” – decorrente da dificuldade de serem distinguidos os papéis, competências e prerrogativas de cada um desses Poderes.

Mostra-se fundamental, então, a tentativa de traçar os limites mínimos para que a atuação do Poder Judiciário – essencial para a manutenção do diálogo democrático entre os três Poderes e a sociedade e para a defesa da Constituição – não se torne indevida e venha, contraditoriamente, a ir de encontro aos ideais democráticos.

De certo que um importante instrumento de controle de qualquer decisão judicial passa pela necessidade de sua motivação. A exposição dos motivos racionais utilizados pelo magistrado para optar por uma solução para determinado caso concreto torna possível às partes integrantes do conflito, às instâncias superiores do Judiciário e à própria sociedade questioná-la ou modificá-la, adequando-a aos moldes considerados aceitáveis dentro dessa lógica de limitação do seu campo de ingerência.

A relevância da publicidade dos argumentos utilizados pelo juiz para decidir se sobressai ainda mais nos “casos difíceis”, nos quais, pela ausência de uma regra específica de aplicação ou de um padrão de decisão, dá-se azo a um maior espaço para a interpretação do magistrado na aplicação das normas que entender cabíveis.

O primeiro e imprescindível limite que se deve estabelecer é a Constituição. Parece um tanto óbvio dizê-lo, o que não retira a verdade da afirmação. O magistrado, ao decidir em qualquer caso, mas, mais especialmente naqueles que desembocarão na sua intervenção em políticas implementadas por outros Poderes, deverá agir na busca pela efetivação e obediência aos princípios constitucionais. É o que Perelman (2004, p. 223) afirma ao dizer que uma decisão judicial não basta ser equitativa, sendo necessária a sua conformidade com o direito em vigor.

Bonifácio, aprofundando de forma mais específica a matéria, ensina que o Juiz tem o dever de efetivação da Constituição, sendo a sua função, enquanto “juiz constitucional”, a de fazer uma leitura do ordenamento a partir da lente dos valores morais contidos nas normas constitucionais:

A legalidade que é produzida pela Constituição Democrática convida em legitimidade e em funcionalidade, à proporção que garante efetiva e, portanto, realiza os direitos fundamentais, em qualquer de suas dimensões (...) E aí avulta a função do Juiz constitucional com o poder de auspiciar o direito justo e criar sentidos adequados a essa finalidade, fundamentado em normas positivadas, mas com consciência crítica de que o processo de concretização e a aplicação do direito passam por uma leitura moral da Constituição, segundo as premissas de garantia de igualdade, liberdade e solidariedade aos cidadãos. A lei é um caminho a ser seguido; a legalidade constitucional é o caminho à realização dos fins de direito (BONIFÁCIO, 2009, p. 224-225).

As normas constitucionais apresentam, pois, essa função legitimadora e, ao mesmo tempo, limitadora da atuação judicial, porquanto nenhuma decisão poderá ir de encontro aos princípios e valores nelas inseridos e o magistrado, nesse sentido, deverá fincar suas razões de decidir na busca pela efetivação dessas diretrizes constitucionais.

É esse critério, sobretudo, que garante o equilíbrio da separação entre os três Poderes. Como já mencionado, já não se fala em uma separação rígida entre as esferas Legislativa, Executiva e Judiciária. O processo democrático se perfec-

tibiliza também por meio das intervenções do Poder Judiciário quando estas se mostrarem necessárias a garantir a eficácia de direitos fundamentais.

Essa obediência aos princípios constitucionais imposta ao juiz (e não apenas ao juiz) deságua, ademais, na proteção da esfera privativa de cada um dos Poderes. Na hipótese específica da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, muito embora se verifique possível – em razão da existência de conceitos normativos indeterminados – a revisão de atos administrativos discricionários a partir da análise de sua proporcionalidade, haveria uma “desarmonia”, em regra, entre as instâncias administrativa e judicial se o juiz assumir para si a função de “administrador”, fazendo, por exemplo, as escolhas que a ele caberiam dentro das possibilidades permitidas pela norma (APPIO, 2007).

Por outro lado, não se pode desconsiderar que, mesmo partindo da premissa de que os princípios constitucionais constituem precípuos instrumentos de limitação da atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, esta ainda deixa margem a questionamentos, sobretudo porque o conteúdo dos direitos fundamentais positivados (ou não) na Constituição Federal de 1988 é inegavelmente aberto. O exemplo clássico disso é o princípio da dignidade da pessoa humana. O seu significado, por óbvio, dependerá da interpretação do aplicador da norma, que poderá “preenchê-lo” com os mais diversos conteúdos. Essa é a razão desse princípio ser, em muitas ocasiões<sup>6</sup>, invocado para fundamentar os lados contrários de uma mesma lide. Novamente, é pertinente citar as elucidações feitas por Bonifácio, que explica:

Como vimos, o texto constitucional congrega princípios e normas que incorporam valores abertos, instrumentais, e não valores fechados hermeneuticamente, servindo como exemplo as normas dispostas no art. 5º, caput, - igualdade perante à lei, moralidade administrativa prevista no art. 37, caput; o art. 1º, III, quanto à dignidade humana; art. 196, saúde pública universal, entre outros (BONIFÁCIO, 2009, p. 222).

6 Foi o caso do julgamento da questão, pelo Supremo Tribunal Federal, do aborto de fetos anencefálicos, em que as partes que representavam interesses contrários, fundamentando-os no princípio da dignidade da pessoa humana. (ADPF 54, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, **Acórdão Eletrônico DJe-080** divulg. 29-04-2013 public. 30-04-2013).

Como uma das respostas possíveis para tal problemática, sobressaem-se algumas técnicas de interpretação e aplicação das normas, dentre as quais optou-se por dar enfoque neste trabalho, à de ponderação e sopesamento de valores (princípios) proposta por Alexy. Considera-se que tais métodos interpretativos constituem também forma de limitar a atividade do juiz, pois se prestam, dentre outros, a imprimir certa racionalidade aos seus julgamentos, tornando possível o seu dever de “condensar e densificar” princípios e valores abertos (BONIFÁCIO, 2009, p. 222).

A técnica proposta por Alexy (2011) é aplicada aos casos de colisões entre princípios. O autor propõe que, na hipótese de, em uma casuística, dois princípios levarem a soluções opostas, deverá o julgador considerar o “peso” que cada um desses princípios terá naquela situação específica. Assim, a preponderância de um princípio em um caso concreto se dará quando houver razões suficientes para que ele prevaleça sobre o outro em determinadas condições, que dependerão desse caso concreto. Alexy (2011) chamou essas condições de condições de precedência.

As condições, nessa perspectiva, constituem o suporte fático de uma regra, porque elas permitem a preponderância de um determinado princípio sobre o outro e, por conseguinte, uma consequência jurídica do princípio que tem precedência. Este é o fundamento da “lei de colisão” de Alexy (2011) que, segundo afirma, reflete a natureza de “mandados de otimização” dos princípios, isto é, que não há princípios absolutos e que sua aplicação dependerá de ações e situações não quantificáveis.

Alexy (2011) aceita que a sua teoria dos princípios possui uma íntima relação com a máxima da proporcionalidade, eis que a própria natureza dos princípios se adequa às três máximas parciais da adequação, da necessidade como o mandamento do meio menos gravoso e da proporcionalidade em sentido estrito. Essa conclusão decorre da percepção de que a aplicação dos princípios está necessariamente condicionada às possibilidades jurídicas e fáticas de cada caso. Parte, igualmente, da ideia de que as normas de direitos fundamentais têm caráter eminentemente principiológico<sup>7</sup>.

7 Alexy a deixa clara no seguinte trecho (2011, p. 543): “A razão para tanto não reside apenas na abertura semântica e estrutural das disposições de direitos fundamentais, mas sobretudo na natureza principiológica das normas de direitos fundamentais. Essa natureza principiológica implica na necessidade de sopesamentos”.

A teoria proposta por Alexy (2011) limita, então, a atividade do magistrado no ato decisório na medida em que fornece um norte interpretativo para a aplicação de normas de conteúdo fluido e aberto, como é o caso dos princípios constitucionais – notadamente os direitos fundamentais. Indica ao juiz que, diante de casos concretos em que se verifica a colisão entre princípios, deverá optar por dar preponderância aquele que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, tiver mais “peso” e, ainda, implicar uma consequência de caráter menos gravoso.

Por óbvio que essa resposta fornecida pela “lei de colisão” de Alexy (2011) carrega consigo também sua própria carga de abertura. O autor admite que a técnica de sopesamento não garante a existência de uma única solução correta para determinado caso concreto, pois depende de valorações que o próprio ato de sopesar não pode controlar. Porém, essa é uma abertura que decorre do ordenamento, que ao conter um rol de direitos fundamentais – intrinsecamente principiológicos – torna-se aberto em face de valores morais e ao próprio ideal de justiça. São esses os exatos termos de Alexy:

Embora o processo de sopesamento seja, como já foi demonstrado, um processo racional, ele não é um processo que leva sempre a uma única solução para cada caso concreto. Decidir qual solução será considerada como correta após o sopesamento é algo que depende de valorações que não são controláveis pelo próprio processo de sopesar. Nesse sentido, o sopesamento é um procedimento aberto. Mas a abertura do sopesamento conduz a uma abertura do sistema jurídico substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais. Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico adquire um caráter de sistema jurídico aberto, independentemente da extensão dessa abertura. A terceira consequência diz respeito ao tipo de abertura. A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto em face da Moral (ALEXY, 2011, p. 543-544).

Para essa abertura do processo de sopesamento, Alexy (2011) destaca a importância da argumentação jurídica, que permite a racionalização do discurso

e o seu controle, ao mesmo tempo em que ressalta a necessidade de obediência do julgador a três critérios: à lei, ao precedente e à dogmática.

Quanto ao primeiro deles – obediência à lei –, é certo que, no atual estágio da Ciência do Direito, melhor seria falar-se em obediência à Constituição, por ser ela o fundamento de validade de todo o ordenamento e, como colocado anteriormente, constituir um dos mais importantes diretrizes que deve o magistrado respeitar ao julgar qualquer caso.

Noutro giro, ao tratar o segundo elemento – o precedente – Alexy (2011) se aproxima de outra forma de limitação à atividade do magistrado, lembrada também por Perelman (2004). A possibilidade de reforma de decisões de primeira e segunda instância por Tribunais Superiores colegiados e, ao mesmo tempo, a formação de uma jurisprudência que indique determinada linha decisória são também maneiras de estabelecer certas barreiras a essa amplitude da atividade judicial. Como elucida Perelman, nas Cortes colegiadas a análise de determinada demanda é feita em conjunto, o que reduz o grau de subjetivismo do julgamento. Ao mesmo tempo, um conjunto de julgamentos reiterados no mesmo sentido permite fornecer um norte ao juiz singular à sua *ratio decidendi*:

É este último aspecto que é favorecido pelo sistema que organiza os tribunais em colegiados, aos quais, tanto no nível quanto no penal, são submetidos os litígios mais importantes, pois a decisão deverá resultar não da tomada de posição de um só, mas da unanimidade ou, pelo menos, da maioria que se formará no seio do tribunal. Mesmo que, muitas vezes, a decisão preceda a motivação, a deliberação preliminar permitirá levar em conta argumentos alegados por todos os membros do colegiado, e a solução adotada será tanto menos subjetiva quanto mais possibilidades de serem expostos e apreciados tiverem os pontos de vista eventualmente opostos (PERELMAN, 2004, p. 223).

Esta é, inclusive, uma das características do sistema neoconstitucionalista, que elenca como fonte do direito a precedência constitucional, isto é, a interpretação dada ao texto constitucional pelas Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais. Serão essas Cortes ou esses Tribunais os responsáveis por uniformizar os valores preponderantes em determinadas situações. Assim, muito

embora ainda seja dada ao juiz singular a “liberdade” para julgar de acordo com o seu entendimento, mesmo dissonante da jurisprudência da Corte Constitucional, persistem mecanismos processuais que tornam possível o controle desses julgados dissonantes, adequando-os ao padrão decisório adotado. É o caso, no direito processual pátrio, do recurso extraordinário ou da reclamação constitucional.

Tem-se, pois, até o presente ponto, constatado que a intervenção pelo magistrado em políticas públicas poderá ser limitado aos seguintes pontos: não poderá desobedecer direitos fundamentais e princípios constitucionais, deverá ter sua motivação racional e, no caso de conflito entre princípios, deverá sopesá-los, buscando aplicar aquele com mais “peso” no caso concreto e com consequências menos gravosas e, por fim, estará sujeita à possibilidade de reforma por instâncias superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal.

Um outro importante ponto que se relaciona com as considerações já feitas e também deve funcionar como uma diretriz para a atividade da magistratura como um todo está ligado à busca pela justiça e equidade no decidir judicial. Sobretudo nas demandas que envolvem o controle de políticas públicas – e, necessariamente, interesses relevantes para toda a sociedade – acentua-se a preocupação com a tomada de uma decisão, acima de tudo, consonante com o valor da justiça e como uma resposta ao aspecto social ao qual se dirige. Nos dizeres de Perelman:

Como o direito tem uma função social para cumprir, não pode ser concebido, de modo realista, sem referência à sociedade que deve reger. É porque o direito, em todas as suas manifestações, insere-se no meio social, que a sociologia do direito adquire, em nossa concepção de direito, uma importância crescente. Em uma sociedade democrática, é impossível manter a visão positivista do direito, segundo a qual este seria apenas uma expressão arbitrária da vontade do soberano. Pois o direito, para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não só imposto por coação. Essa visão do direito, e do lugar que ocupa na sociedade, é indissociável de uma concepção do papel do Estado e das relações estabelecidas e desejáveis entre o poder e aqueles sobre os quais se exerce. Se nem todos os poderes emanam de Deus, mas da nação, é a esta que devem prestar conta os que exercem em seu nome (PERELMAN, 2004, p. 241-242).

Isto não significa afirmar que o julgamento nesses moldes – atento ao ideal de justiça e à resposta social que poderá dar – deverá fazer com que fatores externos ao “jurídico” prevaleçam no processo racional de decisão. É, contudo, reconhecer a influência desses fatores no ato de interpretar e aplicar as normas jurídicas. Trata-se de uma visão consentânea, novamente, com a teoria neoconstitucionalista e com a reaproximação entre Direito, Política e Moral. Uma visão que enxerga o fato de que o poder no Estado Constitucional está não apenas na coerção imposta pelas decisões judiciais, mas também em sua aceitabilidade no meio em que está inserida.

Como é de se observar, as questões tratadas como “limites” à intervenção judicial em políticas públicas formam um conjunto interligado de diretrizes que permitem ao magistrado traçar um “fio condutor” na tentativa de não invadir indevidamente a esfera privativa dos outros Poderes. Não há, contudo, a pretensão de esgotar o tema, que é polêmico e amplo, arriscar-se-ia até mesmo dizer que é inesgotável, por dizer respeito a uma problemática que, na verdade, não possui uma resposta certa, mas sim várias formas diferentes de enxergá-la.

## 5 A SOLUÇÃO PROPOSTA

Traçadas as linhas teóricas que embasam as discussões propostas, é preciso retomar ao caso concreto que a fundamentou. A Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.0001, proposta pelo Ministério Público estadual em face do Estado do Rio Grande do Norte continha pedido de medida liminar visando a obter uma determinação judicial que suspendesse o contrato firmado entre o Poder Executivo estadual e certa empresa publicitária tendo como objeto a realização de propaganda institucional, no valor de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais), no mister de direcioná-lo para sanar dívidas da saúde pública.

Consoante já esclarecido nas linhas introdutórias, a decisão que se pretende analisar é de natureza interlocutória, que apreciou o pedido de urgência formulado pelo *Parquet*. Muito embora se tenha em mente os demais requisitos que devem ser apreciados pelo magistrado quando da análise de qualquer medida de urgência – *periculum in mora* e *fumus bonis juris* – dar-se-á enfoque à questão da solução aplicada pelo julgador quanto à possibilidade (ou não) da

sua intervenção na política pública desenvolvida pela Administração Pública Municipal, que optou por celebrar o dito ajuste, no valor de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais).

Pois bem, em primeiro plano, a decisão interlocutória proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.0001 analisou a complexidade da questão debatida nos autos. Considerou, de um lado, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte<sup>8</sup>, no qual a Egrégia Corte, por meio de seu relator, ressaltou o poder-dever imposto pela Constituição de publicização dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, que serviria à cidadania, não podendo o Poder Judiciário usurpar por completo a competência do gestor público obstaculizando a veiculação de informes institucionais. Do outro, ressaltou que a questão posta à análise levava, inevitavelmente, ao exame de preceitos constitucionais, havendo de ser “sopesados os valores, operando-se com adequação e elegendo-se o meio mais suave de se atingir o objetivo colimado, de modo a não aniquilar preceito de igual hierarquia constitucional”.

O julgador considerou haver certo exagero na pretensão do Ministério Público, embora tenha reconhecido que o valor despendido pelo Poder Executivo com a publicidade tenha sido excessivo, em especial se considerar tratar-se de ano eleitoral.

Na decisão, o magistrado destacou, ainda, a necessidade de sopesamento entre os princípios constitucionais sobre a veiculação de informações institucionais por parte da Administração Pública, atinente ao direito que a população possui de ter acesso a tais informações, à possibilidade de abertura de crédito suplementar e, por fim, à necessidade de o Estado realizar políticas públicas garantidoras da saúde da população.

Assim, sem desconsiderar a importância que a publicidade institucional possui, o magistrado fez importante constatação: que essa publicidade deveria estar adstrita aos fins que a própria Constituição elencou, em seu Art. 37, §1º, que são de educar, informar e orientar. Partindo dessa premissa, concluiu que eventual aumento extraordinário na verba a ela destinada deveria ter supedâneo em fato novo que o justificasse.

8 Agravo de Instrumento Com Suspensividade nº 2013.014946-7. Relator: Desembargador Cláudio Santos.

Passando, pois, à análise das condições do caso concreto, considerou-se que, não obstante houvesse a necessidade de manutenção de verba para assegurar os meios de publicização de ações e serviços inerentes à atividade administrativa – o que não permitiria a sua retenção integral –, o volume extraordinário dessa verba poderia ser objeto de controle do Judiciário, com foco nos elementos constitucionalmente estabelecidos que limitam tais gastos ao essencial.

Aplicou-se especificamente a técnica hermenêutica da proporcionalidade para concluir que a suspensão integral dos pagamentos relativos aos contratos de publicidade firmados ofenderia ao postulado da proibição do excesso.

Nessa linha de raciocínio, ao comparar os valores dos contratos impugnados pelo Ministério Público – R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais) – com a quantia destinada pelo Estado do Rio Grande do Norte para a divulgação de propaganda governamental no ano anterior – R\$ 13.489.656,15 (treze milhões, quatrocentos e oitenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e quinze centavos) – concluiu-se que o montante que excedia este último, tomado como parâmetro, diante da ausência de uma justificativa para tamanho aumento, era desproporcional e, portanto, sujeito ao controle pelo Poder Judiciário.

Ressaltou-se, nesse sentido, não haver ingresso indevido daquele Poder na esfera do Poder Executivo, por ter sido o paradigma por ele mesmo fornecido. A retenção daquilo que excedesse esse paradigma se daria, então, como forma de evitar o desvirtuamento dos propósitos da propaganda institucional, sobretudo levando em consideração o fato de tal aumento ter se dado em pleno ano eleitoral.

Outro ponto significativo da decisão analisada foi a não indicação dos destinos a serem dados pelo Poder Executivo à verba objeto de bloqueio, contrariando parcialmente a pretensão ministerial, que almejava o seu direcionamento para o adimplemento das dívidas existentes na prestação do serviço de saúde pública estadual. Assim, entendeu-se no caso com base no argumento de que não caberia ao Poder Judiciário o apontamento de quanto, quando ou onde o Poder Executivo deveria aplicar as suas verbas, o que consistiria em verdadeira ingerência indevida.

Os montantes bloqueados ficaram à disposição da própria Administração Pública estadual, para que esta procedesse com as devidas destinações.

## 6 A ANÁLISE DA SOLUÇÃO

A apresentação da solução aplicada na prática a um caso concreto teve como objetivo possibilitar a sua análise a partir das considerações teóricas feitas anteriormente. Encerra-se, aqui, a linha de raciocínio construída desde o início do presente trabalho com a aproximação entre teoria e prática – dois lados de uma mesma Ciência que, apesar de aparentemente distantes, são diariamente unidos para a resolução das mais diversas controvérsias com as quais se depa-ram os operadores do Direito.

Bem se vê que a decisão analisada é um exemplo da importância que a motivação possui para a construção da legitimidade democrática da atuação judicial em casos como esses. A partir da apresentação clara das razões que levaram o magistrado a decidir de tal modo no caso concreto construiu-se a dialética entre os Poderes e a sociedade na busca por um ideal de justiça.

Como já mencionado na análise do caso, este traz consigo uma discussão que envolve, ao mesmo tempo, a contraposição entre dois interesses públicos – a publicidade institucional e a prestação de um serviço de saúde adequado – e a possibilidade de o Poder Judiciário agir no controle de uma política pública implementada pelo Poder Executivo estadual.

Um primeiro aspecto do *decisum* a ser considerado, no que tange à discussão acerca do conflito entre os interesses públicos, igualmente protegidos pelo texto constitucional, é a exposição clara do método hermenêutico a ser utilizado pelo magistrado para solução do caso. Fica claro pela argumentação dispendida que a colisão entre esses valores seria solucionada por meio do seu sopesamento, que se deu ao considerar as condições específicas do caso concreto.

Há que se ressaltar, então, a ponte com a teoria de Alexy (2011), cuja “lei de colisão” é exatamente esta: considerar, a partir das especificidades da situação fática, qual princípio ou valor deverá prevalecer, ao mesmo tempo em que se deve atentar para aquela consequência jurídica menos gravosa.

Nessa senda, o caso concreto guardava certa peculiaridade: o aumento excessivo e injustificado dos gastos com a publicidade institucional em ano eleitoral. Essas circunstâncias, sem dúvida, careciam de equacionamento pelo

jugador, o que culminou na conclusão de que havia desproporcionalidade na verba destinada pela Administração à publicidade institucional.

Essa desproporcionalidade, portanto, poderia ser objeto de controle pelo Poder Judiciário que, no entanto, deveria fazê-lo de modo menos gravoso possível. Tomando como norte esse direcionamento, optou-se, então, pelo bloqueio apenas do montante “excessivo” a partir da colocação como valor paradigma da rubrica prevista no exercício anterior para a publicidade institucional. A medida visou a preservar, assim, o interesse público da promoção de propagandas institucionais com os fins constitucionalmente resguardados.

A decisão, como é de se notar, não apenas procurou seguir um critério interpretativo equânime, como também procurou resguardar princípios constitucionais – como é o caso da moralidade administrativa – sem, todavia, invadir demasiadamente a esfera de decisão do Poder Executivo estadual, razão pela qual deixou ao critério do administrador a aplicação dos valores bloqueados.

Há que se destacar, ainda, a observância a precedente da segunda instância – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte – ponto este também debatido nas discussões teóricas deste trabalho, em que se destacou a importância da obediência ao precedente, também como forma de se buscar alcançar um padrão decisório e, por conseguinte, contribuir para a segurança jurídica.

No todo, o que se observa é a busca por um ideal de justiça que está conectado com o que espera a sociedade de um controle judicial sobre os demais Poderes, mas que não deixa de fazê-lo a partir de um discurso motivado, racional e eminentemente jurídico, que não apenas garante a sua legitimidade democrática, mas também contribui para a formação de uma sociedade mais justa, igualitária e consentânea com os valores consagrados na Constituição.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.0001 foi o ponto de partida para o debate da legitimidade democrática das decisões judiciais que porventura venham a intervir na implementação de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo e, ainda, os limites ou diretrizes para essa forma de controle. Foi escolhida por ser um exemplo dos muitos casos enfrentados

diariamente pelos juízes mas, ao mesmo tempo, carregar consigo dilemas relevantes do ponto de vista jurídico, político e moral.

Há, no caso concreto, o conflito entre dois interesses públicos de jaez constitucional: a promoção da propaganda institucional com os fins educativos e informativos à população e a necessidade de prestação de um serviço público eficiente. A contraposição, conforme já esclarecido, embasou-se no valor expressivo destinado pelo Estado do Rio Grande do Norte à publicidade – contratos de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais) – e a existência de inúmeras dívidas estaduais no âmbito da saúde pública, as quais permaneciam inadimplidas.

Diante desse contexto fático, a pretensão do autor da ação, o Ministério Público, era a de uma intervenção judicial, já em sede de decisão liminar, que não apenas suspendesse os contratos firmados para a publicidade institucional, mas também impedisse outras contratações enquanto não sanadas as referidas dívidas do serviço de saúde.

Inspirando-se em tal problemática, no presente trabalho, foram formulados dois questionamentos, cujo estudo procurou dar um enfoque predominantemente jusfilosófico. O primeiro deles pretendeu discutir os fundamentos da legitimidade democrática da atuação dos magistrados no controle de políticas públicas.

Antes disso, porém, considerou-se relevante traçar as linhas comuns e distintas entre três conceitos que, conquanto estejam associados, não representam exatamente o mesmo. Foi demonstrado, nessa senda, que o controle judicial de políticas públicas é um fenômeno ligado à judicialização da política, caracterizada pela apreciação pelo Poder Judiciário de questões polêmicas, usualmente alvo do debate político, afeto aos Poderes eletivos – Executivo e Legislativo. Ambos podem estar associados, por sua vez, ao conhecido ativismo judicial, que representa uma postura proativa adotada pelos juízes na garantia de direitos fundamentais.

São fenômenos decorrentes de uma série de fatores jurídicos e extrajurídicos, dentre os quais foram destacados a superação da filosofia positivista pelo sistema neoconstitucionalista e, mais especificamente no Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988, criadora do cenário propiciador de um for-

talecimento e ampliação da atuação judicial, sobretudo como garantidora do respeito aos princípios constitucionais.

Em retorno à discussão da legitimidade democrática dessa nova “face” do Poder Judiciário, destacou-se a noção de democracia substancial e, partindo do conceito de representatividade argumentativa de Alexy (2007) e da importância da argumentação nas decisões judiciais atribuída também a Perelman (2004), concluiu-se que o papel do magistrado ao impor aos demais Poderes o cumprimento de direitos fundamentais e princípios constitucionais tem, sim, um viés representativo da população, que fortalece o processo democrático a partir da racionalização dos discursos sociais e do estabelecimento entre o diálogo entre os Poderes e a sociedade.

Esse reconhecimento, contudo, deu azo ao segundo questionamento enfrentado, atinente aos limites dessa intervenção. Nesse ponto, tratou-se da importância da obediência à Constituição pelos juízes – verdadeiros “juízes constitucionais” - e o respeito aos limites por ela própria impostos. Considerou-se que a existência de valores de conteúdo “aberto” e, por conseguinte, a insegurança jurídica que esses podem criar, podem ser amenizados pela adoção de técnicas de argumentação e aplicação da norma que permitem uma racionalização do julgamento, como é o caso da técnica de sopesamento proposta por Alexy (2011) na hipótese de colisão entre princípios.

Não se olvidou, ainda, de outros limites como é o caso da obediência aos precedentes, em especial aqueles advindos da interpretação constitucional dada pelos Tribunais ou Cortes constitucionais, os quais se coadunam com o sistema neoconstitucionalista e permitem a criação de padrões decisórios. Por último, destacou-se a necessidade de uma atuação judicial que busque alcançar os ideais de justiça e equidade, fornecendo uma resposta social que garanta, além da sua força coercitiva, sua aceitabilidade.

Essas considerações, aplicadas à solução dada, na prática, à Ação Civil Pública nº 0802308-53.2014.8.20.0001 permitiram analisá-la e concluir pela sua adequação sem, contudo, ter a pretensão de apontá-la como a única resposta correta para o caso.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Tradução de Luís Afonso Heck.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2014.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. Normatividade e concretização: a legalidade constitucional. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 209-226.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8437, de 30 de junho de 1992. **Lei nº 8.437, de 30 de Junho de 1992**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm)>. Acesso em: 21 set. 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. **Revista Crítica do Direito**, [s.l.], v. 1, n. 25, p.305-316, julho/dezembro, 2006. Semestral.

Disponível em: <<http://www.journals.unam.mx/index.php/rcj/article/viewFile/16755/15953>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

FARIA, José Eduardo et al. A Crise do Judiciário no Brasil. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto (Org.). **Independência dos Juízes no Brasil: Aspectos relevantes, casos e recomendações**. Recife: Gajop, 2005. p. 23-52. Disponível em: <[http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Independencia\\_dos\\_Juizes\\_no\\_Brasil-portugues.pdf#page=23](http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Independencia_dos_Juizes_no_Brasil-portugues.pdf#page=23)>. Acesso em: 07 set. 2014.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. A teoria do Direito em tempos de constitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeira (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. Tradução de Eduardo Moreira. Brasil: Ícone, 2012. p. 511-536.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Tradução de Vergínia K. Pupi.

REGLA, Josep Aguiló. Do “Império da lei” ao “Estado constitucional”: dois paradigmas jurídicos em poucas palavras. **Revista Jurídica: Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p.17-28, out. 2008. Semestral. Disponível em: <[http://www.direito.ufrj.br/ppgd/images/\\_PPGD/pdf/RevJ4.pdf#page=17](http://www.direito.ufrj.br/ppgd/images/_PPGD/pdf/RevJ4.pdf#page=17)>. Acesso em: 21 set. 2014.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a JJ Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, p. 09-49, 2009.

# ACESSO À JUSTIÇA: ESTUDOS EM TORNO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA LITIGIOSIDADE

Elis Serjane Turra<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem o objetivo de examinar a prática da conciliação e mediação enquanto instrumentos de acesso à Justiça, tendo como ponto de partida a cultura jurídica da litigiosidade e as dificuldades para superá-la. Pretende, ainda, traçar um panorama acerca dos condicionantes para o efetivo acesso à Justiça, lançando mão das práticas alternativas de resolução de conflitos para perseguir seu alcance em contendas já judicializadas. Para tanto, serão delineados os aspectos conceituais, históricos e jurídicos do acesso à Justiça, bem como será descrito o marco regulatório da mediação e conciliação no Brasil, notadamente definido pela Constituição Federal de 1988, pela Lei 9.099/95 e Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ao final, será realizado um levantamento de dados estatísticos no Rio Grande do Norte, a fim de verificar a experiência de seu Poder Judiciário quanto às práticas alternativas de mediação e conciliação e os eventuais avanços conquistados na construção de uma nova cultura jurídica.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Mediação e conciliação. Cultura adversarial.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende tecer considerações acerca da temática do acesso à Justiça, sob o enfoque da conciliação e mediação em lides já judicializadas, enquanto mecanismos de resolução de conflitos. Nesse sentido, buscará discutir a tradicional cultura da litigiosidade, bem como os aspectos que condicionam ou impedem o efetivo acesso à Justiça no Brasil à luz da superação de dita tradição.

Para tanto, merece realce o contexto no qual a pesquisa aqui apresentada se desenvolveu, em particular o cenário brasileiro atual, que registra indicadores crescentes de abarrotamento do sistema Judiciário, principalmente a partir da sedimentação de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

---

1 Especialista em Residência Judicial (Pós-Graduação *Lato Sensu*) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) em parceria com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte (FARN). Bacharel em Direito pela mesma Faculdade. Advogada.

Assim, exsurge a necessidade de priorizar os meios alternativos de resolução de conflitos, com vistas a garantir a efetivação dos direitos até então consagrados.

Assim, a excessiva demanda por tutela estatal vem criando novos desafios ao sistema de justiça brasileiro, exigindo uma mudança de mentalidade dos agentes envolvidos, seja os operadores do direito ou os próprios destinatários da tutela.

Nesse pórtico, será a concretização de direitos aquilo que melhor representa o acesso à Justiça aqui tratado, indo além do mero acesso à jurisdição. De tal modo, fala-se do resultado último da prestação jurisdicional, nem sempre obtido mediante uma decisão estatal conclusiva e heterônoma às partes envolvidas, mas sim construída por elas, numa elaboração consensual de soluções para os seus próprios interesses.

Em tal direção, a presente pesquisa buscará, fundamentalmente, analisar os condicionantes para o efetivo alcance da justiça em seu sentido mais lato, destacando-se como principal instrumento os métodos alternativos de resolução de conflitos. Para tanto, necessário se faz desconstruir a arraigada cultura do litígio tão difundida em nosso país, evidenciando-se os aspectos ou condições que poderiam atuar como facilitadores de sua superação e, por conseguinte, ensejadores do acesso à Justiça aqui enfocado.

Nessa esteira de pensamento, resulta ainda relevante descrever os aspectos jurídicos e históricos relativos ao acesso à Justiça no Brasil, bem como discorrer acerca do marco regulatório da mediação e da conciliação enquanto mecanismos de resolução de conflitos, seja na esfera judicial e extrajudicial, ressaltando a experiência vivenciada pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Norte.

Ao final, buscar-se-á desenvolver uma reflexão sobre a cultura da litigiosidade, a fim de suplantarmos o atual paradigma do conflito, condição para o efetivo acesso à Justiça.

## **2 ASPECTOS HISTÓRICOS, JURÍDICOS E CONCEITUAIS DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL**

A temática do acesso à Justiça na conjuntura contemporânea, mormente em relação à progressiva massificação das relações sociais e econômicas, necessa-

riamente há de ser analisada à luz da massificação de conflitos e das dificuldades que essa tal massificação imprime à concretização de direitos.

Com o reconhecimento do Estado Social ou Estado Providência, uma série de fatores resultou num crescimento sem precedentes de demandas judiciais. Dentre tais fatores, destaca-se a inclusão de grupos ou segmentos da população anteriormente marginalizados de acesso a bens sociais, o reconhecimento dos direitos de terceira dimensão, e a abertura das portas de acesso à Justiça através da institucionalização de órgãos ou mecanismos como as Defensorias Públicas, os Juizados Especiais e a Assistência Jurídica Gratuita, dentre outros.

Diante da emergência desses novos conflitos, o acesso à Justiça não deve ser visto da forma como tradicionalmente ocorreu (acesso à tutela jurisdicional), tampouco o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ser encarado da mesma maneira, devendo a visão dos intérpretes e aplicadores do direito ampliar seu alcance para a superação dos obstáculos hoje enfrentados. Mais do que isso, no novo cenário, de sociedade massificada e complexa, marcada pela diversidade das relações sociais, a própria concepção de justiça deve ser encarada de forma mais densa, exigindo-se sua reinvenção para que venha a convergir com os atuais interesses sociais, bem como reflita a essência de um paradigma democrático.

Sobre as mudanças que se fazem necessárias, o sociólogo do direito Boaventura de Sousa Santos (2001), ao tratar o tema da Sociologia dos Tribunais, sinaliza que o tema do acesso à Justiça é um dos componentes essenciais para uma discussão atualizada na matéria, sugerindo que nasce um novo campo de reflexões em torno desse universo. Dentre elas, destaca-se o estudo das relações entre o processo jurídico e a justiça social, entre a igualdade formal e a desigualdade sócio-econômica, bem como a discrepância entre a procura e a oferta da justiça, dentre outras. Ainda, merece realce o enfoque que se afasta de uma visão meramente técnica e socialmente neutra da justiça para se aproximar da verificação das funções sociais da organização dessa justiça e da tramitação dos processos. Finalmente, a investigação dos obstáculos de acesso à Justiça, como os de ordem econômica, social e cultural.

Nesse contexto, cabe reproduzir o conceito sobre “acesso à Justiça” que expressa essa novidade, bem delineado por Cappelletti e Garth, como é possível observar a seguir:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 08).

Assim, e na linha do que defende o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, o direito de acesso à Justiça é fundamental para o exercício da democracia e dos direitos humanos, porquanto se apresenta como o mais básico dos direitos nas sociedades modernas e capaz de garantir a concretude dos demais direitos.

Entretanto, a ideia de democracia que gravita em torno do tema nem sempre existiu. Ao revés, encontrou barreiras quase intransponíveis para a sua implementação, enfrentando dificuldades inclusive no delineamento de seu significado.

Isso também se deu na experiência brasileira, dado que a evolução do direito de acesso à Justiça enfrentou longo percurso, sendo apenas em meados do século passado que as discussões acerca do tema começaram a tomar a devida relevância, com considerável avanço na Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, a busca do amplo acesso à Justiça não se iniciou com a entrada em vigor da Carta Política de 1988, mas como resultado de longos anos de lutas travadas no cenário mundial, enfrentando diferentes fases em sua jornada evolutiva, até romper a simplista barreira formal, de mero ingresso ao Poder Judiciário, e desaguar no atual estágio de busca pelo pleno e efetivo acesso à ordem jurídica justa.

No cenário nacional, embora as primeiras manifestações sobre o tema do acesso à Justiça tenham ocorrido no período colonial, a matéria começa a demonstrar expressividade apenas com o advento da Constituição de 1934, a qual trouxe a autorização para a criação da assistência judiciária gratuita, bem como a garantia de direitos sociais e trabalhistas.

Contudo, se de um lado é reconhecido tal progresso, de outro se observa, em Constituições subsequentes, a supressão dos direitos e garantias individuais. Tal retrocesso surge com seu maior relevo no golpe militar de 1964, dando início a um período marcado pela suspensão dos direitos fundamentais. Desse modo, com o novo regime autoritário, o direito de acesso à Justiça é mitigado em todo o país, o que se deu mediante um grande número de atos restritivos ao exercício de prerrogativas e liberdades.

Nesse sentido, e para compreender o desenvolvimento e histórico da matéria no Brasil até alcançar *status* de direito fundamental, o tema do acesso à Justiça deve ser observado a partir de nossas Constituições, especialmente com o tratamento que estas lhe conferiram. Assim, merece que se frise o momento histórico de promulgação de cada Carta Política, de modo que, por exemplo, na Carta imperial, o direito de acesso à Justiça praticamente não existiu, bem como durante boa parte da própria República.

Ademais disso, importa ressaltar que nas Constituições brasileiras que antecederam a Carta vigente, o direito de acesso à Justiça não alcançava significativa parcela da população.

A Constituição de 1946, a seu turno, resgatou da Carta de 1934 a universalização da jurisdição, traduzida pelo § 4º do art. 141, segundo o qual “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Entretanto, a evolução o acesso à Justiça não ocorreu de forma linear, ao contrário, foi marcada por avanços e retrocessos, sendo evidente que, enquanto direito fundamental, o tema não foi o principal objeto de preocupação do Constituinte que antecedeu a Carta de 1988, em razão dos diferentes momentos históricos, marcados pelo caráter meramente formal e limitador de direitos.

Apenas com o advento da atual Carta Política no Brasil a matéria foi alçada ao patamar de preceito constitucional, merecendo destaque por representar um grande avanço ao paradigma até então construído, especialmente por adotar medidas e conceitos, bem como por empregar maior efetividade ao aludido direito.

Assim, a Carta de 1988 busca deixar no passado a visão reducionista do acesso à Justiça e passa a conferir *status* verdadeiramente de direito fundamental ao acesso a uma ordem jurídica justa.

Repise-se que com o advento da Carta Constitucional, mormente em relação aos direitos e garantias fundamentais, o Brasil inseriu o tema em seu artigo 5º, XXXV, sob o seguinte comando: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa forma, a matéria passou a ser tratada e conhecida como princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Assim, com a Constituição de 1988, assegura-se a proteção a qualquer direito, seja público, privado ou transindividual.

Em relação às Constituições anteriores, em que pese à ampliação da redação do dispositivo, o que também se verifica de novidade é que sua interpretação deve extrapolar a ideia do mero acesso ao Poder Judiciário, não podendo a expressão sofrer interpretação reducionista, tampouco limitadora dos direitos e garantias fundamentais que pretende concretizar.

Aqui reside o cerne do presente trabalho, cujo objetivo é tratar dos novos instrumentos de acesso à Justiça, com ênfase na implementação de técnicas alternativas de resolução dos conflitos, em particular a prática da conciliação e mediação.

Para tanto, necessário se faz superar o modelo vigente, voltado fundamentalmente para a cultura do litígio, na qual a ideia de disputa, oposição e vitória prevalece na busca de solução dos conflitos de interesses.

Ademais, é certo que o modelo adversarial tem se mostrado ineficaz para muitos dos problemas da atual sociedade, pois prorroga o deslinde das demandas a um futuro incerto e, não raro, apenas produz a imutabilidade de uma decisão, sem de fato solver o conflito que nas relações intersubjetivas se instaurou.

Desse modo, é essencial que as técnicas alternativas se somem ao modelo tradicional, não apenas para auxiliar no descongestionamento dos tribunais, mas principalmente para promover a solução efetiva de litígios por meios que evitem ou mitiguem a judicialização excessiva que hoje observamos.

Importante destacar que, há muito, o que se verifica nas demandas que abarrotam os tribunais são reiterados conflitos que, a despeito da busca pela proteção institucional, poderiam ser resolvidos muito antes de sua judicialização, correndo-se o risco de retornarem aos órgãos Judiciários ainda mais recrudescidos.

Nesse sentido, observa-se que com o crescimento das lides judicializadas também cresce a inevitável insuficiência do Poder Judiciário, tanto para receber todos os litígios que a ele são endereçados, como para resolvê-los de forma eficaz. Isso fulmina em último plano a efetividade do acesso à Justiça que aqui tratamos, o que vem bem descrito nas palavras do magistrado federal Antônio Fernando Schenkel, citado por Costa e Barbosa. Senão vejamos:

As portas de entrada para o sistema judicial, as conhecidas ondas de Cappelletti (1988), cresceram em gênero, número e grau. O problema é que a porta de saída não teve o mesmo desempenho, e as vias processuais adotadas acarretaram um movimento circular dos casos no foro, ou seja, o processo entra, e cada decisão nele proferida gera novo movimento circular dentro do sistema (COSTA e BARBOSA, 2012, p.121).

Para o mencionado autor, o acesso em si mesmo, portanto, não significa a pacificação do conflito, pois quanto maior a demora, não se acirra apenas o conflito com a parte oponente, mas também com o próprio sistema da justiça do qual se aguarda uma resposta.

Esse seria mais um sintoma da cultura adversarial ainda preponderante, corroborada por uma equivocada interpretação da garantia constitucional do acesso à Justiça, o que permitiu desaguar no Judiciário toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita. Com isso, obriga-se o Estado a salvaguardar lides que, muitas vezes, beiram o capricho dos litigantes, em face da completa ausência de complexidade jurídica ou mínima expressão de bens jurídicos atingidos, não justificando sua judicialização.

É nesse contexto que emerge a necessidade de viabilizar os meios alternativos de solução dos litígios, temática que deve ser enxergada sempre à luz da pacificação social, princípio e fim do Direito (COSTA e BARBOSA, 2012, p.122).

Por tais razões, parece um bom caminho o estímulo à cultura da solução consensual, como medida antecedente ao ajuizamento das demandas e à movimentação da máquina judiciária. Não obstante, se já convertida em processo judicial, ainda é possível otimizar o uso da estrutura estatal com o uso da mediação e da conciliação, sendo estes casos, aliás, o objeto de nosso estudo e preocupação.

## 2.1 O ACESSO À JUSTIÇA EM MAURO CAPPELLETTI E SUA INFLUÊNCIA NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA

Assentadas tais premissas, não é possível prosseguir no tema proposto sem analisar, mais fundamentalmente, os ensinamentos do mestre italiano Mauro Cappelletti sobre o tema, bem como sua influência na experiência jurídica pátria.

Para o renomado jurista, o conceito de acesso à Justiça sofreu grandes transformações, mormente em relação à mudança de visão dos Estados liberais nos séculos XVIII e XIX. Nessa época, prevalecia a postura estatal abstencionista, bem amparada pela filosofia individualista e liberalismo político, cujo dever se limitava a garantir que os direitos e liberdades fundamentais não fossem violados.

Com a intensificação das relações humanas e a reivindicação por novos direitos, emerge a noção forte de coletividade, exigindo-se do Estado uma atuação mais positiva e garantidora dos direitos substanciais do homem, inclusive o efetivo acesso à Justiça.

Ressalte-se que, inicialmente, o acesso à Justiça representou a igualdade formal do indivíduo para propor ou contestar uma ação, o que, com o advento das transformações sociais, foi elevado a um dos direitos sociais básicos do homem. Conforme os dizeres de Cappelletti (Op. cit., p. 12) “(...) o acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

A partir do profundo estudo deste iminente jurista, o tema do acesso à Justiça vem assumindo seus desdobramentos em diferentes países. Nesse passo, apenas com o crescimento da sociedade capitalista e a passagem do século XX foi que a preocupação com o efetivo acesso à Justiça começou a ganhar centralidade. Mais uma vez, verifica-se aqui a grande influência do pensamento de Mauro Cappelletti na compreensão da matéria, dado o seu estudo sobre os sistemas jurídicos de vários países ocidentais sob a ótica do acesso efetivo à Justiça, desenvolvendo a teoria chamada de “ondas renovatórias”.

Na esteira de sua teoria, a solução do acesso à Justiça proposta pelo autor é traduzida em 03 (três) ditas ondas renovatórias, sendo a primeira pautada

na preocupação de garantir a assistência de profissionais do direito aos menos favorecidos, juntamente com a efetiva implementação de assistência judiciária gratuita, ou, ao menos, com valores compatíveis às condições desse segmento.

A segunda onda renovatória enfatiza a representação dos interesses difusos e coletivos, principalmente voltada para o meio ambiente e os direitos do consumidor, tendo em vista que apenas a proteção dos interesses individuais e o processo judicial não atendem mais à realidade dos conflitos em sociedade.

Por fim, a terceira onda renovatória prioriza uma reforma interna do processo, na busca da efetividade da tutela jurisdicional. Neste caso, a reforma está relacionada a um novo enfoque de acesso à Justiça que agregue múltiplas alternativas, bem como à tentativa de atacar diretamente as barreiras que impediam esse acesso, de modo mais articulado e compreensivo.

Segundo o mestre italiano Cappelletti, esta terceira onda:

(...) encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial (CAPPELLETTI, 1988, Op. cit., p.71).

Na linha dessa terceira onda renovatória é que se firma a grande contribuição e influência do pensamento de Cappelletti na compreensão da matéria na cultura brasileira e, sobretudo, na gestão dos problemas relacionados a nosso sistema de justiça, como é possível verificar através do pensamento de seus mais renomados seguidores, a exemplo das palavras de Kazuo Watanabe:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p.128).

Igualmente, trazemos a registro os dizeres de Teori Albino Zavascki:

O direito fundamental a efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à Justiça ou à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos (ZAVASKY, 2000, p. 64).

Como é fácil observar, destaca-se na compreensão da matéria que o acesso à Justiça não está restrito à possibilidade ou garantia de ingresso de demandas na esfera judicial, possuindo, obviamente, significado mais amplo, como bem preceitua Luiz Guilherme Marinoni:

(...) acesso à Justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial (MARINONI, 2000, p. 28).

Dentro desse contexto teórico e histórico que os meios alternativos de resolução de conflitos, também chamados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, de “terceira onda de movimento universal do acesso à Justiça”, despontam como alternativa necessária de solução de litígios, tanto no sentido de desafogar os tribunais, quanto, e principalmente, em resposta às expectativas sociais, marcadas pela ineficácia do atual sistema estatal.

Nesse sentido, vem surgindo uma série de “reformas de natureza informal e desjudicializadora [que] passam a ser incluídas nos processos de desjuridificação das sociedades modernas, seja por iniciativa do próprio Estado, seja por criação autônoma da comunidade” (ANDRADE, 2011, p. 105).

Como desdobramento desse novo cenário, já se fala em uma suposta “quarta onda” de acesso à Justiça, como se observa presente no pensamento do jurista Roberto Portugal Bacellar (2012, p.18-19), ao preceituar que, nos países

ocidentais, vivencia-se, a partir de 1965, novos arranjos para a compreensão da matéria, representativos da quarta onda acima mencionada, que:

(...) pretende expor as dimensões éticas dos profissionais que se empenham em viabilizar o acesso à Justiça (é voltada aos operadores do direito) e também a própria concepção de justiça; ela indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico (ECONOMIDES, 1998).

O mesmo Professor ressalta que, no Brasil da pós-modernidade, em razão do grande número de processos litigiosos existentes e do surpreendente índice de congestionamento dos tribunais, surge ainda uma quinta onda de acesso à Justiça, voltada para ações que viabilizem a saída da Justiça (em relação aos conflitos judicializados), bem como à oferta de métodos ou meios adequados à resolução de conflitos, dentro ou fora da tutela estatal.

Destaque-se ainda, segundo Bacellar (Op. cit., p. 20), que o componente importante desta quinta onda está na percepção da complexidade das relações entre as pessoas, bem como na ampliação de um conhecimento interdisciplinar, agregando técnicas, ferramentas e mecanismos para enfrentar tecnicamente o problema social existente em qualquer conflito (BACELLAR, idem, p. 20).

O desafio inicial da quinta onda de acesso à Justiça é, portanto, a eliminação do estoque de casos antigos e, como desafio permanente, ampliar e manter um leque de opções à disposição do cidadão para solucionar seus conflitos de forma alternativa e adequada (Idem, p. 21).

Segundo entendimento do citado jurista, a quinta onda (ou “onda de saída da justiça”) poderá se utilizar de dois métodos para cumprir seus desafios: adversarial e consensual. Na solução de conflitos adversarial, não há cooperação, tampouco espaço para demonstrar sentimentos e preocupação com a manutenção de relacionamentos. Ou seja, as partes querem ser vitoriosas para isso produzem provas para convencer o juiz ou o árbitro de cada causa, para isso, a solução do mérito é adjudicada e o que importa é o resultado, este caracterizado por definir um vencedor e um perdedor para as lides.

Ao revés, no método consensual, a natureza é voluntária, na qual um terceiro imparcial colhe informações sobre o conflito, relaciona todas as questões apresentadas pelos interessados, investiga, bem como questiona necessidades, sentimentos e interesses. Há cooperação no lugar de imposições, e, ao final, todos podem ser vitoriosos com os consensos que vierem a ser alcançados.

Nessa visão de justiça, segundo Bacellar, não se prevê apenas uma sentença judicial, mas uma solução adequada dentro ou fora do Judiciário. Ou seja, o acesso à Justiça deve ser medido pela correspondência mais próxima que houver entre a qualidade esperada pelo cidadão e aquela que ele experimentar.

Assim, defende-se o enfoque nessas tais soluções alternativas, extrajudiciais ou administrativas, sem olvidar do papel do Poder Judiciário na defesa de direitos, quando houver abuso, lesão ou ameaça de lesão, mormente em razão da existência de conflitos para os quais a judicialização é que o único caminho possível, com peculiaridades e complexidades que merecem ser solvidas pelo Poder Judiciário.

Corroborando a ideia de porta de saída da Justiça, o jurista paranaense discorre ainda acerca das “múltiplas portas” de resolução de conflitos, retratadas pela ampla oferta de meios, métodos, formas e mecanismos colocados à disposição do cidadão com estímulo do Estado, a fim de que ocorra o adequado encaminhamento dos conflitos para os canais disponíveis (BACELLAR, *idem*, p. 61).

Integram essas técnicas e métodos, a negociação, a mediação e a conciliação. Estas últimas serão detalhadas na seção seguinte, bem como descrito o marco regulatório de mediação e conciliação no ordenamento jurídico brasileiro, como caminho necessário à melhor apreensão do tema, bem como para a análise da experiência pátria no uso de tais meios, em particular pelo Poder Judiciário Potiguar.

### **3 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO BRASIL: MARCO REGULATÓRIO E DELINEAMENTOS CONCEITUAIS**

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, veio a previsão expressa para a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (art. 98), lançando para o ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de regulamentação

das causas consideradas de menor complexidade e de menor expressão econômica, outrora levadas à apreciação do Poder Judiciário pela via da Justiça Comum.

Importa destacar que a Constituição Federal listou em seu texto vários princípios estruturantes, dentre os quais o já citado princípio da inafastabilidade da jurisdição, da igualdade, do devido processo legal, da prevalência dos direitos humanos e muitos outros. Felizmente, regulamentação dos juizados especiais contemplou esta estrutura principiológica, priorizando-se, também no texto infraconstitucional, alguns princípios basilares, a exemplo da oralidade, informalidade, simplicidade e economia processual, celeridade e a conciliação.

Assim, a concepção constitucional, fundamentalmente de facilitação do acesso à Justiça por estas vias, apenas foi implementada em 1995, com o advento da Lei nº 9.099, de 26 de setembro do mesmo ano, diploma legal que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Igualmente, importa frisar que a Constituição Federal de 1988, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, e considerando a função de planejamento estratégico do Poder Judiciário, criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão com função de exercer o controle externo da atividade jurisdicional, mediante políticas voltadas para estabelecer metas de produtividade, bem como orientadas para a conciliação de conflitos.

Nesse espírito, nasceu, em 2006, o movimento pela conciliação, sendo neste mesmo ano, na data de 08 de dezembro, instituído o Dia Nacional pela Conciliação. Em 2010, foi criado o primeiro prêmio “conciliar é legal”, instrumento que visou identificar e premiar as boas práticas de autocomposição que contribuíssem para a pacificação de litígios ao mesmo tempo que visou a modernização, rapidez e eficiência da Justiça brasileira.

Nessa linha, surge a Resolução nº 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual instituiu a política nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, como forma de assegurar a mediação e conciliação em todo o país. É de destacar que a aludida Resolução já aduz em um dos seus “considerandos” que o direito de acesso à Justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além do acesso à tutela jurisdicional (vertente formal perante os órgãos Judiciários), implica em acesso à ordem jurídica justa (vertente material da solução do conflito).

Assim, o objetivo da norma foi o de assegurar a todos o direito à solução de conflitos por meios adequados às suas peculiaridades, determinando ainda que os Tribunais de cada Estado criassem uma estrutura voltada para o atendimento de pessoas envolvidas em conflitos possíveis de resolução em âmbito extrajudicial.

Sobre o tema, Kasuo Watanabe revela que a política nacional voltada para a conciliação e criada pelo CNJ, vai além da redução dos processos judiciais que abarrotam os tribunais do país, sendo fundamental também na pacificação das partes em conflito. Com essa pacificação, abre-se o caminho para a conciliação para uma mudança de consciência da sociedade sobre como solucionar os seus conflitos de maneira pacífica.

Acrescenta ainda o autor que:

(...) a Resolução do CNJ ganha ainda mais importância em se tratando de um país como o Brasil, em que tanto o Judiciário quanto os cidadãos estão acostumados a uma cultura da sentença, da solução de conflitos adjudicada pela autoridade estatal (WATANABE, 1988)

Portanto, é de se reconsiderar o modelo arraigado e ultrapassado de que apenas e tão somente existe entrega jurisdicional se for através de uma sentença emanada do Poder Judiciário. Mais do que isso, é preciso resolver as contendas de forma independente, com vistas à efetiva solução do conflito em deslinde, não apenas do ponto de vista processual (formal), mas também da controvérsia a ser eliminada (solução material), entendendo que o Poder Judiciário, não raro, será incapaz de dar todas as respostas, para todos os conflitos.

Nessa trilha, necessário tecer considerações acerca da ideia de litígio, bem como da implementação de métodos eficientes e adequados à resolução dos conflitos sociais, como a seguir desdobraremos.

### 3.1 OS CONFLITOS SOCIAIS E SEUS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO

A palavra conflito tem como raiz etimológica a ideia de choque, de contraposição de visões, palavras, ideologias ou valores. Numa explicação mais

particularizada, entende-se por *conflito* o enfrentamento entre duas pessoas ou grupos que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a algum direito ou benefício (SPENGLER e MORAIS, 2012, p. 45).

Entretanto, o conflito não representa algo essencialmente patológico ou negativo. Ao contrário, consiste em um fenômeno inevitável no contexto das relações e até salutar, já que é apenas através dele que aprendemos a lidar com as diferenças e buscar meios de garantir a convivência num cenário de diversidades que devem ser sempre reconhecidas.

Assim, o que importa não é necessariamente extirpar o conflito das relações de sociabilidade, mas sim encontrar os meios de manejá-lo, rejeitando a conotação patológica que não raras vezes a ele se atribui e passando a encará-lo como um estímulo ao crescimento e aprimoramento das relações humanas. Afinal uma sociedade sem conflitos é uma sociedade estática (SPENGLER e MORAIS, op. cit., p. 47).

Assim, se o conflito não pode ser resolvido, ao ser conduzido corretamente poderá resultar em conhecimento, amadurecimento e aproximação dos seres humanos.

Nesse caminho, grande destaque merece a já mencionada Resolução nº125 do CNJ, que ao dispor sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, instituiu a mediação e conciliação enquanto meios alternativos de resolução de litígios, como potenciais instrumentos de pacificação social.

Segundo Bacellar (op. cit., p. 54), a Resolução estimulou a busca de soluções adequadas, denominada de “múltiplas portas”, inclusive antes do ajuizamento de demandas. Com isso, pretende consolidar no Brasil uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos.

A inovação proposta pelo CNJ visou também operar uma mudança de mentalidade e comunhão de esforços que há de perpassar os profissionais do direito de forma ampla e abrangente, além de atingir os próprios jurisdicionados, ou seja, aqueles que depositam no Poder Judiciário o único meio de resposta para sua contenda, através de uma sentença de mérito.

Assim, importa discorrer brevemente acerca da mediação e conciliação enquanto alternativas a resolução de conflitos, bem como formas de consecução de acesso à Justiça no seu sentido material, como será possível observar na seção seguinte.

### 3.1.1 Conciliação e Mediação de Conflitos: conceito e regulação no Brasil

A conciliação é conhecida no Brasil desde os tempos do Império, quando a Constituição Imperial já previa estímulos à sua realização. Entretanto, ainda que desde 1824 houvesse esse tal incentivo, ele não foi suficiente para estimular de fato sua concretização, sendo excluída essa previsão da experiência republicana, enquanto fase preliminar obrigatória, por ter sido considerada inútil e onerosa na composição de litígios.

Nas cartas políticas seguintes, vale destacar que a Constituição de 1891, bem como a de 1934, facultou aos estados legislar sobre matéria processual. Por sua vez, as Cartas Constitucionais de 1937 e 1946, inspiradas na justiça de Paz do Império, fizeram surgir as figuras do conciliador e dos juízes com investidura limitada no tempo. Outrossim, a Constituição de 1967, mantendo o mesmo entendimento, acrescentou a estes a competência para julgamento das causas de pequeno valor. Contudo, o instituto da conciliação não foi lembrado em 1939, quando se deu o advento do Código de Processo Civil brasileiro.

Com esse breve retrospecto, observa-se que ao longo dos anos de nossa trajetória normativa se registra incentivos constantes à realização da conciliação. Mesmo assim, tem prevalecido no Brasil a cultura do litígio (adversarial), focada no combate e na busca do Poder Judiciário como única forma de resolver as lides.

Assim, tanto a conciliação quanto a mediação emergem como meios alternativos de resolução de conflitos. Entre elas, embora ambas busquem resolver desavenças mediante a construção de consenso entre as partes, existem também diferenças.

Quando se fala em conciliação, pode-se distinguir sua prática em âmbito judicial ou extrajudicial. No primeiro caso, os procedimentos de construção de consensos é iniciado pelo magistrado ou a pedido das partes. Aqui, o eventual termo de acordo firmado em audiência se transforma em título judicial e o papel

do conciliador, embora sempre imparcial, admite sua manifestação de opinião, bem como a indicação de soluções para o conflito.

Dito de outro modo, o conciliador interfere na relação processual, gerenciando as negociações, sugerindo propostas e apontando as vantagens e desvantagens de se produzir um consenso, com o fim de alcançar o acordo entre as partes. O foco da conciliação é o alcance de um acordo que possa ensejar a extinção do processo, focando-se no objeto da controvérsia e se materializando na lide processual.

Já na mediação, o papel a ser desempenhado pelo mediador não consente sua influência sobre as pessoas para chegarem à transação, mas simplesmente através do diálogo estabelece pontes de comunicação entre as partes, com o fim de auxiliar na identificação dos interesses comuns para que estas possam por si só construir a solução do problema por meio da autocomposição.

A mediação, segundo conceito de Spengler e Morais (2012, p.173), consiste em um “dos instrumentos de natureza autocompositiva e voluntária, na qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito”. A conciliação por sua vez, é um instituto que objetiva chegar a um acordo neutro e conta com a participação de um terceiro (conciliador), que pode inclusive, sugerir propostas para chegar a uma solução, evitando ou pondo fim ao processo judicial.

A diferença entre ambas, portanto, encontra-se na gênese do conflito, já que a conciliação visa à pacificação do conflito processual mediante a elaboração de um acordo, enquanto que a mediação, ao revés, pretende humanizar o conflito restabelecendo a comunicação entre os litigantes e tendo no acordo um efeito meramente secundário.

Entretanto, a despeito das óbvias distinções técnicas entre os dois institutos, o que sobreleva a importância de ambos é o fim do conflito, motivo pelo qual a Resolução nº 125 do CNJ tenha instituído a mediação e conciliação como políticas públicas de tratamento adequado aos conflitos, não as diferenciando e as tratando de forma idêntica.

Para a doutrina de José Luis Bolzan de Morais e Fabiana Marion Spengler (2012, p. 172), mais do que um meio de acesso à Justiça fortalecedor da

participação social, a mediação e a conciliação representam políticas públicas e como tal cumprem o objetivo de tratar de maneira adequada os conflitos sociais pelos membros da própria sociedade.

Outrossim, o mesmo doutrinador defende que a mediação e a conciliação, enquanto políticas públicas que são, pretendem mais do que desobstruir o Judiciário, de modo que através delas se espera um tratamento de conflitos de forma qualitativa diferente daquilo experimentado no modelo adversarial. Consequentemente, não devem ser vistas apenas como meio de gerar celeridade processual e sim como a construção de uma mentalidade, cujo fim é a pacificação social.

Nesse pórtico, inúmeras são as diretrizes apontadas pela Resolução nº 125 do CNJ, que ainda prevê a construção de redes de cooperação através de instituições parceiras, bem como a criação de núcleos permanentes de conciliação em todo o país, compostos por magistrados e servidores. Ademais, ainda seria função do CNJ, além de instalar os tais centros Judiciários de solução de conflitos, capacitar, treinar e atualizar os servidores do seu quadro de pessoal.

Com isso, necessário se faz salientar a louvável intenção do CNJ, ainda que a razão primeira de sua Resolução tenha o propósito de desafogar os tribunais, pois é preciso disseminar a cultura de que são possíveis novas alternativas à solução de conflitos sociais.

Quanto à realidade e a experiência do Estado do Rio Grande do Norte, serão expostas algumas considerações abaixo, bem como dados estatísticos acerca das campanhas e dos mutirões já realizados, coletados a partir da instalação do Centro de Conciliação de primeiro grau no Judiciário Potiguar.

#### **4 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS JUDICIALIZADOS NO RIO GRANDE DO NORTE: BREVE ANÁLISE SOBRE EXPERIÊNCIA POTIGUAR A BUSCA DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DO CONFLITO**

O Rio Grande do Norte, assim como os demais estados da Federação, padece do acúmulo de processos que ingressam diariamente nos órgãos Judiciários, seja na capital ou nas comarcas do interior. Tal realidade é fomentada pelos direitos e garantias assegurados pela Constituição pós 1988 e que são ainda

timidamente garantidos de forma espontânea. Somado a isso, ainda merece destaque a já mencionada cultura do litígio, cuja característica não se manifesta exatamente no número de conflitos que hoje se apresenta, mas na tendência em resolver essas demandas sob sua forma adversarial, como já se assinalou acima.

Nesse cenário, o Poder Judiciário ainda desponta como alternativa mais segura do pleno acesso à Justiça, de modo que a própria comunidade jurídica (intérpretes e aplicadores do direito) acaba por demonstrar para a sociedade brasileira que apenas nos órgãos Judiciários pode ser encontrada a solução mais certa e garantida para os conflitos sociais, cultivando essa prática.

Assim, urge que se construa uma nova mentalidade, com vistas, inicialmente, à prevenção de litígios, e, se já judicializados, ao refreamento da contenda através dos mecanismos da mediação e da conciliação.

Na trilha das diretrizes do Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte lançou as primeiras luzes sobre a efetiva implantação dos mecanismos alternativos de resolução dos conflitos no ano de 2008, experiência pioneira no Estado. Salutar registrar que, naquele ano, fora instituída a Extensão Cível da Microempresa do Juizado Especial Central da Comarca de Natal, mediante convênio firmado entre o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e o Serviço de apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, em 14 de Outubro de 2008, cujo funcionamento teve sede nas dependências do SEBRAE/RN.

Entretanto, questões de ordem estrutural, a não renovação da avença, dentre outras dificuldades práticas, as atividades relativas ao convênio mencionado foram encerradas em março de 2012, restando de portas abertas a renovação do Convênio então encerrado.

Atento aos novos anseios sociais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, alinhado com as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça (Resolução 125), instituiu, em 06 de abril de 2011, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Poder Judiciário do Estado (Resolução 011/2011), com o objetivo de implementar a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado aos Conflitos de Interesses, em âmbito local.

Dentre as atribuições destes Núcleos, está a proposta de criação e instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Assim, por

meio da Resolução 023/2011 do TJ, de 06 de julho de 2011, foi criado o Centro de Solução de Conflitos e Cidadania de Natal. Igualmente foram criados o Centro de Conciliação de 2º grau e o Centro Judiciário de Solução de Conflitos da Região Oeste, *subdividido em três setores*: Solução de conflitos pré-processuais, Solução de conflitos processuais e setor de Cidadania, este último com sede na “Casa da Cidadania”, Zona Norte da capital.

O setor de solução de conflitos pré-processuais ainda se encontra em fase de instalação, tornando-se possível com o Convênio firmado entre o TJRN e a Faculdade Maurício de Nassau, para capacitação dos alunos em conciliação e mediação, especialmente nos casos que ainda não foram judicializados (pré-conciliação). Já o Centro Judiciário de Solução de Conflitos processuais (Centro de Conciliação de 1º Grau) encontra-se integralmente instalado no 6º andar do Fórum Miguel Seabra Fagundes (capital do Estado), em funcionamento desde o ano de 2010.

Cabe destacar, ainda, o recente convênio entre a Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Norte (FIERN) e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte para instalação da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem na Casa da Indústria, em Natal, buscando-se oferecer a solução para conflitos sobre “direitos disponíveis” com mais agilidade e a custos reduzidos.

Do ponto de vista da experiência na matéria, o Judiciário potiguar, através do Centro de Conciliação de 1º Grau, vem atuando na organização e realização de mutirões de conciliação em todo o Estado, especialmente nas demandas que envolvem seguro DPVAT e grandes empresas demandadas, prestadoras de serviços ao consumidor. Outrossim, executa ações de conciliação naquelas comarcas onde se registra um grande número de litígios específicos, a exemplo de revisões de contrato. Com isso, objetiva difundir a cultura da conciliação, bem como solucionar os conflitos de forma amigável e célere para as partes, dando concretezade à Política Nacional em vigor.

Verifica-se, ainda, uma série de ações voltadas à prática da conciliação no Estado, especialmente nos denominados mutirões de conciliação, realizados em datas pré-estabelecidas pelo Tribunal de Justiça do RN, alcançando resultados satisfatórios.

Nesse último sentido, merece destaque o primeiro mutirão do INSS, organizado pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos de Natal (CEJUSC) e voltado para a meta de ampliar a cultura da conciliação nas demandas judicializadas, além de visar ao alcance de acordos nas ações que envolvem a concessão do Auxílio de Acidentes do Trabalho. Para os fins do presente estudo, serão apresentados alguns dados estatísticos que tentam revelar um panorama ainda em construção no âmbito das novas políticas de conciliação no Brasil e no Rio Grande do Norte, em particular os disponibilizados pelo Centro de Conciliação do 1º grau, cujas atividades tiveram início no ano de 2010, com sua instalação. Tais dados, além de discriminar as principais demandas pautadas para as audiências de conciliação, exprimem a predominância de mutirões como as práticas mais recorrentes na tentativa de construir uma nova cultura jurídica e social para resolução de conflitos. Como característica de relevo, as demandas levadas a tais mutirões registram em seu polo passivo as seguradoras que administram o seguro DPVAT, as empresas públicas, as concessionárias de serviços públicos, as instituições financeiras e as empresas de telefonia, dentre outras, que confirmam dados já divulgados em âmbito nacional (CNJ) sobre os maiores litigantes das justiças estaduais.

Ressalte-se, igualmente, a criação do Centro de Conciliação do 2º grau de jurisdição, cuja finalidade é a resolução dos conflitos que se encontram em grau de recurso, com redução de custos e do tempo do processo. O procedimento conciliatório pode ter início por iniciativa do Desembargador relator, quando vislumbrar a possibilidade de uma solução rápida e pacífica, sempre baseada na vontade das partes.

No cenário proposto pelo Conselho Nacional de Justiça, destaca-se, igualmente, a implantação do Setor de Mediação de conflitos (parte integrante de Conciliação do Tribunal de Justiça), instalado no final do ano de 2012, na sede do Distrito Judiciário da Zona Sul, cuja ênfase foi dada ao instituto da resolução dos conflitos através do instituto da mediação. Da semente então plantada, já é possível constatar bons resultados, especialmente nas áreas cíveis (maior incidência das contendas) e nos conflitos familiares, bem como, embora em estágio mais incipiente, nas questões do Juizado Especial Criminal.

Importante referenciar que o CNJ preconiza que a formação dos mediadores deve contemplar o curso de capacitação com carga horária de 40 horas, somadas ao treinamento em 10 (dez) casos reais nos quais que serão demonstradas as técnicas de mediação de conflitos. Nesse ponto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte já conta com a formação da terceira turma de mediadores (a última capacitada na cidade de Mossoró), atualmente em atividade e em constante aperfeiçoamento.

A medida, que atende a Resolução 125 do CNJ, foi adotada em outras unidades da Federação, com destaque para o Distrito Federal e o Rio Grande do Sul, onde as técnicas vem obtendo excelentes resultados junto à população.

A iniciativa da Corte Potiguar, embora em fase embrionária, é de extrema relevância no caminho delineado pelo Conselho Nacional de Justiça, bem como um grande passo em direção à prática da mediação e da conciliação enquanto instrumentos de acesso à Justiça. A efetividade da entrega do bem pretendido, mediante os métodos alternativos de resolução de conflito, poderá resultar no refreamento do ingresso indiscriminado de ações que podem ser resolvidas sem a necessidade da intervenção estatal, restando-lhe os casos de maior complexidade. Igualmente, os casos já judicializados também podem se beneficiar com estes métodos, abreviando a resolução da contenda e fomentando uma cultura conciliatória que em longo prazo irá empoderar cada vez mais as partes na solução dos problemas que, em longo prazo, lhes atingem.

Entretanto, ainda é por demais recente e incipiente a cultura não adversarial aqui tratada. Tal realidade pode ser verificada tendo por base os dados já passíveis de análise, embora escassos, bem como o comportamento de todos os sujeitos que atuam no sistema de justiça brasileiro, envolvendo as partes litigantes e os próprios profissionais desse sistema, seja do Estado ou da militância privada.

Mesmo com essa dificuldade estatística (escassez de dados) e temporal (recência das políticas de conciliação no país), buscar-se-á construir uma visão de conjunto sobre o período estudado, reservando-se os anos de 2010 a 2014 para proceder a esse estudo que, por ora, será apenas exploratório e descritivo, porém merecedor de mínima confiança.

Portanto, na moldura do referencial teórico adotado, importa esclarecer que nem todas as ponderações formuladas terão como base compreensões

quantitativas, mas sim aspectos qualitativos e extraídos do contexto social, cultural e histórico do problema.

Iniciando a apresentação de alguns indicadores sobre a matéria na experiência Potiguar, eis os resultados levantados.

Preliminarmente, cabe expor os dados coletados no Centro de Conciliação do 1º Grau (Fórum Seabra Fagundes), referentes aos mutirões realizados na Semana Nacional de Conciliação, nos anos de 2010 a 2014.

Importa frisar que predominam nas pautas desses mutirões as ações relativas ao Seguro DPVAT, as quais visam indenizar as vítimas de danos pessoais causados por veículos automotores em acidentes ocorridos em via terrestre. As ações aqui pautadas objetivam albergar grupos sociais que, em sua maioria, desconhecem o direito à indenização decorrente de acidentes e ingressam diretamente no Poder Judiciário para assegurá-los, sem utilizar os canais extrajudiciais (requerimento administrativo) para alcançar o bem pretendido. Soma-se a esse fato, o grande número de demandas com tal natureza, gerando acúmulo nas varas cíveis do Estado. Para sua resolução rápida e eficaz, fomenta-se a conciliação das partes no litígio, realizada num crescente esforço entre o Poder Judiciário e os centros de cooperação competentes.

No levantamento de dados para a pesquisa, observou-se que, na sequência das ações do seguro DPVAT, lideram o polo passivo das Semanas Nacionais da Conciliação (ou os mutirões de conciliação) o próprio Poder Público, bancos, financeiras e empresas de telefonia, dentre outros.

Importante destacar que esses litigantes habituais, na maioria das vezes, devedores na demanda judicial, potencialmente têm consciência da morosidade e insuficiência do Poder Judiciário, por vezes usado para ampliar a duração dos processos judiciais, seja através do exaurimento do arcabouço recursal, seja da incerteza da sentença, conduzindo a lide a futuro longínquo e inseguro.

Nesse quadro, tais litigantes, não raro, não demonstram flexibilidade quando propostas alternativas de resolução dos conflitos e contam com a difícil realidade do sistema Judiciário a seu favor. Assim, acabam por cultivar a prática do litígio e normalmente, no transcorrer da práxis processual, não sinalizam interesse em resolver as lides através desses meios alternativos, a exemplo da conciliação e da mediação.

No polo ativo da demanda, a seu turno, predominam as pessoas físicas, que buscam no Poder Judiciário uma solução adjudicada, normalmente motivadas por falhas na prestação dos serviços, descumprimento contratual, alterações financeiras e econômicas, somando-se a isso a indisponibilidade das partes (inclusive a própria parte autora) em resolver o conflito pela via pré-processual ou através dos mecanismos alternativos.

Da análise meramente quantitativa, dos dados coletados junto ao Centro de Solução de Conflitos de Natal-RN, observa-se que, a partir do ano de 2010 (no Anexo), os indicadores relativos aos mutirões e Semana Nacional de Conciliação ainda não são capazes de oferecer uma clara compreensão acerca da praxe das ações ordinárias nos demais períodos do ano, em virtude de tais iniciativas serem episódicas e realizadas em datas predeterminadas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Outrossim, necessário frisar que dos números auferidos da pesquisa acerca da experiência do Poder Judiciário do Rio Grande do Norte (mutirões realizados nas Semanas de Conciliação entre 2010 e 2014, tanto na capital quanto nas cidades do interior) é possível apenas extrair ponderações relativas à quantidade de audiências realizadas, pessoas atendidas e volume financeiro envolvido com o encerramento da demanda judicializada (no Anexo).

Entretanto, ainda que de notável importância, no sentido de implementar as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça, o percurso iniciado pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Norte ainda é incipiente na construção de uma verdadeira cultura não adversarial, necessitando, pois, de projetos em longo prazo e suficientemente amplos, capazes de fomentar uma mudança de mentalidade em todos os agentes envolvidos.

Nesse pórtico, embora os indicadores levantados no presente estudo, apesar de satisfatórios do ponto de vista da gestão dos processos (metas e importante número de acordos realizados/valores aferidos) ainda não é possível apurar se ao fim do acordo realizado entre as partes litigantes o resultado alcançado foi efetivamente justo e equânime (justiça material), à luz do entendimento sobre o acesso a uma ordem jurídica justa, que é objetivo desta breve pesquisa.

Dito isso, e antes de formular as considerações finais do trabalho, resulta ainda importante traçar um paralelo acerca dos índices de litigância levantados

no Estado do RN com os índices nacionais, tendo por base os dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, referenciando os números da justiça brasileira no ano de 2012 e 2013. Igualmente, observar-se-á o avanço do movimento de conciliação a partir da implementação do método enquanto mecanismo de resolução dos conflitos, em busca de identificar seus principais impactos.

Da análise dos indicadores divulgados pelo CNJ (Sumário Executivo - Justiça em Números/2013, ano base 2012), especialmente no tópico que cuida do quadro geral da litigiosidade, é possível diagnosticar o crescimento ainda progressivo do número de processos, chegando o Poder Judiciário brasileiro ao número de 92,2 milhões de processos em tramitação no ano de 2012, sendo 28,2 milhões de novos casos (31%) e 64 milhões pendentes dos anos anteriores.

Enfatize-se os índices de litigiosidade relativos à Justiça comum estadual, porquanto é o ramo que apresenta maior número de processos, alcançando a marca de 71% dos processos protocolizados em âmbito nacional, apenas no ano de 2012.

Acerca da denominada Semana Nacional de Conciliação, especialmente relativa ao ano de 2012, foram revelados avanços gradativos de acordos realizados no país. Segundo dados dos três ramos da Justiça (Trabalhista, Federal e Estadual), os mutirões conseguiram finalizar metade dos processos incluídos na referida Semana, alcançando uma eficácia de 50,5% na construção de acordos.

Em relação aos indicadores que contemplam o ano de 2013, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça no último dia 23 de setembro de 2014, denota-se o crescimento no número de ações, alcançando o patamar de 95,14 milhões em 2013. Destes, 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início do mencionado ano e 28,3 milhões representam casos novos, cujo ingresso se deu em seu transcurso.

Embora o número de processos findos tenha aumentado desde 2009 (processos baixados passou de 25,3 milhões em 2009 para 27,7 milhões em 2013), e se tenha verificado um aumento no número de sentenças e decisões, o crescimento ainda é constante no número de novos casos levados ao Judiciário a cada ano.

Ademais, segundo o mais recente relatório do CNJ, é na Justiça de primeira instância que se encontram 90% dos processos em tramitação (85,7 milhões), sendo 44,8% de processos na fase de conhecimento (42,6 milhões) e 45,3% na fase de execução (43,1 milhões). Os 9,9% de processos restantes (9,4 milhões) tramitaram nos tribunais superiores, Justiça de segundo grau, turmas recursais e turmas regionais de uniformização.

Portanto, nos estreitos limites do presente estudo e da análise dos dados numéricos, seja no âmbito estadual (Rio Grande do Norte), ou no cenário nacional, é possível verificar que o fenômeno da judicialização das relações sociais ainda é crescente, o que também denota a ampliação do espectro de acesso à Justiça do ponto de vista formal (acesso ao Poder Judiciário), restando se confirmar passos sólidos na efetividade desse acesso à Justiça, quando o que se pretende é aquela tal ordem jurídica justa (acesso à Justiça material).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade do acesso à Justiça, assim entendido para além da fronteira de atuação do poder estatal na conformação do acesso a uma ordem jurídica justa, pode ser implementada à luz das práticas de mediação e conciliação, seja nos conflitos já judicializados - como forma de encerrar o processo -, seja na esfera extrajudicial, evitando que o conflito seja deflagrado sob uma orientação adversarial.

Entretanto, para a superação do paradigma da litigiosidade, urge mudança de mentalidade, especialmente no trato com os conflitos cotidianos, nem sempre merecedores de intervenção de um terceiro, tampouco estatal, que faz mover a gigantesca máquina judiciária em prol de uma solução que poderia ser de simples deslinde.

Em que pese o caminho trilhado pelo CNJ, ante a evidente situação de insuficiência do Poder Judiciário para dar as respostas que a sociedade exige, muito há para se fazer. Seja na esfera de recursos humanos, cada vez mais escassos nos tribunais, seja no âmbito da implementação dos centros de cooperação idealizados pela Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça.

Outrossim, há ainda os obstáculos culturais que se relacionam com os interesses das partes que litigam no Judiciário brasileiro, cujo perfil define um polo passivo maciçamente formado por empresas prestadoras de serviços, seguradoras, bancos, financeiras, construtoras e o próprio Poder Público, regra geral não inclinados a práticas conciliadoras para resolver seus conflitos.

Contudo, e para além disso, pode-se dizer que a cultura da litigiosidade não é uma exclusividade destes demandantes. Embora por motivos talvez distintos, pessoas físicas e interesses comunitários também carregam a tradição da resolução adversarial de conflitos, recorrendo-se ao Poder Judiciário com excessiva facilidade, antes de se enfrentar outros meios de solver os problemas do convívio social.

Isso porque com a evolução da sociedade e com a finalidade de evitar a predominância da lei do mais forte sobre o mais fraco, o Estado assumiu a solução dos litígios, tendo no Direito o instrumento para essa função. Dessa forma, estrutura-se o monopólio da jurisdição pelo Estado, cabendo ao Poder Judiciário seu exercício (COSTA E BARBOSA, 2012, p.121).

Contudo, no caso do Brasil, muito tem sido questionado acerca da crise de eficiência do Estado no cumprimento de tal função, o que fez surgir debates por diversos segmentos sociais. Um dos fatores que contribuem para o incremento de tal crise é a complexidade da sociedade atual, aliada ao número cada vez maior de demandas, dentre outros fatores. Nesse cenário, o que se verifica com farta frequência é uma tendência à judicialização dos conflitos, acirrando a já arraigada cultura da litigiosidade que há muito nos acompanha. Assim, cria-se um sistema em espiral que encontra no paradigma do litígio um campo fértil a seu ainda crescente desenvolvimento.

A raiz da litigiosidade está associada a múltiplos fatores, com ênfase para os aspectos sociais, políticos e culturais de cada comunidade, podendo-se atribuir como uma de suas consequências o fenômeno da judicialização das relações sociais, acompanhado do incremento de acesso à Justiça, neste caso, do ponto de vista ainda ou apenas formal.

Com isso, ainda prevalecente a dita cultura adversarial, fomentada por percepção equivocada de acesso à Justiça, acaba por incentivar essa tal litigio-

sidade, traduzida pela expectativa de que a resposta para a resolução de cada conflito só pode ser definida pelo Poder Judiciário.

Analisando as considerações acima, não se verifica contexto diverso ao se ter em conta a realidade do Estado do Rio Grande do Norte, mesmo sendo possível concluir que importantes passos foram dados pela Corte Potiguar no sentido de implementar as diretrizes orientadas pelo CNJ, rumo a formação de uma cultura de conciliação. Não obstante, importante destacar que muito dessa preocupação acaba sendo absorvida pela urgente necessidade de “desafogar” os tribunais brasileiros, cada vez mais pressionados pelo excessivo número de ações que ingressam diariamente em todo o país, assim como nas comarcas do Rio Grande do Norte.

Em face do exposto, extrai-se dos dados levantados que a cultura adversarial ainda é hegemônica, inclusive em razão da recentíssima tentativa de mudança de paradigma na experiência local e nacional.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Sara Maria de. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº125 CNJ, de 29 de Novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/>>

atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: jun. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Fábio Natali; BARBOSA, Amanda. **Magistratura e Formação Humanística**. São Paulo: Ltr, 2012.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça**: Epistemologia *versus* Metodologia. In: Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. **O acesso à Justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10855&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10855&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: set. 2014.

RIO GRANDE DO NORTE. **Resolução nº 011, TJ/RN, de 06 de Abril de 2011**. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/legislacao/resolucoes?start=100>>. Acesso em: set. de 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 023, TJRN, de 06 de julho de 2011.** Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/legislacao/resolucoes?start=100>>. Acesso em: set. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** São Paulo: Cortez, 2001.

SORJ, Bernardo. **A Nova Sociedade Brasileira.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

TORRES NETO, José Lourenço. **Princípios norteadores da Lei 9.099/95 - Juizados Especiais.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10449&revista\\_caderno=21](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10449&revista_caderno=21)>. Acesso em set. de 2014.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna.** *In* Participação e Processo, *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

## ANEXOS

AÇÕES DO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS DE NATAL/RN- ANO 2010

## MUTIRÃO DPVAT- NOVEMBRO DE 2010

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Natal	1758	1452	2904	954	5.488.490,98
Mossoró	559	513	1026	428	2.240.940,41
Caicó	417	385	770	194	2.014.362,69
Total	2734	2350	4700	1576	9.743.794,08

\* No mutirão DPVAT NATAL também foram incluídas as comarcas de Parnamirim e Macaíba.

## SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO\*

Empresas Participantes em todo o Estado do RN: Banco do Brasil, Unimed, Cosern, Caern, Oi/Telemar, Itaú, Banco Santander, TIM e Claro

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Cíveis	13127	9896	4890	18.654.293,09
Criminais**	682	445	227	-
Total	13.809	10.341	5.117	18.654.293,09

\* No ano de 2010 as ações da Semana Nacional de Conciliação foram em conjunto com todas as comarcas do RN, sendo incluídas as ações realizadas nas varas cíveis e criminais.

\*\* Na esfera Criminal, são considerados acordos as sentenças homologatórias de transação penal e os casos composição civil.

## AÇÕES DO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE NATAL/RN- ANO 2011

### MUTIRÃO DE EXECUÇÕES UNP – UNIVERSIDADE POTIGUAR- 01 A 05 DE AGOSTO DE 2011

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
UNP	920	81	150	52	101.828,14

\* Neste evento, houve um grande número de não comparecimentos. Muitas pessoas foram direto ao escritório do advogado responsável pela UNP ou na própria universidade e negociaram as dívidas.

### MUTIRÃO DPVAT TANGARÁ- 26 DE AGOSTO DE 2011

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
Tangará	102	97	247	66	256.745,38

### MUTIRÃO DPVAT 2º GRAU TJRN- 27 DE SETEMBRO DE 2011

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
TJRN	97	43	124	27	187.679,00

### MUTIRÃO DPVAT GOIANINHA TJRN- 21 DE OUTUBRO DE 2011

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
Goianinha	88	84	255	43	230.963,57

### MUTIRÃO DPVAT MOSSORÓ- 07 DE NOVEMBRO DE 2011

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
Mossoró	389	363	1212	237	1.061.384,28

\* Neste mutirão também foram incluídos processos das Comarcas de Apodi e Caraúbas.

**MUTIRÃO DPVAT CAICÓ- 08 DE NOVEMBRO DE 2011**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Caicó	285	275	502	180	991.334,26

\* Neste mutirão também foram incluídos processos das Comarcas de Parelhas, Florânia, Currais Novos, Jardim do Seridó, Jucurutu, Acari, Jardim de Piranhas.

**MUTIRÃO DPVAT NATAL- 09 A 11 DE NOVEMBRO DE 2011**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Natal	1260	722	1333	408	1.740.493,63

\* Neste mutirão também foram incluídos processos das Comarcas de Parnamirim, Macaíba, São Gonçalo do Amarante e Nísia Floresta.

**MUTIRÃO PAU DOS FERROS \*- 06 E 07 DE DEZEMBRO DE 2011**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Pau dos Ferros	200	176	561	99	588.456,30

\* Neste mutirão também foram incluídos processos das Comarcas de São Miguel, Alexandria e Luís Gomes.

**SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO  
24, 25, 28, 29 E 30 DE NOVEMBRO E 01 E 02 DE DEZEMBRO  
DE 2011**

Empresas Participantes: Itaú, Cosern, Claro, Caern, Bompreço, Banco Real e Santander.

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Estado do RN	7395	6191	15048	3911	22.462.260,16

\* Dados incluem dados da Semana de Conciliação de todo o Estado.

**AÇÕES DO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS DE NATAL/RN - ANO 2012**  
**MUTIRÃO DPVAT ASSU-01 DE JUNHO DE 2012**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Assu	207	191	402	107	665.202,47

\* Neste evento também foram incluídos processos da Comarca de Ipanguaçu e Lajes.

**MUTIRÃO DPVAT AREIA BRANCA- 06 DE AGOSTO DE 2012**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Areia Branca	58	52	112	36	238.987,77

**MUTIRÃO DPVAT MACAU- 08 DE AGOSTO DE 2012**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Macau	75	58	124	37	225.902,50

**MUTIRÃO DPVAT SANTA CRUZ- 05 E 06 DE SETEMBRO DE 2012**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Santa Cruz	225	214	402	176	1.100.082,00

**MUTIRÃO DPVAT FLORÂNIA- 06 DE SETEMBRO DE 2012**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Florânia	20	19	30	15	62.345,74

**MUTIRÃO DPVAT MOSSORÓ-13 DE SETEMBRO DE 2012**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Mossoró	261	241	450	156	908.319,87

\* Neste mutirão também foram incluídos processos da Comarca de Apodi.

**MUTIRÃO DPVAT NATAL- 25 A 27 DE SETEMBRO DE 2012**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Natal	1519	1079	3137	608	2.856.333,22

\* Neste mutirão também foram incluídos processos das Comarcas de Parnamirim.

**MUTIRÃO DPVAT SÃO JOSÉ DE CAMPESTRE- 22 DE NOVEMBRO DE 2012**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
São José de Campestre	21	19	36	17	65.889,41

**SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO-07 A 14 DE NOVEMBRO DE 2012**

Empresas participantes: Caern, Cosern, Banco do Brasil, Itaú/Unibanco, Bradesco, Santander, Decolar.com, Banco IBI, Sulamerica Seguros, Vivo, Oi, Tim e Claro.

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Natal	820	508	1578	300	628.706,42

\* Dados incluem somente o evento da Semana de Conciliação realizado na ESMARN na Comarca de Natal, tendo em vista que as outras realizaram eventos isolados.

**AÇÕES DO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE NATAL/RN- ANO 2013****MUTIRÃO TIM E B2W- 21 A 22 DE MARÇO DE 2013**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
TIM	144	67	172	51	123.245,58
B2W	28	28	35	23	10.950,79

### MUTIRÃO TIM 2- 16 A 17 DE MAIO DE 2013

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
TIM 2	223	99	293	83	267.710,00

### MUTIRÃO DPVAT CURRAIS NOVOS-03 DE ABRIL DE 2013

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
Currais Novos	96	80	293	40	207.774,89

### MUTIRÃO DPVAT PATU-28 DE MAIO DE 2013

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
Patu	109	98	200	74	561.842,60

### MUTIRÃO DPVAT SÃO MIGUEL-30 DE JULHO DE 2013

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
São Miguel	17	17	25	13	93.310,00

### MUTIRÃO DPVAT NATAL 2013-06, 07 E 08 DE AGOSTO DE 2013

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
Natal	1348	848	1333	563	2.650.340,89

### MUTIRÃO BOM PREÇO2013 - 19 DE SETEMBRO DE 2013

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
BOM PREÇO	70	41	91	14	5.164,387

**MUTIRÃO DPVAT MOSSORÓ 2013 - 26 DE SETEMBRO DE 2013**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Mossoró	458	409	895	275	1.465.057,27

**MUTIRÃO DPVAT ASSU 2013 - 30 DE OUTUBRO DE 2013**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Assu*	181	153	524	104	1.199.857,49
Assu 2º Grau	8	07	25	3	29.451,57
TOTAL	189	160	549	107	1.229.308,86

\* Também foram incluídos processos da Comarca de Ipangaçu

**AÇÕES DO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE NATAL/RN-ANO 2014****MUTIRÃO DPVAT MONTE ALEGRE - 11 DE MARÇO DE 2014**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Monte Alegre	66	51	163	18	R\$ 58.813,39

\* Não compareceu 13/não acordo 33/pautado por engano 02

**MUTIRÃO DPVAT FLORÂNIA- 12 DE MARÇO DE 2014**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
Florânia	12	10	30	06	R\$ 39.611,55

\* Não compareceu 02/não acordo 04

**MUTIRÃO DPVAT SÃO JOSÉ DE CAMPESTRE - 13 DE MARÇO DE 2014**

<b>Indicador</b>	<b>Aud. Designadas</b>	<b>Aud. Realizadas</b>	<b>Pessoas Atendidas</b>	<b>Acordos</b>	<b>Valores</b>
São José de Campestre	24	21	63	8	R\$ 24.992,00

\* Não compareceu 03/não acordo 13

## GERAL MUTIRÃO DPVAT MONTE ALEGRE/FLORÂNIA/SÃO JOSÉ DE CAMPESTRE-11/12/13 DE MARÇO DE 2014

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
Monte Alegre	66	51	163	18	R\$ 58.813,39
Florânia	12	10	30	6	R\$ 39.611,55
São José de Campestre	24	21	63	8	R\$ 24.992,00
Total Geral	102	82	256	32	R\$ 123.416,94

\* Não compareceu 18/não acordo 50

## MUTIRÃO DPVAT MOSSORÓ - 08 DE MAIO DE 2014

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
Mossoró	496	376	1200	229	R\$ 568.078,92

## MUTIRÃO DPVAT CAICÓ - 16 DE MAIO DE 2014

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
Caicó	183	183	724	148	R\$ 577.428,24

\* Incluídos processos de Jardim de Piranhas (9 processos)

## MUTIRÃO DPVAT PARELHAS - 23 DE JULHO DE 2014

Indicador	Aud. Designadas	Aud. Realizadas	Pessoas Atendidas	Acordos	Valores
Parelhas	183	183	724	148	R\$ 577.428,24

\* Incluídos processos de Jardim de Piranhas (9 processos)

# A PARTICIPAÇÃO DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE NATAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Fábio Vinícius Ferreira Moreira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho analisa a eficácia dada às normas do direito à saúde na capital potiguar, por meio da participação das Varas da Fazenda Pública da Comarca de Natal. Abordam-se os institutos normativos deste direito no ordenamento jurídico pátrio, examinando sua eficácia sob o enfoque da teoria do Realismo Jurídico, tomando com base as reflexões de Norberto Bobbio. Expor-se-ão quais os obstáculos existentes para concretização da garantia aos direitos sociais, notadamente o direito à saúde. Através de uma pesquisa das ações judiciais sobre saúde que tramitaram e tramitam nas varas fazendárias, evidenciou-se o atual contexto no qual se encontra a saúde pública na cidade do Natal/RN. Nessa perspectiva foram levantados dados estatísticos dos processos ajuizados no período de janeiro de 2010 a agosto, de 2014, nas cinco Varas da Fazenda Pública da comarca desta Capital, para averiguar qual comportamento do Judiciário diante dos casos trazidos a sua apreciação. A par desses dados, poder-se-á inferir se há uma concretização do direito à saúde por meio da eficácia trazida pelo Judiciário às suas normas.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Eficácia normativa. Realismo jurídico. Fazenda Pública. Natal/RN.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante de um contexto em que a saúde pública estadual passa por uma crise envolvendo falta de leitos, médicos, medicamentos, estrutura, em outras palavras, um caos generalizado no setor, torna-se relevante estudar qual o papel do Judiciário potiguar na busca de salvaguardar o direito fundamental à saúde.

Nesse desiderato, o presente artigo busca analisar qual participação das Varas da Fazenda Pública da comarca de Natal na concretização da eficácia normativa do Direito à saúde no Estado do Rio Grande do Norte, partindo da Teoria da Norma Jurídica, conhecida também por Realismo Jurídico, tomando-se com base as reflexões de Norberto Bobbio.

---

1 Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Residência Judicial (Pós-Graduação *Lato Sensu*) pela UFRN em parceria com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn). Servidor público da Assembleia Legislativa de Pernambuco (ALEPE).

Pretende-se averiguar qual efetiva contribuição do Poder Judiciário local em um cenário no qual as ações dos gestores públicos não tem sido suficientes para concretizar o direito à saúde, previsto no ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto, o delinear deste trabalho se valerá, em princípio, de pesquisa de natureza qualitativa, fundamentando-se em um exame bibliográfico/doutrinário e normativo no que tange à previsão legal dos principais dispositivos relacionados à saúde pública encartados em nossa legislação. Em seguida, com vistas ao exame da eficácia da participação do Judiciário potiguar na concretização dessas normas, essa pesquisa contará com a análise dos processos, que envolvam o direito à saúde, que tramitaram e que estão em andamento nas Varas da Fazenda Pública da comarca desta Capital nos últimos cinco anos (de janeiro de 2010 a agosto de 2014).

A partir de tais dados levantados, poder-se-á inferir se o Poder Judiciário assume a responsabilidade, que seria do gestor público em indicar as políticas públicas e o custeio dos tratamentos médicos para garantir a tutela dos direitos fundamentais, o que caracterizaria o fenômeno social da judicialização das políticas públicas de saúde.

Este artigo será dividido, portanto, em quatro capítulos. Inicialmente, será retratado o perfil do Direito à saúde no ordenamento jurídico nacional, suas regras e princípios informadores. No capítulo seguinte, será abordada a base doutrinária acerca do realismo jurídico e estudo da eficácia das normas envolvendo a saúde. No terceiro capítulo serão abordados os limites à concretização do direito à saúde, fazendo-se uma explanação acerca da reserva do possível. O quarto capítulo objetivará mensurar qual a participação do Judiciário como instrumento de concretização dessas regras e princípios, por meio da análise dos casos concretos trazidos nos processos, com o posicionamento dos magistrados e tribunais pátrios, e dos levantamentos estatísticos elaborados.

A par de tudo o que foi levantado, poder-se-á chegar finalmente à resposta definitiva, verificando-se há uma concretização do direito à saúde por meio da eficácia trazida pelo Judiciário às suas normas.

## 2 DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE JURÍDICA

A saúde hoje é um direito previsto constitucionalmente, constante da seguridade social, ao lado da previdência e assistência. Para se chegar a esse *status*, um longo caminho foi percorrido<sup>2</sup>. Todavia, em que pese essa importância dada pelo constituinte de 1988, a saúde muitas vezes foi e é encarada pelos governantes como medidas esparsas sem resultados significantes na prática, delatando por diversas vezes sua ineficácia<sup>3</sup>.

O Estado brasileiro, contemporaneamente, dado o imperativo da norma, tem o dever de garantir a todos os cidadãos a saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Essa conquista é consequência da relevância dos direitos sociais no âmbito nacional, fundados no primado da dignidade da pessoa humana (art. 1º e 3º da CF/88<sup>4</sup>).

### 2.1 DIREITOS SOCIAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No Brasil, o Estado, como administração pública, se apresenta como sujeito garantidor do bem-estar social, “proporcionando, além dos serviços

2 Antes da Constituição de 1988, a proteção à saúde era conjugada com ações da previdência social, executadas por meio do INAMPS – Instituto de Assistência Médica da Previdência Social. Nesse cenário, o direito à saúde não configurava um direito universal, como nos dias atuais. O trabalhador deveria contribuir para manutenção do sistema de saúde juntamente com o da previdência. Àqueles que não estivessem inseridos no regime, restava apenas o atendimento médico das Santas Casas de Misericórdia.

3 Conforme se extraia dos portais de notícias da *internet*, no ano de 2012 foi decretado estado de calamidade na saúde pública no Estado do Rio Grande do Norte e em 2013 na capital potiguar, tendo o Ministério Público estadual, agora em setembro de 2014, com base no discutido no Fórum em Defesa da Saúde Pública no Rio Grande do Norte, enviado uma pauta de prioridades sanitárias no âmbito da política pública de saúde para os candidatos ao Governo do Estado. Tais informações foram extraídas dos seguintes sítios: <<http://www.mprn.mp.br>>, <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/07/natal-decreta-calamidade-publica-na-saude-municipal>> e <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2012/09/rosalba-ciarlini-avalia-acoes-do-decreto-de-calamidade-publica-no-rn.html>>. Todos com acesso em 20 de setembro de 2014.

4 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [omissis] III - a dignidade da pessoa humana; Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

fundamentais do Estado, educação, serviços médicos, facilidades de habitação e transporte, pensões, entretenimento popular [...] e uma redução significativa das desigualdades sociais”<sup>5</sup>.

Conforme aponta a doutrina do professor Paulo Bonavides<sup>6</sup>, o Estado social brasileiro é em todo baseado pelos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão<sup>7</sup>. O mencionado professor explica que tais direitos fundamentais compreendem direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, que foram introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois germinaram em face da disseminação da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.

Os direitos sociais englobam, pois, as garantias que permitem que os indivíduos exijam determinada atuação do Estado, visando a melhoria de suas condições de vida, “garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de status negativos”<sup>8</sup>. Em outras palavras, os direitos sociais são pressupostos para que o indivíduo possa usufruir os direitos individuais em toda sua plenitude.

Em virtude de os direitos sociais serem uma extensão dos direitos fundamentais, eles são considerados essenciais, inafastáveis e positivados. São direitos de todos e de cada um que se opõem ao Estado, que tem por objetivo proporcioná-los não ao indivíduo ou a grupos privilegiados, mas a todos indistintamente<sup>9</sup>.

Dentre os direitos sociais que se apresentam com maior expressão após a Carta Magna de 1988 está a seguridade social, nela incluídas a previdência, assistência e saúde, sendo esta o enfoque da presente pesquisa. A seguridade social,

5 GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 78.

6 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

7 “Muitos autores referem-se a ‘gerações’ dos direitos fundamentais, afirmando que sua história é marcada por uma gradação, tendo surgido em primeiro lugar os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os direitos sociais e, por último, os “novos” direitos difusos e/ou coletivos”. DIMITRI; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. p. 30.

8 DIMITRI; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. p. 57.

9 MATOS, Maristela Araújo de. Direitos Humanos Previdenciários. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, v. 1, n. 373, p.1076-1081, dez. 2011.

apesar de ser um direito essencialmente social de segunda dimensão, se enquadraria como um direito de terceira dimensão ou geração, em face de seu viés evidentemente solidarista específico dessa categoria.

Nessa perspectiva, a seguridade como direito essencialmente social foi positivada pelo constituinte de 1988 no art. 194, *caput* “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Os direitos sociais, aqui incluindo a supramencionada seguridade social, clama por uma atuação concreta do poder público, o que demanda recursos para sua execução. “De fato, os direitos sociais evidentemente impõem algum tipo de ação estatal, mas convém observar que este pretensão “ônus” não é exclusivo dos direitos sociais, mas de todo e qualquer direito fundamental”<sup>10</sup>.

Assim, os direitos sociais são prestacionais, que exigem do Estado não apenas uma abstenção, mas sim uma atuação positiva. Dentre os direitos sociais fundamentais para garantia de um mínimo existencial temos o direito à saúde. Sobre o ponto, comenta Caroline Pereira<sup>11</sup>:

O mínimo existencial, corolário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e indissociável dos problemas relacionados à concretização dos direitos sociais, pode ser entendido como o conjunto de prestações materiais para assegurar a cada indivíduo uma existência digna (PEREIRA, 2013, p. 684-692).

O mínimo existencial é uma faceta do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrando a noção de que todos têm direito a uma vida digna, abrangendo a educação, a saúde e o trabalho<sup>12</sup>. Consiste num núcleo duro intangível, no qual toda pessoa teria direito à educação fundamental; à saúde básica;

10 IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 79.

11 PEREIRA, Caroline Quadros da Silveira. Benefício assistencial de prestação continuada: O conceito de família. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, v. 1, n. 393, p.684-692, ago. 2013. Mensal.

12 ELALI, André. **Tributação e Regulação Econômica**: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: Mp Editora, 2007, p. 99.

à assistência no caso de necessidade e o acesso à Justiça, segundo lição de Ana Paula de Barcellos<sup>13</sup>. Tal mínimo busca conferir a certos direitos sociais básicos, uma maior efetividade.

A ideia de mínimo existencial se relaciona com o princípio da vedação do retrocesso social, construção doutrinária e jurisprudencial oriunda da hermenêutica sistemática e teleológica da Carta Magna federal. Tal princípio também é conhecido por “Efeito Cliquet” ou “Proibição de contra revolução social”<sup>14</sup>.

Não está previsto explicitamente na CF/88, sendo abstraído de outras normas constitucionais como a Segurança Jurídica, Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Máxima Efetividade (consagrado no art. 5º, §1º, CF<sup>15</sup>) e Princípio do Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, CF)<sup>16</sup>.

A vedação do retrocesso ocorre em relação à concretização dos direitos sociais. Uma vez que esse direito foi concretizado, não poderá ser mais retrocedido, ou seja, deve consistir na proibição de revogação da concretização de um direito social na medida em que impeça o arbítrio ou a irrazoabilidade manifesta do retrocesso.

Tal vedação se refere apenas àqueles direitos sobre os quais existe um consenso profundo na sociedade, como é o caso do direito à saúde. Assim, por exemplo, não seria possível o legislador retirar o suprimento de determinado insumo medicamentoso com base na insuficiência de recursos e, logo em seguida, serem concedidas isenções fiscais para instalação de fábricas.

13 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

15 Art. 5º, §1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71-109. p. 88-92.

Neste sentido, “baseando-se no princípio da proibição de retrocesso social, uma vez promulgada lei estabelecendo determinadas garantias ao direito à saúde, não é permitido ao Estado suprimi-las sem fornecer uma justificativa razoável”<sup>17</sup>.

Em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, entendendo ser plenamente aplicável o princípio da vedação do retrocesso social, conforme podemos observar no trecho do julgado abaixo:

Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados<sup>18</sup>.

Nesse desiderato, as políticas públicas de saúde tem por objetivo estabelecer políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, CF).

Um Estado que não garante essas condições básicas aos seus cidadãos, fere os mais mezinhos princípios corolários dos Direitos Humanos e, diretamente, a própria dignidade da pessoa humana.

## 2.2 DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

As prestações de serviços públicos em saúde visam a alcançar os princípios fundamentais de nossa nação, isso porque, para se construir uma sociedade mais justa, livre e solidária, e uma sociedade pautada na dignidade da pessoa humana, como também uma sociedade onde se promova o bem de todos, é necessário que se garantam condições básicas de saúde. Nesse desiderato, Constituinte de

17 MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar/FGV, n. 237, p.197-221, 2004. cit., p. 198

18 Supremo Tribunal Federal, **AgReg em RE 639337/SP**, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 15/09/2011.

1988 buscou universalizar o acesso aos direitos fundamentais, notadamente no que diz respeito ao direito à saúde.

Segundo palavras do ilustre professor e magistrado Cícero Martins de Macedo Filho<sup>19</sup>,

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, elevou a saúde, pela primeira vez na nossa história, à condição de direito fundamental, mostrando a preocupação do constituinte originário com esse valor humano e social maior, ensejando aquilo que o Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Carta, reconhecera como fruto indissociável do direito à vida (MACEDO FILHO, 2009, p. 85).

Ocorre que, inicialmente, o fato de estar positivada constitucionalmente, não garantiu à saúde o *status* de direito subjetivo:

Ao longo dos anos, sempre houve resistências em atribuir ao direito à saúde *status* de um direito subjetivo e, portanto, passível de se exigir do Estado uma prestação positiva quando acionado tal direito. Essa resistência muito se deve ao fato de que se procurava atribuir um caráter programático às normas constitucionais que o consagrava, desaguando no problema da efetividade e aplicabilidade dos chamados direitos sociais<sup>20</sup> (MACEDO FILHO, 2009, p. 87).

Com efeito, dispõe nossa carta constitucional: “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196<sup>21</sup>), isto é, um direito universal, independentemente de qualquer contribuição, todas as pessoas têm o direito de ter atendimento na rede pública de saúde.

19 MACEDO FILHO, Cícero Martins de. O Direito à Saúde e o “Dogma” da Reserva do Possível. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 45, p.82-126, set. 2009. Mensal. Cit p. 85.

20 *Ibid.*, p.87.

21 Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Percebe-se que a universalidade é marca característica desse direito, mas não exclusiva. Entretanto, ainda se encontram dissonâncias doutrinárias acerca do titular desse direito. Poderíamos dizer que seriam os cidadãos, mas com isso estaríamos cometendo uma imprecisão técnica, limitando a titularidade para aqueles que tivessem um título de eleitor, pressuposto para caracterizar a condição de cidadão. Também não se pode limitar o direito aos brasileiros natos e naturalizados, já que ao longo das normas garantidoras de saúde, não se faz uma discriminação quanto ao estrangeiro não naturalizado que se encontre no Brasil. Nesse aspecto, esclarecem os professores Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis<sup>22</sup>:

Os demais direitos do art. 6º da CF não estão acompanhados de indicações de titularidade. Devemos entender que titulares são todos aqueles que necessitam de prestações relacionadas à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança e à previdência social. Uma interpretação restritiva, por exemplo, o reconhecimento desses direitos somente a brasileiros, seria inaceitável diante do silêncio constitucional, o qual não incluiu indicação restritiva, semelhante àquela que se encontra no art. 5º da CF. Aliás, a própria Constituição Federal referiu-se à titularidade de muitos destes direitos com termos universalizantes em outros artigos (saúde: “todos” – art 196; assistência social: “quem dela necessitar” – art. 203; educação: “todos” – art. 205) (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 79).

No plano executivo, as ações da saúde pública são de responsabilidade direta do Ministério da Saúde, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS. As condições para implantação das ações sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e outros agravos, bem como a própria organização desse sistema único e de seu funcionamento são regulados por meio da Lei nº 8.080/90 (Lei do SUS).

O sistema único constitui uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, organizado segundo as diretrizes da descentralização, havendo direção única em cada esfera governamental; do atendimento

22 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. cit., p. 79.

integral, priorizando-se atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e com participação da comunidade<sup>23</sup>.

A própria Lei do SUS corrobora com os ditames constitucionais da universalidade do sistema, quando preconiza em seu art. 2º que “a saúde é um direito do ser humano”, e no §1º desse mesmo dispositivo fala sobre a garantia do “acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Para que haja essa universalização do sistema, é imprescindível seguir as diretrizes de descentralização, no sentido de alcançar os destinatários do direito à saúde no local em que vivem, isto é, garantia de atendimento em todas as regiões. Descentralizar é transferir atribuições de órgãos centrais para órgãos locais, pessoas jurídicas ou físicas, segundo lição de José Cretella Júnior<sup>24</sup>. Desse modo, com a descentralização do SUS, é possível diminuir a distância dos pacientes ao serviço médico almejado. Assim, cada ente federativo, terá um comando na sua esfera de governo, cabendo ao Ministério da Saúde, quando se trata da União e às Secretarias, nos casos do Estado e dos Municípios.

No que tange à integralidade do serviço prestado pelo SUS, verifica-se que é corolário do art. 198<sup>25</sup> da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada” consistindo num sistema único que tem por diretriz “atendimento integral”. Tal característica visa inibir uma fragmentação da assistência médica, tanto em relação ao próprio Estado quanto ao particular. Em outras palavras, ao Estado se impõe o dever de prestação de serviços em todas as áreas, sejam na prevenção, no atendimento, no fornecimento de medicamentos ou em realiza-

23 A participação da sociedade se verifica através do Conselho Nacional de Saúde – CNS, criado pelo Decreto nº 5.839/2006, sendo um órgão colegiado de caráter permanente e deliberativo, integrante do Ministério da Saúde, que tem em sua composição representantes do governo, dos prestadores de serviços, dos profissionais da saúde e dos usuários.

24 CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição – 1988**. v. VIII. 1a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 4.346.

25 Art. 198 As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

ção de cirurgias, de maneira que o indivíduo não seja obrigado a socorrer-se da iniciativa particular para garantir seu direito à saúde. De outro lado, para o titular do direito à saúde assistido pelo SUS, o princípio da integralidade remete ao atendimento integral realizado pelo Sistema, não devendo apenas dele se valer para obtenção de um serviço ou outro.

Quando analisamos a Constituição acerca da competência dos entes federados na questão da saúde, verifica-se que o constituinte estabeleceu a competência comum dos entes federativos para implementação e prestação do serviço à saúde, conforme consta no art. 23, inciso II<sup>26</sup>.

Tratando-se de competência comum, todos os entes são sujeitos ativos na prestação do direito à saúde, devendo atuar exercendo as mesmas funções só que de modo separado. Não há, portanto, hierarquia entre eles, devendo ter atuação concorrente quando o assunto é a garantia do direito à saúde. Analisando o disposto no texto constitucional, Têmis Limberger<sup>27</sup> esclarece que é:

Competência comum (art. 23, II, CF) à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, competência concorrente sobre a proteção e defesa da saúde, competindo à União o estabelecimento de normas gerais e aos municípios as suplementares (art. 24, §§1o e 2o, c/c art. 30, VII, CF) (LIMBERGER, 2009, 179-199).

Essa competência deverá se apresentar de forma organizada, de modo que a prestação dos serviços públicos de saúde seja coordenada, com repartição das atribuições, de maneira a evitar uma má prestação no serviço, com conflitos e dispersões de recursos e de esforços. Caso seja realizada de “forma coordenada, com a finalidade de maximizar a eficácia de cada um dos membros federativos, ela será um dos instrumentos de realização do federalismo cooperativo”<sup>28</sup>.

26 Art. 23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

27 LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, n. 251, p.179-199, 2009. cit., p. 193.

28 AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. cit., p. 328.

Na Lei do SUS, a competência dos entes é tratada nos artigos 16 a 19. De modo sintético, à União coube tratar da organização e políticas públicas das ações da saúde, tendo em vista que detém a maior parte dos recursos da federação, e maior poder de coordenação, em que pese não haver hierarquia entre os entes. Mormente aos demais entes, restou consignada a elaboração de normas, fiscalização e coordenação de políticas públicas para a saúde, e a execução dos serviços de saúde.

Especificamente no tocante aos Estados, o ordenamento reservou o acompanhamento, controle, apoio técnico-financeiro, assim como a análise de indicadores e desempenho das ações de saúde, suplementando ou complementando as ações empreendidas pela União e pelos Municípios. Tudo isso com fito de regionalizar o acesso à população.

Quanto aos entes municipais, foi atribuída com preponderância a função de ente executivo das ações e dos serviços de saúde, não o impedindo de atuar suplementar ou complementarmente aos serviços oferecidos pelos demais entes federados.

Importante ressaltar que há uma hierarquia na rede de serviços da saúde (que não se confunde com hierarquia entre os entes federados), pela qual a prestação dos serviços de saúde são divididos segundo a sua complexidade, sem, contudo, que haja prejuízo de sua prestação por outro ente. Assim, restou discriminado que aos municípios coube a prestação de serviços de baixa complexidade; para os Estados, média e alta complexidade. A União, por não deter obrigação executiva, coube o financiamento e custeio dessas ações.

Acontece que os Estados e Municípios, que possuem a função executiva das ações de saúde, acabam não investindo com prioridade nessa área, em razão da ideia de programaticidade das normas definidores dos direitos sociais, em que pese a Constituição deixar claro que possuem eficácia imediata<sup>29</sup>. Desta maneira, os projetos desenvolvidos com a União sofrem prejuízos quando colocados à disposição da sociedade, restando sem efetividade.

29 Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Acerca do financiamento do SUS, os recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, arcam com as despesas das ações e serviços públicos de saúde.

A Constituição determina, no título da repartição de receitas tributárias, que os entes federados devem aplicar, anualmente, recursos mínimos da arrecadação tributária nas ações e serviços públicos de saúde, além de parcela do fundo de participação de estados e municípios.

A Carta Magna, em seu art. 199<sup>30</sup>, trouxe previsão também da possibilidade de assistência à saúde pela iniciativa privada, que pode participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, com preferências a entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Em linhas gerais, restaram consignados neste capítulo os principais pontos acerca do direito à saúde em nosso ordenamento. Veremos no capítulo seguinte deste ensaio, o estudo acerca da eficácia normativa desses dispositivos, do ponto de vista do Realismo Jurídico. E, mais adiante, será abordada a participação do Poder Judiciário na garantia dessa eficácia, visando a concretização do direito à saúde.

### **3 ANÁLISE DA EFICÁCIA NORMATIVA, SEGUNDO A TEORIA DO REALISMO JURÍDICO**

A problemática da eficácia da norma é o ponto chave do presente capítulo. Observando o critério histórico-sociológico, examinar-se-á a eficácia das normas garantidoras do direito à saúde no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, não se deterá esse trabalho em analisar todas as regras do direito à saúde no ordenamento jurídico vigente, para verificar a eficácia no caso concreto, até porque, o número de preceitos normativos é elevado, de tal modo que enumerá-los é um esforço em vão. Preocupar-se-á, na verdade, em examinar o fenômeno social, isto é, diante dessa gama toda de leis, direitos e garantias, quais são os resultados práticos na sociedade? Em outras palavras, é observar a

30 Art. 199 A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

eficácia da norma da saúde no seio social, com base no critério fenomenológico mencionado pela doutrina de Norberto Bobbio.

O estudo da norma demanda uma abordagem holística, isto é, não examinar a norma como um fim em si mesma, mas considerar os efeitos que esta produz em sociedade ao lado dos outros fenômenos sociais. O discurso normativo só teria validade, desse modo, quando polarizado com os fatos.

Com efeito, analisar a evolução da formação do Direito à Saúde na sociedade sobrepõe um ponto de vista normativo no estudo e abarca a compreensão da história humana, segundo a lição de Norberto Bobbio<sup>31</sup>:

A história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se contrapõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, afinal, perguntar-se quais ações foram, naquela determinada sociedade, proibidas, quais ordenadas, quais permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se conduzia a vida de cada indivíduo (BOBBIO, 2001, p. 25).

É a partir desse estudo histórico das normas de uma sociedade, que se verificará a evolução de determinado direito e o modo como ele se apresenta, moldando a vida dos homens daquele núcleo social. Deve-se, pois, estudar o sistema normativo de uma sociedade e os reflexos que impõe na conduta de seus cidadãos, de modo a verificar se tais normas são observadas, são aplicadas e produzem resultados. Isto é, validade, eficácia, e eficiência do dispositivo normativo na sociedade.

Para a investigação da norma, Norberto Bobbio analisa o conteúdo jurídico por meio de três critérios: justiça, validade e eficácia. Tais critérios levam, respectivamente, a disciplinas distintas: a deontologia, a fenomenologia e a ontologia, independentes, mas não excludentes entre si. Nesse sentido, Alaor Caffé Alves, ao apresentar a obra de Norberto Bobbio<sup>32</sup>, explicita:

31 BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**: Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2001. cit., p. 25.

32 Ibid., p. 12.

Bobbio caracteriza, em tese, o direito como objeto de três ciências distintas: quanto a sua formação e evolução, isto é, quanto à eficácia a que correspondem os problemas de observância, aplicação efetiva e sanção da norma jurídica (sociologia do direito); quanto a sua estrutura formal, a que corresponde a questão da validade, ou seja, aos problemas de existência da norma jurídica (jurisprudência ou ciência formal do direito), independentemente do juízo de valor que sobre ela se possa emitir; e, finalmente, quanto ao seu valor, ao qual correspondem os problemas ideais de justiça ou injustiça da norma jurídica (filosofia do direito) (BOBBIO, 2001, p. 25).

Com base na citação anterior, pode-se afirmar que o critério de justiça analisa a norma observando se é justa ou injusta. Por sua vez, a validade avalia a norma para saber se esta é válida ou inválida. Finalmente, pela eficácia, dissecar-se a norma em eficaz ou ineficaz. Segundo Bobbio<sup>33</sup>, o critério de justiça:

É o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. [...] O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre o mundo ideal e o mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. [...] Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema deontológico do direito (BOBBIO, 2001, p. 46).

Por sua vez, a validade da norma diz respeito ao seu plano concreto de existência, isto é, trata do ser da norma, e não do valor que esta encarna. É saber, assim, se uma regra jurídica existe ou não. Validade jurídica da lei consiste na existência da norma como regra jurídica do ordenamento. Trata-se de problema ontológico.

Finalmente, a problemática da eficácia de uma norma:

É o problema de ser ou não ser seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no

33 BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**: Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2001. cit., p. 46.

caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida. A investigação para averiguar a eficácia ou ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. [...] Pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o fenômeno lógico do direito<sup>34</sup> (BOBBIO, 2001, p. 47-48).

A análise da eficácia se sobrepõe ao critério da justiça e ao da validade. Contrapõe-se, assim, ao positivismo jurídico perpetrado por Kelsen e ao Jusnaturalismo. O direito natural busca no ideal de justiça evidenciar a norma válida. Os jusnaturalistas, assim, circunscrevem a validade à justiça, concluindo que uma norma só é válida se for justa. Entretanto, o fato de ser justo não quer dizer válido, segundo Bobbio<sup>35</sup>: “Entre o ideal de justiça e a realidade do direito há sempre um vazio, mais ou menos grande, dependendo dos regimes”.

Quanto ao positivismo, cujo principal expoente doutrinário é Kelsen, condiciona, de certo modo, a justiça à validade, quando afirma que uma norma só é justa somente quando for válida, sendo o ideal de justiça mero valor subjetivo. O problema de justiça, para Kelsen, é um problema ético e é distinto do problema jurídico da validade.<sup>36</sup>

A teoria objeto do presente estudo analisa a validade como norma eficaz. De acordo com ela, “o direito real não é aquele que se encontra, por assim dizer, enunciado em uma Constituição, ou em um código, ou em um corpo de leis, mas é aquele que os homens efetivamente aplicam nas suas relações cotidianas”<sup>37</sup>. Essa é a denominada teoria do realismo jurídico, se contrapondo, pois, ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico.

34 BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**: Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2001. cit., p. 47-48.

35 Ibid., p. 49.

36 Ibid., p. 59.

37 Ibid., p. 54.

De um modo sucinto, pode-se dizer que o jusnaturalismo se baseia em um critério ideal do direito, enquanto que o positivismo jurídico lastreia-se numa ordem formal, cabendo, com efeito, ao realismo jurídico uma análise material do direito.

Como se percebe, o problema da eficácia tem maior relevância quando comparado ao da justiça e da validade, na medida em que busca captar o momento constitutivo da experiência jurídica na realidade social, na qual o direito se forma e se transforma materialmente, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seu comportamento as regras de conduta que os governam. Esse realismo jurídico encara o direito como efetivamente o é, entendendo-o como complexo de normas efetivamente aplicadas a uma determinada sociedade. Analisa-se o contraste entre o direito imposto e o efetivamente aplicado.

Norberto Bobbio não se afirma como um autêntico realista, mas como alguém que concilia diversos posicionamentos, voltando-se mais para um viés neopositivista, isto é, reconhece a contribuição do jusnaturalismo e juspositivismo, não descartando suas contribuições para o estudo da norma jurídica. Por seu posicionamento, Bobbio é considerado um “exorcista dos extremos” possuindo posição intermediária entre as concepções jusnormativas.

Utilizando como norte a teoria do realismo jurídico, passaremos nos próximos capítulos a analisar a real eficácia das normas garantidoras do direito à saúde e de que forma o Judiciário contribui para dar materialidade a este direito.

Primeiramente, verificaremos os obstáculos à eficácia do direito a saúde presente em nossa sociedade, para, a partir de então, observarmos como o Judiciário ultrapassa esses limites.

#### 4 OS LIMITES À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Inúmeros fatores acabam criando obstáculos para a efetiva concretização do direito à saúde. Dentre eles, encontra-se um próprio postulado constitucional da competência comum para ações na seara da saúde, em razão da qual os entes federados, diante da responsabilidade solidária, criam um “jogo de empurra”, dificultando o andamento processual e cumprimento de sentença proferida. Contrariam, então, a vontade do constituinte, apontando a atribui-

ção uns para os outros, com o fito de livrarem-se do ônus advindo das prestações em matéria de saúde.

Por bem, a jurisprudência pátria<sup>38</sup> já tem posicionamento consolidado para transpor esse obstáculo, no sentido de deixar nas mãos do demandante a escolha, dentre os entes federativos, daquele que será acionado para dar efetivo cumprimento às disposições constitucionais.

Um outro limite à concretização das salvaguardas constitucionais da saúde é o princípio da reserva do possível, que, pela sua relevância, merece destaque em um item específico.

#### 4.1 A RESERVA DO POSSÍVEL

O princípio da vedação ao retrocesso social, bem como os direitos sociais como todo guardam obstáculo para sua concretização em face das limitações da reserva do possível, da limitação dos recursos, que impedem o atendimento de todas as demandas sociais em grau máximo.

A ideia de reserva do possível se relaciona com a máxima de que “nem tudo que é desejável é possível no plano fático”, notadamente em face das limitações orçamentárias. Consoante a doutrina de Ingo Sarlet, a reserva do possível deve ser analisada sobre três enfoques: a possibilidade fática, que consiste na existência de recursos necessários à satisfação do direito prestacional, ou seja, se há disponibilidade de recursos financeiros para que determinada prestação estatal seja viabilizada; na possibilidade jurídica, isto é, na existência de autorização orçamentária para cobrir as despesas e na análise das competências federativas; e, por fim, na razoabilidade da exigência e proporcionalidade da prestação, etapa onde se deve analisar a razoabilidade da universalização da prestação exi-

38 STF, AgReg em RE 607.381/SC, Rel. Min. Luiz Fux. 1º Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 17/06/2011; STJ, AgReg no Resp 1.136.549/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

gida considerando os recursos efetivamente existentes<sup>39</sup>. Sobre esse assunto, Fernando Scaff<sup>40</sup> explica:

A teoria da reserva do possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível (SCAFF, 2005, p. 225).

Ocorre que é justamente com base na alegação de limitações orçamentárias, que os entes estatais vem se escusando ao cumprimento dos direitos sociais relativos à saúde previstos no ordenamento jurídico.

Como se pode observar, a reserva do possível não se limita apenas a uma análise orçamentária. Deve-se ter um olhar conglobante, verificando o exame de competências definidas pela própria constituição, do princípio da separação dos poderes, do pacto federativo e da reserva da lei orçamentária.

Há de se mensurar, por outro lado, que o Direito à Saúde, por mais importante que ele seja, não pode ser visto como absoluto. As causas que envolvem tratamento médico, terapias, medicamentos, devem se pautar, da mesma forma como os demais direitos fundamentais, em princípios como a proporcionalidade e a razoabilidade, cabendo ao magistrado diante de uma demanda, ponderar o seu deferimento ou não.

O STF já teve oportunidade de se manifestar acerca do tema da reserva do possível e mínimo existencial, conforme se observa da decisão monocrática do ministro Celso de Mello na ADPF nº45, cujo trecho segue abaixo transcrito:

O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamen-

39 SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

40 SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Interesse público. Vol. 7, nº 32, p. 255, jul.-ago. 2005.

te com a reserva do possível.” Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas<sup>41</sup>.

Não se pode, portanto, sob a simples alegação de limitação orçamentária afastar a aplicação do direito à saúde àqueles que necessitam. Na balança da ponderação, sobressai-se o direito fundamental à saúde. Nesse sentido:

A assertiva da limitação fática decorrente da escassez de recursos públicos não pode prosperar diante de outras tantas realidades fáticas existentes no país que mostram a dilapidação de recursos públicos que poderiam ser direcionados para a área de saúde. Veja-se, por exemplo, o caso da propaganda institucional, onde se gastam milhões sem razões justificáveis. E o caso de milhões gastos como cartões corporativos, com despesas sigilosas, atentando contra o princípio da publicidade dos atos estatais e da própria razoabilidade. Dinheiro que poderia ser muito bem revertido para área de saúde<sup>42</sup> (MACEDO FILHO, 2009, p. 100).

A limitação orçamentária, portanto, existe, mas ela não é causa para que não seja efetivada a garantia à saúde, pois, como visto, o Poder Público tem gastos superiores em áreas supérfluas, como propaganda institucional e cartões corporativos. A reserva do possível se apresenta mais como uma desculpa da administração para encobrir a “desatenção dos gestores públicos com a área da saúde no que respeita seu orçamento, notadamente pela falta de racionalidade,

41 ADPF nº 45, decisão monocrática do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello em 29/04/2004, Supremo Tribunal Federal, decisão publicada no DJU de 4.5.2004.

42 MACEDO FILHO, Cícero Martins de. O Direito à Saúde e o “Dogma” da Reserva do Possível. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 1, nº 45, p.82-126, set. 2009. Mensal. Cit p. 100.

organização, eficiência e, sobretudo, vontade política”<sup>43</sup>. Nesta senda, precisas são as palavras do Ministro Celso de Melo, em julgamento no STF do RE 273.834, de sua relatoria:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

## 5 A PARTICIPAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Diante da inoperância estatal no sentido de dar eficácia às normas asseguradoras do direito à saúde, cada vez mais o Judiciário vem sendo convocado pelos cidadãos e pelo Ministério Público para deferir pleitos em demandas que visam à prestação de serviços da saúde, tais como medicamentos, cirurgias e tratamentos médicos. Segundo Limberger:

Judiciário representa um fator importante para pressionar a realização das políticas públicas, visando assegurar a dignidade da pessoa humana, composto pelo mínimo existencial. Um exemplo que pode ser apontado é o tratamento da Aids em nossos país. Diante da inicial omissão dos poderes Legislativo e Executivo, no sentido de promover políticas públicas, no tocante à prevenção e tratamento do HIV, ações reiteradas no âmbito judicial, pedindo medicamentos, incentivaram o Brasil para que se tornasse um país referência na área<sup>44</sup> (LIMBERGER, 2009, p. 179-199).

43 MACEDO FILHO, Cícero Martins de. O Direito à Saúde e o “Dogma” da Reserva do Possível. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 45, p.82-126, set. 2009. Mensal. Cit p. 122.

44 LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, n. 251, p.179-199, 2009. cit., p. 186.

Ocorre que, em princípio, essa competência deveria ser uma escolha política do administrador público e não do Poder Judiciário. Essa assunção de competência vem sendo muito discutida atualmente no cenário jurídico nacional, conforme veremos a seguir.

## 5.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Segundo palavras de Luís Roberto Barroso<sup>45</sup>, o fenômeno da judicialização da política:

Significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2009).

Cícero Martins de Macedo Filho<sup>46</sup>, em recente ensaio sobre o assunto, explica que a tal fenômeno convencionou-se chamar de ativismo judicial, que corresponde a atuação do Poder Judiciário em questões políticas afetas aos Poderes Executivo e Legislativo, ou seja, questões que deveriam ser resolvidas por tais poderes terminando sendo objeto de apreciação e resolução via decisão judicial, por um poder que não foi eleito, que se dá em razão da omissão do administrador e do legislador.

Nessa perspectiva, a judicialização da política é um fenômeno necessário, tendo em vista que as decisões oriundas dos órgãos judiciais trazem consigo um conjunto de intenções políticas capazes de exercer uma verificação direta de razoabilidade das necessidades sociais<sup>47</sup>.

45 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)> Em: 02 fev. 2009. Acesso em: 09 set. 2014.

46 MACEDO FILHO, Cícero Martins. **Ativismo Judicial: Quo vadis?** Revista da AMARN, 2014, prelo.

47 LIMA, Marcus Vinício do Nascimento. **Judicialização da política: a expansão da atuação do Poder Judiciário na busca pela efetivação dos direitos fundamentais**. 2009. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Centro de Ciências Sociais e Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009. Cit. p.149.

O ordenamento jurídico é fruto de uma constante evolução. Com o decorrer do tempo, o operador do direito tem-se vinculado menos à letra da lei, procurando se ater à busca de valores no alcance da justiça, o que tornou o ordenamento mais fluido, em que pese ser comumente impositivo. Nessa batuta, a nossa Carta Constitucional de 1988 “exige um novo tipo de juiz, não apegado aos esquemas de racionalidade formal, e, por isso muitas vezes, simples guardião do *status quo*”<sup>48</sup>.

A atuação do Judiciário é imprescindível na concretização das normas garantidoras do direito à saúde. Diante da importância que foi dada a este direito pelo constituinte, a população como um todo vem se conscientizando de que há um direito e que ele precisa de tutela, exigindo-se do Estado uma efetiva salvaguarda.

Como bem explica o eminente professor e magistrado Macedo Filho<sup>49</sup>:

Cresce na população nível de conscientização de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, e as políticas sociais e econômicas do Poder Público com o objetivo de garantir esse direito e também a redução dos riscos de doenças, além do acesso universal e igualitário, não têm ofertado respostas satisfatórias aos reclamos da sociedade no que concerne ao direito à saúde, e às vezes sequer há políticas públicas definidas para o setor (MACEDO FILHO, 2009).

Estando positivado em nosso ordenamento jurídico o direito fundamental à saúde, Macedo Filho diz:

Milhares de pessoas têm batido às portas do Judiciário em busca de tutela jurisdicional que obriga o Poder Público, em suas três esferas (Federal, Estadual e Municipal), a suprir as deficiências de atendimento médico, de fornecimento de remédios, cirurgias, próteses, e até mesmo alimentos espe-

48 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo**: para uma dogmática constitucional emancipatória. In Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. cit., p. 217.

49 MACEDO FILHO, Cícero Martins de. O Direito à Saúde e o “Dogma” da Reserva do Possível. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 45, p.82-126, set. 2009. Mensal. Cit p. 93.

ciais, ou seja, buscam prestações positivas, de dar e de fazer<sup>50</sup> (MACEDO FILHO, 2009, p. 85).

É cediço, por outro lado, que a Constituição consagra a separação entre poderes em seu art. 2º, de onde se extrai que os poderes são independentes e harmônicos entre si, capazes de exercer fiscalização um sobre os outros. Segundo Lima:

Não se pode desprezar o comprometimento da cláusula da ‘separação dos poderes’. Entretanto, não obstante secular máxima consagrada, outra de igual importância apesar de não ser referendada expressamente, também existe que é a da ‘invulnerabilidade do ordenamento jurídico’ também conhecida como ‘plenitude do ordenamento jurídico’ que sendo associado ao princípio constitucional da ‘inafastabilidade do controle jurisdicional’ deposita na conta do Judiciário poderes para interferir onde for provocado, inclusive, nas situações lacunosas do sistema mesmo que o vazio diga respeito ao exercício de um outro Poder<sup>51</sup> (LIMA, 2009, p.156).

Em que pese existir essa separação entre os Poderes, quando se trata de direitos fundamentais e, sobretudo, direito à saúde, deve-se afastar o entendimento de que cabe apenas à administração pública priorizar as ações da saúde segundo seus critérios de conveniência e oportunidade. Pelo contrário, o Judiciário tem obrigação de intervir nas omissões do poder público, já que detém parcela de soberania nacional. Consoante lição preciosa do magistrado Cícero Martins de Macedo Filho<sup>52</sup>, “a atuação do Judiciário não fere de forma nenhuma a democracia representativa, pois o seu exercício implica necessariamente a atuação firme e permanente dos demais Poderes em benefício do bem estar da

50 MACEDO FILHO, Cícero Martins de. O Direito à Saúde e o “Dogma” da Reserva do Possível. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 45, p.82-126, set. 2009. Mensal. Cit p. 85.

51 LIMA, Marcus Vinícius do Nascimento. **Judicialização da política: a expansão da atuação do Poder Judiciário na busca pela efetivação dos direitos fundamentais**. 2009. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Centro de Ciências Sociais e Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009. Cit. p.156.

52 MACEDO FILHO, Cícero Martins. **Ativismo Judicial: Quo vadis?** Revista da AMARN, 2014, prelo.

sociedade” estabelecido constitucionalmente. Foi nesse sentido, célebre voto de autoria do relator Ministro Humberto Martins<sup>53</sup>:

Entendo que a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, afinal de contas este não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim um Poder que detém parcela da soberania nacional.

“A premissa anunciada é a de que o juiz deve estar sempre envolvido com as necessidades sociais e desenvolvendo suas ações no sentido de alcançar, mediante as suas escolhas, a melhor solução para a demanda”<sup>54</sup>.

## 5.2 A PARTICIPAÇÃO DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DA EFICÁCIA DAS NORMAS GARANTIDORAS DO DIREITO À SAÚDE

Explicitados os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais que envolvem a garantia do direito à saúde, passa-se, então, à exposição dos dados pesquisados.

Sublinhe-se que o presente estudo buscou analisar a eficácia da participação do Judiciário no direito à saúde no âmbito das Varas da Fazenda Pública da Comarca de Natal, Rio Grande do Norte, nos últimos cinco anos, entre janeiro de 2010 e agosto de 2014.

Nesse desiderato, as pesquisas foram realizadas com base no Sistema Estatístico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, através do Relatório Estatístico Situacional Detalhado (SAJ/EST), conforme certidões constantes nos Anexos A ao J. Buscou-se estabelecer quantas ações foram ajuizadas nesse período, envolvendo os assuntos cadastrados como Saúde (código 10064); Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Forne-

53 STJ, AgReg no Resp 1.136.549/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

54 LIMA, Marcus Vinícius do Nascimento. **Judicialização da política**: a expansão da atuação do Poder Judiciário na busca pela efetivação dos direitos fundamentais. 2009. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Centro de Ciências Sociais e Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009. Cit. p.149.

cimento de Medicamentos (código 10069); Tratamento Médico-Hospitalar (código 11883) e Unidade de terapia intensiva (UTI) ou Unidade de cuidados intensivos (UCI) (código 11885), nas primeira à quinta varas da fazenda pública da comarca desta capital.

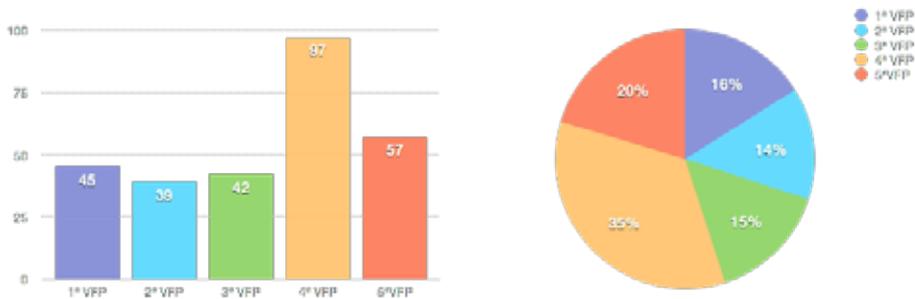
Com o número de ações ajuizadas, passou-se a examinar cada processo individualmente, verificando em quais deles foram deferidas tutelas de urgência, bloqueio de valores dos entes públicos para custeio do benefício e quantos já foram sentenciados e se procedentes as ações.

Por fim, observou-se nas ações que não tiveram tutela de urgência deferida quais os motivos que levaram ao indeferimento ou mesmo à ausência de manifestação.

Nesse desiderato, o sistema informou que foram ajuizadas, entre janeiro de 2010 e agosto de 2014, 280 (duzentos e oitenta) ações envolvendo os códigos acima mencionados, distribuídas, conforme competência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, nas 1º, 2º, 3º, 4º e 5º Varas da Fazenda Pública da Comarca de Natal, na seguinte proporção:

**Tabela 1:** Distribuição dos processos sobre saúde por Vara da Fazenda Pública

VARA DA FAZENDA PÚBLICA	NÚMERO DE PROCESSOS
1ª VFP	45
2ª VFP	39
3ª VFP	42
4ª VFP	97
5ª VFP	57

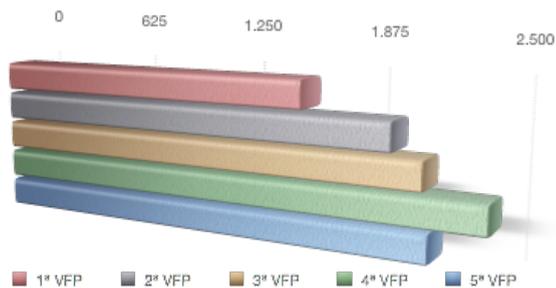


Fonte: Elaboração própria, baseado nos dados do SAJ/EST.

Com base nesses dados, observa-se que, das ações sobre saúde ajuizadas, aproximadamente 20% são vinculadas à 1ª Vara da Fazenda Pública; 14% à segunda Vara da Fazenda Pública; 15% à terceira Vara da Fazenda Pública, 35% à quarta Vara da Fazenda Pública e 20% à quinta Vara da Fazenda Pública. Pontua-se que a 4ª Vara da Fazenda teve um número expressivo de processos distribuídos, havendo, nas demais varas, paridade entre os percentuais apresentados. Tais números são proporcionais às demandas em trâmite nos juízos, conforme podemos observar o total de processos que estão em cada juízo:

**Tabela 2:** Total de processos em trâmite de janeiro de 2010 a agosto de 2014 por Vara da Fazenda Pública

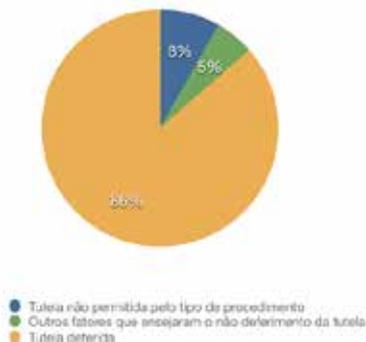
VARA DA FAZENDA	QUANTIDADE TOTAL DE
1ª VFP	1.624
2ª VFP	2.027
3ª VFP	2.162
4ª VFP	2.431
5ª VFP	2.191



Fonte: Elaboração própria, baseado nos dados do SAJEST

Dentre as demandas que versam sobre o direito à saúde, no período em análise, foram deferidas tutela de urgência em 242 processos, o que representa 86% do total de processos, conforme ilustrado abaixo:

**Tabela 3:** Quantidade de tutelas deferidas



<b>Sem tutela deferida (Total 38 processos)</b>	
Não permitido pelo procedimento	23
Outros fatores que ensejaram o não deferimento da tutela	15
<b>Com tutela deferida</b>	<b>242</b>

Fonte: Elaboração própria, baseado nos dados do SAJ/EST

Vale destacar que dentre esses 38 processos em que não houve deferimento de tutela, em 23 deles isso não foi possível em virtude da própria essência do procedimento, que não admite tutela de urgência. É o caso, por exemplo, das ações de cumprimento de sentença.

Nos processos em que era possível o pleito da antecipação dos efeitos da tutela e essa não foi deferida, os motivos comumente encontrados dizem respeito à falta de documentação médica contemporânea ou legível<sup>5556</sup>, para que magistrado pudesse averiguar a prova colacionada. Em outros casos, não foi deferida a tutela, tendo em vista que no prazo para o ente público se manifestar sobre o referido pedido, houve a regularização do abastecimento de determinado medi-

55 Foi o que aconteceu, por exemplo, no **processo 0023862-19.2010.8.20.0001**. Na oportunidade o magistrado assim se manifestou: “[a parte autora] anexou receituário médico ilegível, o que motivou diligências em pag., no sentido de se juntar aos autos prescrição médica atualizada e legível quanto ao medicamento pleiteado. A parte autora, apesar de devidamente intimada, por advogado, não atendeu à determinação, até presente momento. No caso, o exame da pretensão antecipatória ficará diferido para momento oportuno, notadamente quando a diligência for corretamente atendida, mesmo porque, a teor do art. 273 do Código de Processo Civil, a antecipação de tutela poderá ser examinada a qualquer momento do processo, até mesmo no momento de prolação da sentença”.

56 A mesma situação foi evidenciada no **processo 0100600-43.2013.8.20.0001**, no qual o juiz plantonista indeferiu a tutela de urgência nos seguintes termos: “em análise do feito, observou este magistrado que os documentos acostados ao petição não são atuais, bem como o atestado médico apresentado não fora datado [...] Desta forma, indefiro o pedido de tutela antecipada em razão da falta de subsídio para fazê-lo”.

camento<sup>57</sup>, ou mesmo transferência para o leito da UTI<sup>58</sup>, em outras palavras, não houve uma pretensão resistida pelo Estado.

Esses dados refletem o êxito das demandas de saúde, onde se pode constatar a garantia do direito à saúde ofertada pelo Judiciário, ante a demanda que lhe foi posta à apreciação.

Ocorre que nem sempre o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela é garantia de salvaguardar a saúde da pessoa que procura o Judiciário. Nesses casos, a parte exige do juiz uma medida mais coativa, quando há o descumprimento da obrigação legal-processual-administrativa de o ente público atender o que lhe foi determinado. Uma dessas medidas é o bloqueio de ativos financeiros (penhora *on line*<sup>59</sup>) do ente estatal para adimplir a obrigação específica que lhe foi ordenada, a fim de estancar o prejuízo que o descumprimento da ordem judicial causa à parte favorecida pela decisão.

Tal imposição, inclusive, encontra-se coadunada com entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, à exemplo da decisão proferida no Agravo Regimental nº 553.712-4, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski<sup>60</sup>.

Nesse desiderato, foi observado que, no total de processos pesquisados no período em análise, foram proferidas decisões em 73 deles deferindo o bloqueio

57 Fato encontrado no **processo 0806694-97.2012.8.20.0001**, assim tendo se manifestado o magistrado “Todavia, não vejo urgência, tendo em vista que o autor já está recebendo a medicação e não há recusa do Estado em lhe fornecê-la. A possibilidade de interrupção está no campo da presunção ou da preocupação do autor, mas que, caso de fato ocorra, é possível ser examinada no curso do processo, a qualquer momento”.

58 No **processo 0112135-66.2013.8.20.0001**, logo após dar entrada no processo, um parente da pessoa que pleiteava vaga na UTI comunicou ao magistrado plantonista que obteve sucesso, com a disponibilização da vaga. O juiz assim se manifestou: “diante das informações nos autos que o substituto processual já teria encontrado vaga para internação na UTI, objeto da presente pretensão, mesmo antes da apreciação da peça inicial no plantão judicial, intime-se para manifestar se ainda há interesse na lide”.

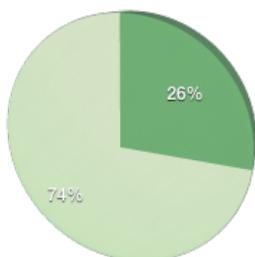
59 “É o ato da execução que se realiza através de meios eletrônicos, caráter excepcional, cumprindo-se a determinação judicial de constrição executiva pelos sistemas informatizados que controlam os ativos financeiros como, por exemplo, os valores encontrados em constas bancárias”. Definido por SILVA, De Plácido e. Penhora on line. In: **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1027.

60 Supremo Tribunal Federal, **AI-AgR 553712**, Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Publicado no DJ em 19/05/2009.

*on line* via, BacenJud<sup>61</sup>, de valores para custeio do tratamento ou procedimento médico, que busque efetivar a tutela deferida à parte favorecida, o que representa aproximadamente 26% do total da demanda.

**Tabela 4:** Quantidade de processos em que houve bloqueio *on line* via BacenJud

● Bloqueio online    ● Sem bloqueio



Quantidades de processos em que foi deferido o Bloqueio <i>on line</i>	73
Não houve bloqueio <i>on line</i>	207

Fonte: Elaboração própria, baseado nos dados do SAJ/EST

Sublinhe-se, ainda, que do total de processos analisados nesta pesquisa, 123 foram sentenciados, sendo certo que em 108 desses a tutela foi confirmada pela sentença. Naqueles em que não houve a confirmação da tutela de urgência, as causas se relacionam à extinção do processo, via de regra, em função do falecimento do cidadão que pleiteava o fornecimento de tratamento ou procedimento médico; ou mesmo pela impossibilidade de tutela em razão da natureza do procedimento, como o cumprimento de sentença, por exemplo.

61 O sistema informático Bacen-Jud foi desenvolvido pelo Banco Central e permite aos juízes solicitar informações sobre movimentação dos clientes das instituições financeiras e determinar o bloqueio de contas. Elimina a necessidade de o magistrado enviar documentos (ofícios e requisições) na forma de papel para o Banco Central, toda vez que necessita quebrar sigilo bancário ou ordenar bloqueio de contas-corrente da parte desfavorecida com a decisão. As requisições são feitas através de endereço próprio na Internet, onde o juiz tem acesso por meio de senha que lhe é previamente fornecida.

**Tabela 5:** Quantidade de processos sentenciados

Sentenciados (Total 123 processos)	
Com tutela confirmada	108
processos extintos e/ou o procedimento não admitia tutela de urgência	15
<b>Não sentenciados</b>	<b>157</b>

Fonte: Elaboração própria, baseado nos dados do SAJ/EST

Com base nas estatísticas coletadas, pode-se analisar o panorama da aplicação das normas reguladoras do direito à saúde nas varas da Fazenda Pública da Comarca de Natal. Verificar se os magistrados trazem efetividade a essas normas com suas decisões, concretizando o direito previsto em nosso ordenamento jurídico pátrio.

É importante frisar que não se busca aferir a eficiência dos juízes de direito do Estado do Rio Grande do Norte, em momento algum este trabalho questiona a indiscutível capacidade desses magistrados. Procura-se, na verdade, aferir se a lei, em sua práxis forense, é capaz de ser eficaz no alcance dos objetivos inseridos na carta constitucional.

Conforme delineado nos capítulos pretéritos, a eficácia aqui analisada refere-se aos efeitos práticos advindos da atuação do Judiciário potiguar na concretização do direito à saúde.

Nota-se, pois, que essa participação do Judiciário é bastante elevada, no momento em que 86% dos processos trazidos à justiça sobre a saúde tem sua tutela deferida no início da lide. Os processos em que não foi possível a procedência da tutela de urgência se deu, em sua maioria, em função da impossibilidade do próprio procedimento. Nos casos em que era possível o deferimento, mas que o magistrado proferiu decisão não reconhecendo os requisitos do *periculum in mora* ou *fumus boni iuris*, a negativa se deu em razão da não juntada de documentos comprobatórios, como atestados médicos (às vezes ilegíveis ou

extemporâneo), ou mesmo quando o medicamento pleiteado tinha sua eficácia baseada em estudos sem amplitude de casos.

O bloqueio de ativos financeiros se mostrou como instrumento de salvaguarda em caso do não cumprimento judicial, sendo utilizado em aproximadamente 26% dos casos postos à análise.

Todavia, há que se destacar que essa atuação do Judiciário poderia ser ainda mais eficaz. Isso porque, durante a pesquisa, foi observado que a morosidade corriqueiramente presente na seara judicial como todo acaba prejudicando as partes envolvidas no processo. Não se pretende aqui avaliar as causas para tal lentidão, apenas se constata que o trâmite das ações, em que pese haver na maioria dos casos tutela no início do desenvolvimento processual, diminui a eficácia da participação judiciária.

Essa lentidão foi mais evidenciada nos casos de descumprimento da obrigação imposta ao ente público. Quando o Judiciário concedia prazo para que este se manifestasse sobre esse não cumprimento do *decisum*, muitas vezes o processo voltava sem qualquer resposta, tendo a parte que fazer novo pedido de bloqueio de valores<sup>62</sup>. Nesse intervalo, passa-se um mês, o que, para quem está lutando pela vida, significa muito.

Outro fator que contribui para eficácia da participação das Varas da Fazenda Pública é o posicionamento do Tribunal de Justiça do nosso Estado. Não basta o percentual de deferimento da antecipação dos efeitos da tutela no juízo de primeiro grau. É necessário que essa decisão torne-se imutável ou mesmo não seja reformada pelo juízo de segundo grau. Nesse sentido, a quase totalidade dos recursos interpostos contra decisões dos magistrados da Fazenda Pública, foram conhecidos pelos tribunais, mas julgados improcedentes.

A par desses dados levantados, verifica-se que a atuação do Judiciário potiguar vem se pautando na razoabilidade e proporcionalidade, sendo benéfica na busca do interesse público e satisfação dos Direitos Fundamentais. Sua participação, além de garantir satisfatoriamente um direito previsto constitucionalmente, traz reflexos no caráter pedagógico, na medida em que essas decisões judiciais despertam às esferas da Administração Pública o ideal de se alocar mais recur-

62 Essa situação foi verificada, dentre outros, no processo 0800766-97.2014.8.20.0001.

sos na área de saúde. Nesse ínterim, são precisas as palavras de Macedo Filho<sup>63</sup>: “sem a atuação do Judiciário nesses casos, é certo que os gestores públicos dificilmente dariam azo à vontade política de incrementar e dar efetividade ao direito guardado e protegido pela Constituição e pelas leis do País”.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreender a eficácia das normas de direito à saúde é entender a realidade atual na qual estamos inseridos, os direitos e garantias previstos em nosso ordenamento jurídico, as políticas sociais previstas, a postura dos governantes e a vontade política de prevenir e remediar a saúde de todos. Logo, assim como os demais direitos sociais, a problemática do direito à saúde envolve não apenas uma análise jurídica, mas também pressupõe uma perspectiva política, econômica e social.

A legislação sobre a saúde pública foi construída em um terreno marcado por lutas e conquistas sociais, debates políticos e econômicos, tendo como principal mandamento a garantia da dignidade da pessoa humana. As conquistas dos direitos sociais ao longo da história mundial e brasileira possibilitaram a inserção na lei de instrumentos viabilizadores dessa garantia constitucional. Todavia, a dificuldade que se apresenta desde a Constituição de 1988 é aplicação contundente dos dispositivos legais, seja pela alegada limitação orçamentária, seja pelo engessamento de ações concretas.

Como Bobbio aduz, o reconhecimento de um direito só virá com a eficácia desse na sociedade. Assim, só podemos dizer que há direito à saúde, e todas as consequências positivas advindas deste reconhecimento, quando este direito realmente é aplicado. A simples previsão legal de uma norma não é garantia de sua eficácia, e isso é aplicado a qualquer ramo do direito. Veja, por exemplo, no direito penal: a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) é um marco histórico do país no tocante à garantia do condenado/internado para “harmônica integração social”. Entretanto, observam-se constantemente os problemas dos

63 MACEDO FILHO, Cícero Martins de. O Direito à Saúde e o “Dogma” da Reserva do Possível. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 45, p.82-126, set. 2009. Mensal. Cit p. 122.

presídios, a reincidência, a superlotação, a falta de infraestrutura entre outras diversas mazelas do nosso sistema prisional. Mas será que isso é devido à falta de lei? Não, pois ela já existe! A saúde pública passa por situação análoga: há um arcabouço normativo que traz garantias fundamentais para os cidadãos que precisam de um medicamento, de um tratamento, de uma cirurgia, de internação em leitos da UTI, só que ela é mal aplicada, ou, em outras vezes, até desconhecida.

Dessa forma, levando em consideração que o realismo jurídico estabelece que Direito real não é aquele enunciado na lei, mas sim o direito efetivamente aplicado nas relações cotidianas, tem-se que o “realismo” da norma sobre saúde no cenário potiguar, especificamente em nossa capital, ainda é muito tímido. O direito existe, só que não é corretamente aplicado pelos gestores públicos, necessitando do Poder Judiciário para garantir essa concretização, conforme visto.

Por outro lado, apoiando-se nas lições doutrinárias de Bobbio acerca dos três parâmetros de análise da norma jurídica, validade, justiça e eficácia, vê-se que no campo da validade o direito à saúde é presente. A validade limita-se a constatar se uma regra jurídica existe ou não; e é cediço que inúmeras são as regras que versam sobre o direito à saúde. O critério da justiça também é obedecido. As normas sobre saúde são criadas com base em parâmetros éticos e morais, buscando sempre concretizar a dignidade humana, princípio fundamental. Assim, constituem tais regras a mais nítida justiça em seu campo teórico. Ocorre que a norma por si só carece de eficácia.

Essa carência foi constatada ao longo da pesquisa processual empreendida, tendo em vista o elevado número de ações que ingressaram e ingressam no Judiciário cotidianamente. Nas demandas analisadas, as petições iniciais indicavam, em sua maioria, desabastecimento de medicamentos nos postos públicos, ausência de leitos de UTI para internação de pacientes; ausência de vagas em enfermarias (pacientes nos corredores dos hospitais públicos). Tais fatos evidenciam a falta de eficácia das normas sobre a saúde pelo poder executivo no trato da coisa pública.

Esse quadro descritivo das ações judiciais tem assumido um relevante papel na denominada judicialização da política, já que ao Judiciário, diante desse contexto, sobra o ônus que seria do gestor público, em determinar qual tratamento será realizado, quais políticas públicas serão empreendidas no trato da saúde.

Saindo do campo teórico-normativo, e investigando a realidade social pudemos apurar a eficácia dos direitos à saúde na capital potiguar garantida pela efetiva participação das Varas da Fazenda Pública nesse mister.

Foi demonstrado que os argumentos trazidos pelos entes públicos no tocante à reserva do possível, em função da alegada limitação orçamentária, não foram por si só capazes de afastar a obrigação deles em garantir o direito à saúde das pessoas. Havendo recursos para investir em propaganda ou em outros programas ou ações menos importantes, é inaceitável que a saúde seja preterida no destino das verbas públicas.

Nessa conjuntura, é descabida uma resposta acovardada do Judiciário, ante a falta de competência do gesto público e diante dos desafios sociais que precisam ser enfrentados.

A par de tudo que foi exposto nesta pesquisa, considerando que a eficácia da norma, segundo concepção do Realismo Jurídico, à ótica de Norberto Bobbio, consiste na averiguação de ser a norma seguida ou não pelo sujeito a quem é dirigida, sendo imposta, em caso de violação, por meio coercitivo, podemos concluir que:

a) a disciplina normativa, por si só, não tem sido suficiente para assegurar a eficácia do direito à saúde na capital potiguar. Os entes públicos locais não cumprem com satisfatoriedade o imperativo da norma sanitária estabelecida no ordenamento jurídico, tendo em vista o elevado número de ações judiciais ajuizadas que versam sobre o direito à saúde<sup>64</sup> e a situação caótica que elas relatam;

b) o Judiciário contribui para eficácia das normas sobre a saúde na medida em que corrige essa distorção do Executivo, empregando meios coercitivos para o cumprimento das obrigações que são impostas por força de lei aos entes públicos;

c) Especificamente, as Varas da Fazenda Pública da Comarca de Natal possuem uma participação incisiva no cenário local já que em aproximadamente 90% dos casos trazidos à apreciação o indivíduo tem garantido o direito à saúde.

64 Frise-se que esta pesquisa debruçou-se na análise dos processos da Justiça Estadual, com demandas contra o município do Natal e contra o Estado do Rio Grande do Norte, e constatou-se um elevado número de ações judiciais. Esse quantitativo aumentaria ainda mais se fossem levadas em conta as ações ajuizadas no nosso Estado contra a União, de competência da Justiça Federal.

Concretizar o direito à saúde, corolário do direito fundamental à vida, garantindo-lhe eficácia, é respeitar a dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República Federativa brasileira.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)> Em: 02 fev. 2009. Acesso em: 09 set. 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**: Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 20 set. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo**: para uma dogmática constitucional emancipatória. In *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição – 1988**. v. VIII. 1a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

DIMITRI; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

ELALI, André. **Tributação e Regulação Econômica**: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: Mp Editora, 2007.

GLOBO (Rio Grande do Norte). **Rosalba Ciarlini avalia ações do Decreto de Calamidade Pública no RN**: Governadora afirma que ações estão dentro do cronograma estipulado. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2012/09/rosalba-ciarlini-avalia-acoes-do-decreto-de-calamidade-publica-no-rn.html>>. Acesso em: 20 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Natal decreta calamidade pública na saúde municipal**: Com a publicação do decreto de calamidade na saúde, fica autorizada a contratação de profissionais sem concurso e a aquisição de bens e serviços com dispensa de licitação. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/07/natal-decreta-calamidade-publica-na-saude-municipal.html>>. Acesso em: 20 set. 2014.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011.

LIMA, Marcus Vinícius do Nascimento. **Judicialização da política: a expansão da atuação do Poder Judiciário na busca pela efetivação dos direitos fundamentais**. 2009. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Centro de Ciências Sociais e Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009.

LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, n. 251, p.179-199, 2009.

MACEDO FILHO, Cícero Martins de. O Direito à Saúde e o “Dogma” da Reserva do Possível. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 45, p.82-126, set. 2009. Mensal.

\_\_\_\_\_. Ativismo Judicial: *Quo vadis?* **Revista da AMARN**, 2014, prelo.

MATOS, Maristela Araújo de. Direitos Humanos Previdenciários. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, v. 1, n. 373, p.1076-1081, dez. 2011.

MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar/FGV, n. 237, p.197-221, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE.

**Candidatos ao governo recebem pauta de prioridades do Fórum**

**Estadual em Defesa da Saúde:** Reunião aconteceu na sede da

Procuradoria-Geral de Justiça, em Candelária, e contou com a presença de

quatro dos cinco candidatos ao Governo do Estado. Disponível em: <<http://www.mprn.mp.br/portal/inicio/saude/saude-noticias/6440-candidatos-ao->

governo-recebem-pauta-de-prioridades-do-forum-estadual-em-defesa-da-saude>. Acesso em: 20 set. 2014.

PEREIRA, Caroline Quadros da Silveira. Benefício assistencial de prestação continuada: O conceito de família. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, v. 1, n. 393, p.684-692, ago. 2013. Mensal.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso**: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-109.

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. p. 237-238

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Interesse público. v. 7, n. 32, p 225, jul./ago. 2005.

SILVA, De Plácido e. Penhora on line. In: **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Glauca Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1027.



# DIREITO E SELETIVIDADE: O CONTROLE PENAL DE SUJEITOS MARGINALIZADOS

Géssica Dayse de Oliveira Silva<sup>1</sup>

**RESUMO:** O progresso científico-tecnológico da humanidade no decorrer dos séculos não foi acompanhado pela respectiva maturação das ciências penais, de modo que o Sistema de Justiça Penal, com frequência, vem sendo identificado pelo flagrante e simbólico desrespeito aos direitos humanos. Uma análise da atuação do Direito Penal como forma de controle social de sujeitos marginalizados faz-se essencial para a construção de uma sociedade mais igualitária. Com base nessa realidade, o presente artigo objetiva promover a reflexão acerca da seletividade do Direito Penal, a qual opera por meio da criminalização de sujeitos vulneráveis, excluídos do desenvolvimento social, e de condutas com maior incidência em determinado grupo social. Tal criminalização pode ocorrer em caráter primário (quando da escolha dos bens jurídicos que serão tutelados pelo Direito Penal) ou secundário (influência das concepções ideológicas nas atuações das instâncias penais). Partindo-se da lógica punitiva contemporânea, analisa-se as funções e finalidades do Direito Penal, confrontando-as com suas funções reais, não declaradas, com o fito de questionar o mito do Direito Penal Igualitário. De igual modo, com a adoção da teoria da reação social como paradigma criminológico, observa-se a influência dos estigmas e do estereótipo na aplicação do Direito Penal, em especial pelo Poder Judiciário, o que culmina na criação de “zonas de imunização”. Para tanto, utilizou-se do método indutivo, com revisão bibliográfica e obtenção de dados acerca da população carcerária, com o fito de conceituar institutos cujo conhecimento é essencial para a satisfatória compreensão do trabalho.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Seletividade. Estigmatização. Criminologia Crítica. Criminalização. Vulnerabilidade Social.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde que o ser humano optou por viver em comunidade, fez-se necessário o surgimento de um ordenamento capaz de regular as relações intersubjetivas. Neste sentido, o Direito Penal é colocado como instrumento fundamental de defesa, propondo-se a resguardar os bens jurídicos considerados essenciais e indis-

1 Especialista em Residência Judicial (Pós-Graduação *Lato Sensu*) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) em parceria com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn). Especialista em Direito pela UFRN. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Advogada.

pensáveis à vida em comunidade. Em razão dos viés autoritário que o poder punitivo pode assumir, este ramo do Direito apenas deve (ou deveria) ser utilizado quando da ineficácia das tutelas extrapenais. Nos dias atuais, em contraste com tal ideário, o Sistema de Justiça Penal costuma ser visto como panaceia para os problemas imanentes à complexa sociedade hodierna, de sorte que há grande demanda para este setor do Poder Judiciário.

Deve-se consignar que a cultura de um povo influencia, sobremaneira, a construção do arquétipo jurídico-normativo de um Estado, mormente pela adoção de padrões comportamentais. Nesta esteira, observa-se a clara existência de um controle social, no qual as classes detentoras de poder estipulam os paradigmas aceitáveis, o qual pode ser exercido de maneira institucionalizada, por intermédio do Direito Penal. Este fenômeno dar-se-ia com a criminalização seletiva de marginalizados, no intuito ‘não-declarado’ de reafirmar a hegemonia dos grupos dominantes, promovendo a punição de maneira desigual e seletiva.

Neste sentido, o presente trabalho objetiva promover a reflexão acerca da seletividade do Direito Penal, a qual opera por meio da criminalização de sujeitos vulneráveis (excluídos do desenvolvimento social) e de condutas com maior incidência em determinado grupo social, assim como sobre a influência do Poder Judiciário como estimulador da contenção social, utilizando-se de caso emblemático para suscitar a reflexão sobre a influência de concepções sociais quando da aplicação do Direito Penal.

## **2 O SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL COMO LIMITE À ATIVIDADE PUNITIVA ESTATAL**

Desde que o ser humano optou por viver em comunidade, fez-se necessário o surgimento de um ordenamento capaz de regular as relações intersubjetivas. E, neste sentido, é sabido que a cultura de um povo influencia, sobremaneira, a construção do arquétipo normativo de um Estado, mormente por intermédio de padrões comportamentais, transmitidos por canais perpetuadores.

E em sendo assim, observa-se a configuração de uma estrutura de poder, na qual aqueles que ocupam posição privilegiada tentam controlar socialmente, por meio de convenções, a conduta dos demais. Este controle social se revela

difusamente, corporificada em entidades como os meios de comunicação em massa e a família, mas, sobretudo, de forma institucionalizada (escolas, polícias, tribunais, agentes penitenciários, etc)<sup>2</sup>.

Desde as formas mais antigas de expressão do direito punitivo, quando da existência da vingança privada e da vingança divina, o controle social é exercido com o intuito de proteger determinadas categorias detentoras de poder (este entendido como político, econômico ou social)<sup>3</sup>. Por óbvio, o sistema jurídico tende a acompanhar as sucessivas mudanças nas formas de manifestação do poder.

A título de ilustração, Foucault evidencia que ao se romper com o suplício, a reforma penal ocorrida em França, datada de 1791, estabeleceu novos paradigmas penais e processuais, calcados em formas de vigiar mais atentas às camadas sociais, a fim de que estas não se tornassem um entrave ao crescimento da nova classe dirigente, a burguesia.

Desta forma, o Sistema de Justiça Penal assume uma face de poder velada, por intermédio da “normalização” do indivíduo e estabilização da sociedade. É que o Direito dialoga, diretamente, com as demais formas de controle social, mediante a imposição de mitos sustentados pela dogmática tradicional, quais sejam, o reforço da segurança pública e a falsa ideia de controle da violência.

Neste sentido, ao entender a sanção criminal como fato político (ou fato de poder), o Direito Penal deve ser utilizado como ferramenta norteadora de políticas públicas e como “instrumento de democratização do sistema de justiça criminal”<sup>4</sup>. Assim, em contraste com a ilusão gerada pelo mito da confiança no

2 “Toda sociedade tem uma estrutura de poder (político e econômico) com grupos mais próximos e grupos mais marginalizados do poder, na qual, logicamente, podem distinguir-se graus de centralização e de marginalização [...] Esta ‘centralização-marginalização’ tece um emaranhado de múltiplas e protéticas formas de ‘controle social’ (influência da sociedade delimitadora do âmbito de conduta do indivíduo).” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: v. 1: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

3 “O saber jurídico-penal se desenvolveu em torno do exercício do poder punitivo no seio da cultura europeia, logo planetarizada com o colonialismo, o neocolonialismo e a globalização [...] A matéria com que o Direito Penal trabalha é, assim, a essência do poder, no milênio que culmina”. BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 11-12. (Pensamento criminológico; 5).

4 CASARA, Rubens RR; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo Penal Brasileiro**: dogmática e crítica, v. I: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 3.

poder punitivo, Zaffaroni entende que o ponto de estruturação do Direito Penal deve ser o limite do exercício do poder estatal. Para tanto, essencial o desenvolvimento de uma criminologia crítica, que aprofunde o estudo acerca das funções exercidas pelo direito punitivo e o aspecto ideológico sustentado por todo o sistema, cuja breve explanação ver-se-á adiante.

## 2.1 DAS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Introdutoriamente, sabe-se que o Direito Penal ostenta um discurso de que se propõe a resguardar os bens jurídicos considerados essenciais e indispensáveis à vida em comunidade, sintonizando-se com o modelo estatal adotado. Logo, o Sistema de Justiça Penal como um todo, no qual está incluído o Direito Penal, tutela os valores intrínsecos à convivência humana e, em razão de sua gravidade e austeridade, somente deveria ser aplicado quando outros meios de controle forem insuficientes para apaziguar o conflito.

O Direito Penal, como instrumento a serviço do controle social, limita a liberdade do indivíduo e o induz à adoção de comportamentos desejados e padronizados. A sua ingerência, assim sendo, deve fazer-se presente apenas em conflitos cuja tutela seja de relevância inegável. Não se trata apenas de legitimidade democrática na adoção de objetos a serem tutelados, mas de postura em consonância com a racionalidade do sistema jurídico vigente. Desta feita, compreende-se que a primeira função sustentada do Direito Penal é a indispensável proteção de bens jurídicos essenciais<sup>5</sup>.

Sabe-se que o conceito de bem jurídico não é hermético, uma vez que se mostra histórica, geográfica e culturalmente em transformação, de sorte que o fator determinante na conceituação é o conjunto de bens que se mostram fundamentais para garantir a liberdade do homem em sociedade. A delimitação do

5 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. T. 1, p. 11.

que seja bem jurídico ganha relevo a partir da constatação de que este é capaz de conferir limite material ao poder punitivo do Estado<sup>6</sup>.

O conceito de bem jurídico é importante para o Estado Democrático de Direito ao passo em que representa critério de criminalização e objeto de proteção do Direito Penal, de modo que tais bens, face a égide de um Estado laico e pluralista, devem ser eleitos de modo a rechaçar finalidades meramente “éticas ou transcendententes”, perquirindo a dignidade da pessoa humana como valor-meta.

Neste diapasão, Luis Gracia Martín, inovando o paradigma de um Direito Penal Moderno, informa a impossibilidade de apreender, por meio de um conceito categórico, a dimensão material de bem jurídico, devendo ser ele entendido

6 A priori, a concepção liberal do bem jurídico foi recepcionada após o iluminismo, com a instalação de um sentimento de repulsa ao poder punitivo absoluto e arbitrário do monarca, que promovera a imposição da lei Penal para condutas de cunho exclusivamente moral ou religioso, afastado de uma racionalidade jurídica laica. Feuerbach, neste sentido, traz o bem jurídico como atrelado à ideia de contrato social, na qual o direito punitivo ganha espaço diante da violação de um direito subjetivo, seja particular (crime privado) ou do Estado (crime público). Essa visão contratualista, por sua vez, foi revista por Franz Birnbaum (1834), que, rompendo com os postulados iluministas, apresenta a ideia de tutela de um bem jurídico, na qual o direito não poderia ser lesionado, diminuído e nem subtraído. Isto apenas seria possível com o objeto do Direito, que seria o bem jurídico. Aqui, este bem não é uma criação do Estado, mas algo por ele a ser garantido.

Karl Binding, outrossim, afasta-se dos seus predecessores contratualistas, ao afirmar que a definição de bem jurídico não cabe ao Estado (como decisão política), mas sim à norma jurídica (como decisão racionalizante), sendo o Estado o único titular deste direito. Neste sentido normativista, ao legislador cabe a competência para criar os bens jurídicos e delimitar as situações de incidência do Direito Penal.

Franz Von Liszt, por sua vez, revisa, sob uma perspectiva sociológica, o ideário positivista de Binding, ao apontar que o bem jurídico não é uma opção do Estado e tampouco da norma jurídica, mas transcende a isso, sendo uma realidade sociológica. É um interesse humano a ser protegido, razão pela qual exerce papel legitimador e limitador do poder punitivo estatal.

Diante da insuficiência das concepções acima relacionadas, surge o neokantismo com a defesa da natureza teleológica do bem jurídico, cujo principal expoente é Edmund Mezger. De acordo com este, o bem jurídico representa o próprio fim da norma incriminadora e não uma limitação da atividade punitiva do Estado, tal qual defendido por Liszt, de modo que ocorre um esvaziamento no conceito de bem jurídico.

Com o fim da segunda guerra mundial, assim como diante das nefastas violações aos direitos do homem naquele período, a ideia de bem jurídico como garantia do homem é resgatada. O bem jurídico deixa de ser uma tutela estatal e passa a ser meio de interpretação, conteúdo da norma. A noção de constitucionalismo é recuperada, momento em que o Estado funciona a serviço da coletividade.

Atualmente, o conceito de bem jurídico adota uma sistemática mista, relacionando-o com os fins do ordenamento jurídico-penal e do Estado. Há clara relação da finalidade do Sistema Penal de justiça com a política criminal adotada. Por um viés sociológico (por Hassemer), a definição genérica passa pelo postulado de interesse humano que necessita de proteção jurídico-penal, limitando a incidência deste a um núcleo conciso. Por outro viés, a noção jurídico-constitucional (professor Figueiredo dias) propugna que os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal tem previsão, explícita ou não, na norma constitucional. Isso impõe limitações ao poder punitivo, assim como a privilegia a tutela destes bens pela via extrapenal. (SÁ, Ana Luiza Barbosa. **Controle Racional das normas de Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 67-80)

como ‘tipo ou diretriz normativa’, no qual haveria clara desmaterialização do conceito de bem jurídico. Neste sentido, informa que: “más importante que el mero concepto de bien jurídico es, entonces, el programa ético-político del que deban emanar los fundamentos y los argumentos, de lo que se considera valioso”<sup>7</sup>.

Assim sendo, na explanação da primeira função do Direito Penal, verifica-se a imprescindibilidade de restar caracterizada a necessidade real de proteção pela via sancionatória ofertada pelo Sistema Penal<sup>8</sup>, quando a tutela extrapenal se mostrar ineficaz ou insuficiente.

O fato de o Direito Penal ser um instrumento de ‘*ultima ratio*’, incidente apenas quando há verdadeira lesão (ou perigo de lesão) a um bem jurídico de extrema relevância para o indivíduo, enquanto instrumento a serviço da sociedade e de sua continuidade, impede que este seja utilizado em sistemas penais autoritários, fundados em “apriorismos ideológicos”. O princípio da intervenção mínima, nesta senda, anuncia que o Direito Penal somente deve ser aplicado quando imprescindível à manutenção da ordem e do próprio bem jurídico tutelado.

Por sua vez, consigna-se que o princípio da intervenção mínima tem sua aplicação tanto na produção legislativa, quando se deve visualizar a gravidade de ofensas hipotéticas a determinados bens jurídicos externos, assim como do enquadramento da conduta definida como crime. Deve-se partir da premissa que não há crime sem ofensa – lesão ou perigo concreto<sup>9</sup> de lesão – a um bem jurídico. O indivíduo não deve ser o objetivo central do Sistema Penal, mas sim a defesa de suas garantias fundamentais. O uso desmesurado do Direito Penal não confere a credibilidade e legitimidade almejada, mas, ao revés, banaliza sua aplicação.

7 MARTÍN, Luis Gracia. Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho. In: **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón / Juan Carlos Carbonell Mateu, et al. (coord.). V. 1, 2009, p. 904.

8 O Sistema Penal engloba todo o aparato de normas, instituições, saberes relacionados, diretamente ou não, com o fenômeno criminal. O legislativo, o executivo (sistema penitenciário e polícia), Poder Judiciário e MP põe em funcionamento o sistema. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 64-65.

9 Salienta-se a existência dos famigerados crimes de perigo abstrato, cuja constitucionalidade tem sido cada vez mais discutida no cenário atual.

A segunda função apresentada pelo Direito Penal é a garantidora do indivíduo frente ao poder punitivo estatal. O Estado, ao punir os indivíduos que romperam com a ordem preestabelecida, deve atuar sempre em conformidade com o princípio da legalidade e em atenção aos princípios orientadores do Direito Penal, de maneira a privilegiar as garantias fundamentais de todo ser humano. Neste sentido, Aníbal Bruno convida à reflexão sobre a dupla face do Direito Penal: “protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis”<sup>10</sup>.

O professor Zaffaroni<sup>11</sup> referencia, ainda, a função não declarada do Direito Penal, qual seja, a de defender os interesses das classes dominantes na estrutura de poder, assim como de controlar socialmente os sujeitos irresignados. Ensina que:

Um das formas mais violentas da sustentação é o sistema penal, na conformidade da comprovação dos resultados que este produz sobre as pessoas que sofrem os seus efeitos [...]. Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. E também em parte, quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em *criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos*, para que estes sejam mantidos e reafirmados em seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que tal fenômeno seja menos frequente (criminalização de pessoas ou de grupos contestadores pertencentes à classe média e alta). Também, em parte, pode-se chegar a casos e que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirvam para levar uma *sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos*, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão (geralmente, por causa da manipulação dos meios massivos de comunicação).

10 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. T. 1, p. 18-19.

11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, v. 1**: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

De modo equânime, Baratta afirma que o Direito Penal “não defende a todos, bem como não é utilizado apenas contra ofensas a bens essenciais, ao contrário, pune de maneira desigual e de modo fragmentário”<sup>12</sup>.

Não é demasiado lembrar a importância do princípio da isonomia, inerente à noção de justiça, na configuração de um eficaz Sistema de Justiça Penal. Trata-se da proibição em promover discriminações, distinções e privilégios arbitrários e injustificáveis, o que acentuaria, ainda mais, a seletividade existente no sistema<sup>13</sup>.

## 2.2 DAS FINALIDADES DA SANÇÃO PENAL

É indubitável que em um Estado Constitucional de Direito, o objetivo primordial deve ser a adoção de medidas que antecedam à ocorrência do delito. Beccaria<sup>14</sup>, no século XVIII, já alertava sobre sua essencialidade.

Constatando-se a existência do delito, contudo, importante o estudo acerca das finalidades das sanções penais, instrumentos utilizados como meios de consecução dos objetivos do Sistema de Justiça Penal, com o fito de delimitar sua incidência. Acerca deste assunto, doutrinadores discorrem sobre a existência de dois tipos de finalidades: a preventiva (teorias relativas) e a retributiva (teoria absoluta).

A teoria relativa, ou utilitária, consubstancia no sentido de prevenir a ocorrência de futuros delitos e da própria incidência do Direito Penal. Pode ser subdivida entre prevenção geral, atuando sobre todo o corpo social nos três momentos de persecução criminal (cominação, aplicação e execução da pena) e especial, incidente de maneira exclusiva sobre o indivíduo que praticou o delito.

12 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal; tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 162. (Pensamento criminológico; 1).

13 “O Direito Penal não menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência”. Ibid., p. 162.

14 “É melhor prevenir os delitos que puni-los. Este é o principal fim de toda boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível, para falar conforme todos os cálculos dos bens e dos males da vida. Mas os meios empregados até agora são, na maior parte das vezes, falsos e opostos ao fim proposto” BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 117.

A teoria preventiva geral, sob a concepção ampla ou positiva, referencia a primeira função do Direito Penal, qual seja a defesa necessária dos bens jurídicos essenciais, transmitindo um sentimento social de pacificação, que garanta a fé e a confiança no ordenamento jurídico vigente. Aqui, a penalidade passa a se relacionar com o Direito como ordem ética e garantidora de valores fundamentais. Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias<sup>15</sup>:

A doutrina da prevenção geral oferece um entendimento racional e político- criminalmente fundado no problema dos fins das penas; e, também, um entendimento suscetível de se fazer frutificar para a solução de muitos e complexos problemas dogmáticos e para o qual, por conseguinte, não se encontra ainda hoje alternativa viável (DIAS, 1999, p. 102).

Por outro lado, sob o aspecto negativo ou estrito, a teoria preventiva se apoia no sentimento de intimidação do corpo social (coação psicológica), no sofrimento que o Sistema Penal de Justiça pode infligir ao infrator consumado, ou em potencial, a fim de que a coletividade não transgrida o contrato social já estabelecido. Esta teoria, contudo, não assegura a justiça da pena e pode ser encarada como “intolerável meio de opressão”<sup>16</sup>, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Neste pórtico, imprescindível lembrar a crítica do professor Zaffaroni à finalidade meramente preventiva, a qual não se confunde, por óbvio, com a adoção de políticas públicas estatais a fim de evitar a ocorrência do delito. Para este penalista, a lógica de intimidar o corpo social por meio do exemplo de um transgressor atentaria contra a dignidade da pessoa humana, já que o indivíduo pode se tornar mero objeto de terror estatal. De igual modo, deve-se suscitar a

15 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 102.

16 “Não percebem os que pretendem combater o crime com a só edições de leis que desconsiderem o fenômeno criminal como efeito de muitas causas e penetram em um círculo invencível, no qual a própria lei penal passa, frequentemente, a operar ou como importante fator criminógeno, ou como intolerável meio de opressão”. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, apud ANJOS, Fernando Vernice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal**: ressocialização e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009, p. 32.

dificuldade em construir um estudo real que prove os reais efeitos da prevenção geral e sua respectiva eficácia, a despeito da existência do efeito simbólico. O professor<sup>17</sup> assim informa:

O erro de todos os autoritarismos é precisamente querer valer-se deste fenômeno, tomando a prevenção geral como efeito principal da pena, o que leva a um aumento desmesurado da mesma. A prevenção geral, em um Estado que não seja de terror, não pode ser mais que um efeito tangencial da prevenção penal, que nunca pode ser buscado nem tomado em consideração, por um legislador racional (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 100).

A prevenção especial, por sua vez, não se dirige à coletividade e deve se orientar pelos ditames constitucionais de proteção e ressocialização do indivíduo infrator. A figura do transgressor emerge como foco principal, com o fito de evitar sua reincidência, assim como assegurar suas garantias fundamentais, como a ressocialização.

A prevenção especial, sob o aspecto negativo, tem por objetivo a intimidação e a neutralização do indivíduo transgressor, em clara primazia do social em detrimento deste. Esta ideia, contudo, quando desatrelada a outros fatores preventivos, pode facilitar o uso desmesurado e severo do poder punitivo estatal, o que culminaria na eliminação do caráter garantista que deve estar presente em um Estado Democrático de Direito. Em razão disto, esta finalidade da pena deve ser estudada sob um viés norteado pelas garantias fundamentais do indivíduo, a fim de que sua segregação, por vezes necessária, não se transforme em pena de banimento.

Por outro lado, a prevenção especial positiva é concebida por um caráter racionalizante e dotada de interdisciplinariedade entre as ciências humanas, fundamental na busca de um Direito Penal mais humano, que almeja a ressocialização do transgressor, apoiando-se em programas e incentivos sociais. Neste sentido, Fernando Vernice dos Anjos, em analogia ao ensinamento pelo filósofo

17 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, v. 1:** parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

Hassemer, afirma que “um Direito Penal voltado para as consequências tem necessariamente que ser um Direito Penal da recuperação e do tratamento, um Direito Penal da ressocialização”<sup>18</sup>.

Trata-se de aplicação indubitável do princípio da socialidade, previsto expressamente em documentos internacionais de direitos humanos<sup>19</sup>, no qual o Estado deve agir de modo solidário com seus apenados, com o fito de propiciar condições eficazes de ressocialização. De modo geral, salienta-se que a finalidade preventiva está prevista, implicitamente, na ordem constitucional, ao proibir a utilização de penas degradantes ou desumanas, de morte, de caráter perpétuo, torturas e trabalhos forçados, na garantia de respeito à integridade física e moral dos presos, etc.

Sobre a prevenção especial da sanção penal, Zaffaroni alerta sobre a inexistência de penas corretivas ou com caráter terapêutico, de modo que haveria clara confusão entre o Direito e Moral, ao considerar o criminoso uma aberração que deve ser educada e ressocializada, independente de sua própria vontade.

Neste sentido, diante da não concretização das funções tradicionais da pena, o doutrinador afirma a inexistência de uma real função positiva desta, razão pela qual se apoia em uma teoria denominada de agnóstica<sup>20</sup>.

Por fim, no que se refere à finalidade retributiva, a ideia fundamental é de que a culpa do autor seja compensada pelo mal que a pena impõe. Não há designação de qualquer fim social para a penalidade, sendo esta desprovida de qualquer utilidade que não seja um fim em si mesma, marcada unicamente pelo caráter metafísico, razão pela qual a teoria é concebida como sendo absoluta.

18 ANJOS, Fernando Vernice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal**: ressocialização e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 54.

19 Neste sentido, o art. 6º do Pacto de San José da Costa Rica aduz que: “as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

20 “[...] uma impossibilidade estrutural não-solucionada pelo leque de ideologias re: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, não paginado.

Neste sentido, em que pese o assunto embasar estudos aprofundados, predomina a corrente negativa desta finalidade, sob o argumento de que a sanção não pode servir como instrumento de uma justiça retributiva, a qual pouco contribui para a pacificação do conflito e nada para a ressocialização do transgressor. Trata-se, em suma, de uma medida negativa que se esgota em si, no sofrimento do indivíduo como expiação do mal ocasionado pelo crime. De forma incisiva expõe Juarez Cirino dos Santos<sup>21</sup> que:

A sobrevivência histórica da pena retributiva – a mais antiga e mais popular função atribuída à pena criminal – parece inexplicável para o discurso oficial: a pena como expiação de culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para purificar a alma do condenado; a pena como compensação de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo (SANTOS, 2010, p. 421).

No Estado Democrático de Direito, no qual o poder emana e é exercido em nome do povo, penas expiatórias, desprovidas de racionalidade científica, baseadas em crenças e fomentadoras de vingança, devem ser imediatamente rechaçadas.

O Sistema de Justiça Penal, em que pese os argumentos acima levantados acerca da aplicação, vem sendo visualizado como panaceia das tensões iminentes à complexidade das sociedades modernas, momento em que as ideologias se encarregam de condicionar, estruturar e justificar as posições adotadas, geralmente em prol da classe dominante. Zaffaroni informa que “o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos”<sup>22</sup>.

Não há dúvidas que o uso exacerbado e descontrolado do Direito Penal acaba por conferir espaço à proteção de valores impostos pela classe dominante, de modo que a proteção aos bens jurídicos passa a figurar em segundo plano. O Direito Penal ao se impor de maneira mais severa em relação a determinados

21 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Santa Catarina: ICPC/Conceito Editorial, 2010. p. 421.

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, v. 1**: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76.

delitos, os quais são mais praticados, estatisticamente, por classes menos favorecidas, acaba por realizar notável segregação social.

Desta maneira, constatando-se o sutil controle social exercido pelo Sistema penal em face das classes baixas da estratificada sociedade, urge esclarecer a utilização do discurso punitivo como meio de seletividade e identificação das classes perigosas.

### **3 O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SELETIVIDADE E IDENTIFICAÇÃO DAS CLASSES PERIGOSAS**

A sociedade atual, a despeito de não ser considerada formalmente estatal, apresenta estruturas de poder veladas, fundamentadas no controle social sutil, manifestado por intermédio do sistema punitivo.

Neste sentido, Zaffaroni esclarece a existência de um fenômeno dualista conhecido como ‘hegemonia-marginalização’, o que o Sistema Penal tende, em grande parte, a tornar mais agudo. Em algumas sociedades, a centralização e a marginalização se mostram de modo bastante extremado, enquanto em outros de modo mais sutil, o que não significa sua inexistência. Essa polarização é característica da complexidade das relações sociais e culmina na maior, ou menor, incidência do controle social.

A percepção de que o poder punitivo institucionalizado é seletivo e desigual não é algo recente. O Sistema Penal, há tempos, mostra-se mais rigoroso com as classes sociais menos favorecidas, ao passo que representa o interesse da burguesia em defender os próprios interesses. Nas lições de Zaffaroni, esse pode ser considerado como o controle social punitivo institucionalizado, o que abarca desde a tipificação legal até a cominação da respectiva pena, abrangendo a atividade legislativa, investigativa e judiciária.

De igual modo, a classificação de classes ditas “perigosas” não é recente e sempre esteve presente na história do Direito, o que pode ser comprovado não apenas pelos fatos sociais (estudos antropológicos e sociológicos), mas também a partir de uma análise das estruturas jurídico-normativas existentes (doutrina jurídica). Em verdade, observando-se o curso da história humana, é possível

verificar a existência de inúmeros “inimigos construídos”. Neste sentido, Zaffaroni<sup>23</sup> argumenta que:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentre dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente (ZAFFARONI, 2007, p. 11).

O professor Baratta é enfático ao analisar o mito da igualdade no Direito Penal, ao informar que a danosidade não possui ligação íntima com a distribuição do *status* de criminoso, mas sim com as condições pessoais e sociais por ele ostentadas, o que evidenciaria a falência do atual sistema punitivo<sup>24</sup>.

No Brasil, não diferente de países capitalistas em ascensão<sup>25</sup>, um dos grandes sintomas da seletividade penal advém da análise dos apenados e encarcerados. A expressiva maioria da população carcerária é oriunda de camadas populares e responde por crimes contra ao patrimônio (principalmente roubo e furto). De acordo com mapa das prisões disponibilizado pelo CONECTAS, formulado com dados obtidos pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias

23 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p. 11. (Pensamento criminológico; 14).

24 “A criminalidade não seria um dado ontológico pré-constituído, mas realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social; o criminoso não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal” BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal; tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 11. (Pensamento criminológico; 1).

25 “As estatísticas indicam que, nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de extração proletária, em particular, de setores do subproletariado e, portanto, das zonas sociais já socialmente marginalizadas como exercito de reserva pelo sistema de produção capitalista. Por outro lado, a mesma estatística mostra que mais de 80% dos delitos perseguidos nestes países são delitos contra a propriedade”. *Ibid.*, p. 198.

– InfoPen, vinculado ao Ministério da Justiça, 53,8% dos detentos são negros, 74% têm menos de 35 anos e 70% não superaram o Ensino Fundamental<sup>26</sup>.

Primeiramente, ao criminalizar condutas ofensivas a determinados bens jurídicos, o parlamentar, notoriamente, pode tutelar interesses que não representam o da maioria (criminalização primária). Em segundo lugar, a seletividade é produzida pela seleção de indivíduos previamente estigmatizados, dentre aqueles que praticam o fato punível.

Com a criminalização, notória a incidência de tratamento diferenciado para aquele classificado como inimigo. A ele é negada a condição de pessoa, o qual passa a ostentar posição de algo meramente criminoso e daninho, sem direitos inerentes à dignidade da pessoa humana<sup>27</sup>. Descadeia-se, neste caso, uma reação social que legitima a postura punitiva estatal diante de indivíduos etiquetados, para os quais é gerado um rigoroso aparelho repressivo que tem por finalidade a captura dos “estranhos”, a correspondente estigmatização e exclusão do convívio social.

Diante desta realidade, observou-se o surgimento de diversas teorias criminológicas a fim de analisar as raízes e motivação do delito, assim como a correspondente atuação estatal no que diz respeito à aplicação do Direito Penal.

### 3.1 EVOLUÇÃO CRIMINOLÓGICA E O VIÉS ESTIGMATIZANTE

A consolidação da criminologia como ciência autônoma ocorre no marco do positivismo, no final do século XIX. Contudo, as bases fundacionais do moderno Direito Penal remetem-se à Escola Clássica, de meados do século XVIII a XIX.

Em face do Estado Liberal Moderno (ante a transição da ordem feudal e do Estado absolutista para a ordem capitalista), urge a necessidade em limitar o

26 Mapa das prisões: Números evidenciam falência do sistema prisional. 2014. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoas>>. Acesso em: 19 set. 2014.

27 “A doutrina pré-moderna não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la, aceitando-se implicitamente que para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p. 88. (Pensamento criminológico; 14).

poder de punir, face os contornos adquiridos pela liberdade individual. Sob este aspecto, os pensamentos da Escola Clássica, tendo por expoentes juristas como Beccaria e Carrara, instituíram a ideologia do Sistema Penal.

A criminalidade, aqui, é analisada como instituto independente do contexto social em que se insere o transgressor, o que “significa abstrair o fato do delito do contexto ontológico que o liga, por um lado, a toda a personalidade do delinquente e a sua história biológica, e por outro lado, à totalidade natural e social em que se insere sua existência”<sup>28</sup>.

O Direito Penal é, assim, instrumento legal para defender a sociedade do delinquente, que não é diferente do indivíduo normal, mas decidiu, usando do livre arbítrio, realizar a prática do delito<sup>29</sup>. Insta consignar que o Direito Penal Brasileiro é fruto, em grande parte, desta teoria clássica, determinante na política criminal e dogmática jurídico-penal adotada, na qual o delito é essencialmente um ente jurídico.

Posteriormente (na década de setenta do século XIX), em meio a transformações estatais oriundas de ‘novas ideologias políticas’, a escola positivista, ainda que entendendo o delito como ente jurídico, qualifica este fato humano sem isolar a ação delituosa da totalidade social. O criminoso não é tratado como igual a todos na sociedade, mas como ‘aberração social’, condicionado por fatores antropológicos, sociológicos e biológicos. Sob a ótica de um determinismo biológico, o transgressor se revelava em suas ações, impulsionado por forças do inconsciente.

Expoentes como Lombroso e Garófalo acabam por justificar a dominação de classes, a partir do conceito de que os indivíduos não são iguais, razão

28 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal; tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 38. (Pensamento criminológico; 1).

29 “Ao contrário, partindo da premissa de que todos os homens, graças à sua racionalidade, são iguais perante a lei e podem, por isso, atuar responsavelmente, compreendendo o caráter benéfico do consenso implícito no contrato social [...], criminoso será quem, na posse do livre-arbítrio, viola livre e conscientemente a norma penal”.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. apud GROSNER, Marina Quezado. **A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 28.

pela qual os inferiores (transgressores) deveriam ser isolados e/ou excluídos da convivência social.

Constatando-se que o Direito Penal passa a ser do autor, não mais do fato, Baratta aborda que “esta orientação de pensamento buscava, de fato, a explicação da criminalidade na ‘diversidade’ ou anomalia dos autos de comportamentos criminalizados”<sup>30</sup>. A pesquisa se limita às seguintes indagações: quem é o delinquente, como se delinque e quanta delinquência existe.

Contemporaneamente à revolução burguesa, surge a ideologia da defesa social (ou do ‘fim’), a qual tem se apresentado de modo influente na base do discurso punitivo do Sistema Penal. Consubstanciada nos princípios da legitimidade (do Estado em reprimir a criminalidade), culpabilidade (delito como expressão inferior reprovável), finalidade ou prevenção (finalidades da pena), igualdade (o Direito Penal seria igual para todos), do bem e do mal (o fato punível representa um mal à sociedade) e do delito natural (os interesses protegidos são comuns a todos os cidadãos), a teoria representa uma condensação dos ‘progressos’ do Direito Penal.

Estes princípios, contudo, não correspondem à realidade presenciada do Sistema Penal. O criminólogo Baratta ensina que este modelo vem contribuindo para a manutenção de uma sociedade estratificada e desigual, por meio de uma falsa ciência que deturpa a realidade, razão pela qual houve o surgimento de várias teorias sociológicas contemporâneas sobre criminalidade, que confrontam e desmitificam, diretamente, os supracitados princípios.

Em seus escritos sobre criminologia e crítica do Direito Penal, Alessandro Baratta aduz que a compreensão da criminalidade parte, necessariamente, da análise do Sistema Penal, encarregado de defini-la e combatê-la, devendo-se perquirir desde o estudo das normas postas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, etc.)<sup>31</sup>. Assim, o controle institucionalizado é quem atribui a qualidade de criminoso, e não apenas a realização da conduta punível.

30 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal; tradução de Juares Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 39. (Pensamento criminológico; 1).

31 Ibid., p. 86.

De maneira seletiva, há respostas distintas para indivíduos que, a despeito de terem cometido a mesma ação punível, ostentam *status social* divergentes perante a sociedade. Com efeito, pode-se afirmar que as instâncias oficiais de controle social desempenham função constitutiva em face da criminalidade.

Neste sentido, a teoria da reação social direciona seus estudos na análise das reações do controle institucionalizado (oficializado), em face da criminalidade e da escolha das sanções estigmatizantes. A questão da teoria criminológica não deveria, assim, se concentrar diretamente no crime e na figura do transgressor, mas sim no controle, adotado pelo Estado, como medida hegemônica de determinados grupos sociais. Busca-se os motivos pelos quais determinados indivíduos são estigmatizados e quais são os critérios e mecanismos de seleção das instâncias controladoras. A partir daí, conforme observado por Baratta<sup>32</sup>, há um novo paradigma das ciências penais:

A criminalidade não seria um simples comportamento violador da norma, mas uma realidade social construída por juízos atributivos, determinados primariamente por meta-regras e secundariamente pelos tipos penais: juízes e tribunais seriam instituições determinantes da realidade (BARATTA, 2002, p. 86).

Por intermédio de estudos sobre os processos de tipificação e criminalização dos grupos sociais, o *labeling approach* promove uma análise da realidade social no qual o indivíduo transgressor se encontra imerso. As teorias criminológicas deslocam a análise do comportamento do criminoso e da função do poder punitivo estatal para os mecanismos de seletividade e as condições de estigmatização de certo grupo social. Passa-se da criminologia liberal à criminologia crítica, onde há observação das condições objetivas e estruturais que consubstanciam o fenômeno do desvio e as causas da criminalidade para os mecanismos sociais.

Em doutrina, Alessandro Baratta sustenta, inclusive, que a teoria do *labeling approach* funcionaria como negação ao princípio da igualdade sustentado

32 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal; tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 86.

pela ideologia da defesa social, notadamente quando se analisa a ocorrência de cifras ocultas. Diante da constatação de que inúmeros comportamentos, passíveis de criminalização, não são alvos do sistema punitivo por terem sido praticados por indivíduos pertencentes a classes sociais, culturais, políticas e economicamente superiores, o mito da igualdade se mostra insustentável.

A criminologia contemporânea produziu resultados salutareos: a pena é uma violência institucional, que limita direitos e reprime necessidades essenciais; os órgãos da Justiça Penal não representam nem tutelam os interesses comuns a todos os membros; o funcionamento da Justiça Penal é altamente seletivo, que está direcionado quase exclusivamente contra as classes de baixa estratificação e o sistema punitivo não soluciona os problemas para os quais foi direcionado (mas os agrava e reprime), de modo que é inadequado para cumprir as funções propostas pelo discurso oficial<sup>33</sup>.

Este trabalho, como referencial teórico, adotará o paradigma da reação social, principalmente com a negação da ideologia da defesa social, no estudo da criminalização como fonte de seletividade e contenção social, para o qual se faz necessária a análise de como os estigmas e o estereótipo atuam como meios de criminalização de determinado grupo social.

### 3.2 ESTIGMATIZAÇÃO E ESTEROTIPAÇÃO COMO MEIOS DE CRIMINALIZAÇÃO DO INDIVÍDUO

O sociólogo Erving Goffman, ao se aprofundar acerca da estigmatização, aduz que o termo estigma foi criado pelos gregos para se referir a sinais corporais que evidenciassem algo extraordinário ou mau sobre o *status moral* de quem os portava. Atualmente o termo é usado para fazer referência à existência de um atributo depreciativo, estabelecido pela sociedade como meio de categorizar os participantes, ditando sobre o que é normalidade e anomalia.

Os estigmas podem ser evidenciados por diferentes origens: abominações do corpo, as culpas de caráter individual e, ainda, os estigmas tribais da raça, reli-

33 Conforme entendimento sustentado por Marina Quezado in: GROSNER, Marina Quezado. **A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

gião etc. Independente do que seja, o estigmatizado passa a ser visto com alguém desprovido da completude humana e, em razão disso, inúmeras discriminações são legitimadas e aceitas, principalmente pelas fontes de controle social<sup>34</sup>.

O sociólogo aborda, com lucidez, as consequências que o estigma provoca no indivíduo que o possui. Alguns deles tendem a corrigir diretamente, ou não, suas ‘fraquezas’ (pessoa deformada que recorre à cirurgia plástica); outros podem entender as privações como bênçãos secretas que proporcionam amadurecimento espiritual; há aqueles que passam a criticar a realidade em que estão inseridos, a partir da concepção de que os “normais” também possuem defeitos e imperfeições, porém, de maneira geral, afastam-se das relações com os indivíduos considerados normais.

De algum modo, diante da discriminação por seus ‘atributos’, os estigmatizados tendem a se isolar, por se sentirem alheios e anormais. Neste sentido, Goffman<sup>35</sup> aborda que:

Os padrões que ele incorporou da sociedade maior tornam-se intimamente suscetível aos que os outros vêem como seu defeito, levando-o, inevitavelmente, mesmo que em alguns poucos momentos, a concordar que, na verdade, ele ficou abaixo do que realmente deveria ser. A vergonha se torna uma possibilidade central [...] (GOFFMAN, 1975, p. 15).

Neste contexto, o estigmatizado muda sua postura para se adaptar à sua própria concepção de espaço e tende a se agrupar com pessoas que possuem o mesmo estigma e experiências semelhantes, o que Goffman denomina de ‘carreira moral’<sup>36</sup>.

34 GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 15

35 *Ibid.*, p. 17

36 “As pessoas que têm um estigma particular tendem a ter experiências semelhantes de aprendizagem relativa à sua condição e a sofrer mudanças semelhantes na concepção do eu – uma ‘carreira moral’ semelhante, que é não só causa como efeito do compromisso com uma sequência semelhante de ajustamentos pessoais”. *Ibid.*, p. 41

Os estigmas, deste modo, definem a identidade social do indivíduo, o qual se reconhece na própria limitação e, para não ser excluído e marginalizado do convívio social, tende a se comportar segundo dita a classe superior. Por óbvio, as pessoas provenientes de classes mais baixas são sempre mais suscetíveis à estigmatização, uma vez que “trazem a marca do seu “status” na linguagem, aparência e gestos, e que, em relação às instituições de nossa sociedade, descobrem que são cidadãos de segunda classe”<sup>37</sup>.

Já o estereótipo, estudado por Denis Chapman, refere-se a uma ideia pré-constituída que a sociedade possui sobre determinados grupos sociais. Constrói-se, com grande influência dos meios de comunicação em massa, um ideal imaginário sobre quem é “o traficante”, o “bandido”, de modo que contra ele será direcionada toda a agressão social e repressão penal. A tese de Chapman é resumida pela professora Lola Anyar de Castro<sup>38</sup>:

Na sociedade, existem vários estereótipos: o do alcoólatra, que seria um maltrapilho embrutecido pela bebida e deve, portanto, ser objeto de medidas violentas, ou sanções médicas, psiquiátricas e legais, cujo estereótipo serve para justificar a existência e o comportamento - agressivo e impune - dos alcoólatras das classes média e superior. O estereótipo do jovem hippie, drogado, sujo e amoral, serve para justificar à “gente de bem” burguesa a sua repressão contra os grupos de jovens politizados, considerados perigosos para as classes no poder. Ainda assim, a imagem do ladrão refere-se de preferência ao do pequeno assaltante e se contrapõe à do especulador, cujo comportamento acaba ratificado pela admiração e o êxito [...] O criminoso estereotipado é, pois, função do sistema estratificado e concorre para mantê-lo inalterado. Isto permite à maioria não criminosa, redefinir-se com base nas normas que aquele violou e reforçar o sistema de valores de seu próprio grupo (DE CASTRO, 2007).

37 GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 62

38 DE CASTRO, Lola Anyar. Criminologia da reação social. Rio de Janeiro: Forense, 1983. apud D'ÉLIA FILHO, Orlando Zaccone D'Elia. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007, não paginado.

Mais a mais, irrefutável o pensamento de que tanto o estigma quanto o estereótipo tornam os indivíduos mais vulneráveis ao processo seletivo do Direito Penal. Assim, por meio do estudo destes mecanismos seletivos e afastado da concepção do Direito Penal como sistema estático, urge esclarecer os métodos de criminalização.

### 3.2.1 Criminalização primária

Como o nome já induz, a criminalização primária se configura nos processos de edições das leis penais, quando da atuação do poder legislativo, competente para a seleção dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Sistema Penal, assim como da culminação da sanção penal. Neste momento, surgem os “empresários morais”, pessoas que tem interesse na regra publicamente imposta, a partir de uma concepção específica do que seja aceitável ou não. Geralmente, influentes em algum meio do controle social, essas pessoas corroboram com a formação de grupos favoráveis a seus fins.

Considerando que a atividade legislativa está imbuída no controle social e na perpetuação do *status* vigente, não é difícil imaginar que há previa seleção dos indivíduos criminalizáveis. Neste sentido, Baratta<sup>39</sup> leciona que:

A seleção criminalizadora ocorre já mediante a diversa formulação técnica dos tipos penais e a espécie de conexão que eles determinam com o mecanismo das agravantes e das atenuantes (é difícil, como se sabe, que se realize um furto ‘não agravado’). As malhas dos tipos, são, em geral, mais sutis no caso dos delitos de ‘colarinho branco’ (BARATTA, 2002, p. 176).

Sob a justificativa do fragmentarismo do Direito Penal (proteção excepcional dos bens considerados indispensáveis), “zonas de imunização” são criadas para favorecer determinada classe social, a despeito da gravidade que alguns

39 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 176. (Pensamento criminológico; 1).

desses delitos possam acarretar à sociedade. Sob esta ótica, o professor Baratta<sup>40</sup> informa que:

[...] importantes zonas de nocividade social ainda amplamente deixadas imunes do processo de criminalização e de efetiva penalização (pense-se na criminalidade econômica, na poluição ambiental, na criminalidade política dos detentores do poder, na máfia etc.), mas socialmente muito mais danos, em muitos casos, do que o desvio criminalizado e perseguido. Realmente, as classes sulbaternas são aquelas selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização (BARATTA, 2002, p. 198).

Uma das vertentes da criminalização primária é a omissão legislativa ou tipificação simbólica, ao tratar de delitos típicos das classes sociais hegemônicas. A ênfase recai, sobretudo, em crimes contra o patrimônio privado e de modo a atingir as formas de desvio predominantes em grupos socialmente marginalizados.

Com o fito de exemplificar a criminalização estudada, passa-se à análise do artigo 9º da Lei nº 10.684/03 (sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal), que alude à extinção da punibilidade, em crimes contra a ordem tributária e previdência, nos casos em que o devedor realizar o pagamento integral do tributo. O mero parcelamento, inclusive, suspende a pretensão punitiva estatal.

Salienta-se que os crimes de sonegação fiscal atingem de forma trágica o Estado, haja vista que impossibilita, ou dificulta, a consecução de projetos sociais e outras finalidades de caráter coletivo. Sabe-se que a verba arrecadada por intermédio da tributação é direcionada (ou deveria ser...) para o cumprimento das finalidades estatais, como os investimentos em saúde e educação. Não há dúvidas de que a sonegação seja um comportamento extremamente danoso à coletividade. E, mesmo diante da referida importância, a Justiça Penal representa mero instrumento de coação ao pagamento, haja vista que a quitação da dívida importa a extinção da punibilidade do agente.

40 Ibid., p. 198. (Pensamento criminológico; 1).

E sob esta ótica, questiona-se: Por que não há esta previsão para os casos de furto sem prejuízo (em que se restitui a *res furtiva*)? Em atenção ao princípio da igualdade, por que tal benefício não pode ser estendido aos ‘delinquentes’ que, sem violência ou grave ameaça à pessoa, restitui o bem furtado? Os crimes contra a propriedade privada (historicamente atrelado às classes dominantes) devem ser punidos com mais rigor do que aquele que atinge a toda coletividade?

A resposta dos questionamentos acima passa pela análise do estereótipo dos transgressores. Crimes de furto são praticados por pessoas dos mais baixos extratos sociais e, por isso, abarcam penalização muito maior. A não criminalização, ou a realizada de maneira simbólica, das ações antissociais praticadas por indivíduos das classes hegemônicas denuncia a existência de ‘zonas de imunização’ para comportamentos de sonegação, assim como um paradigma liberal, individual e patrimonialista do Direito Penal.

### 3.2.2. Criminalização secundária

Constatado o modo que a criminalização primária realiza o controle social da classe marginalizada, importante a análise da criminalização secundária. Ao passo em que a criminalização primária é ação declaratória que se refere a condutas e atos, a secundária se refere à ação punitiva em si sobre pessoas previamente marginalizadas, pelos “empresários morais”.

Diante da necessidade de uma atividade interpretativa da lei, permeada por diferentes métodos hermenêuticos e contornos subjetivos do intérprete, os operadores do Direito ganham relevante papel ao empregar suas visões particulares nesta tarefa.

A clientela do Sistema Penal é composta, majoritariamente, de pobres e negros. Afastando-se da ideia que concebe a existência de um “inimigo social”, na qual certos indivíduos tem tendência para delinquir, observa-se que o fato é que estes têm maiores chances de serem etiquetados e criminalizados como criminosos. As chances, por óbvio, são distribuídas de maneira desigual, mormente quando os crimes cometidos por setores hegemônicos muitas vezes não

são denunciados e, quando o são, não são investigados com tanto rigor. Neste sentido, Baratta<sup>41</sup> aborda:

As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminoso’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído (BARATTA, 2002, p. 165).

A descrição oficial das condições gerais do sistema penitenciário nacional, como relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário do Congresso Nacional<sup>42</sup> é que:

A quase totalidade dos presos é pobre, originários da periferia, com baixa escolaridade e sem ou com pouca renda. No ato da prisão, o aparelho policial age sempre com prepotência, abuso de poder, sonegação de direitos e, não raro com violência. A CPI ouviu muitas denúncias de flagrantes forjados – em especial no que se refere às drogas – bem como de maus tratos praticados pelos agentes policiais.

De igual maneira, em estudo realizado em 2013 pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF), vinculado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), verifica-se que a população carcerária, no Brasil, é composta por 93,4% de homens e 6,6% de mulheres. A maioria tem

41 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 165. (Pensamento criminológico; 1).

42 Relatório da CPI do sistema penitenciário constante em: LEMOS, Clécio; et al. **Drogas**: Uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 99.

idade entre 18 e 29 anos, afrodescendente e, em geral, foram condenados por crimes contra o patrimônio (superior a 50%) e tráfico de entorpecentes (22%). A corrupção, por outro lado, representa apenas 0,1% dos apenados, dado este que evidencia, de pronto, a incongruência entre a criminalidade real e a oficial.

Ora, são comuns graves e numerosas violações à ordem econômica e financeira do Estado por parte de indivíduos da classe alta, sem que haja uma persecução criminal eficaz, o que culmina na proliferação destes delitos. O que parece ocorrer é cumplicidade entre a classe politicamente privilegiada e os agentes econômicos do setor privado, na qual o prestígio dos infratores, o raro efeito estigmatizante das sanções previstas e a ineficaz atuação institucional corroboram com a escassez de aplicações de penas em crimes de colarinho branco.

Como os crimes de colarinho branco são pouco investigados pelas pessoas que atingem, criou-se na sociedade a sensação de que crimes em geral somente são praticados pelos membros localizados na base da pirâmide social, numa concepção falsa de distribuição da criminalidade. Neste sentido, Baratta diz que “a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade”<sup>43</sup>.

Com efeito, o surgimento das conhecidas cifras ocultas foi colaborado pela seletividade penal em nosso sistema. É notório que os estereótipos influenciam e orientam as ações dos órgãos oficiais. A definição de um indivíduo como sendo um transgressor perpassa, invariavelmente, sobre a condição social que ostenta. Pode-se, a partir disto, observar que há grande defasagem entre a criminalidade real (condutas efetivamente consumadas) e a criminalidade estatística (obtida pelo cômputo de um órgão oficial).

No tópico abaixo, analisar-se-á a influência do Poder Judiciário, por meio da criminalização secundária, como fomentador da contenção social.

43 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 103. (Pensamento criminológico; 1).

## 4 O JUDICIÁRIO E A SELETIVIDADE PENAL COMO FOMENTADORES DA CONTENÇÃO SOCIAL

A clara correlação entre sociedade e Direito se dá em virtude da função reguladora que esta exerce naquela, consubstanciando-se no canal de comunhão e compatibilização de interesses surgidos no seio social, de modo a harmonizar as relações intersubjetivas.

Nesta diretriz, uma das funções ostentadas pelo Estado é a jurisdição, mediante a qual há substituição dos titulares de interesses divergentes para buscar a pacificação, com o auxílio da imparcialidade do julgador. Em razão da essencialidade da jurisdição para promoção da justiça, o Estado a exerce sempre por meio do processo, influenciado pelos princípios vigentes na atual ordem Constitucional, momento em que surge a importância democrática do Poder Judiciário. Com maestria, explica Ada Pellegrini que “[...] o Judiciário não tem a importância política dos outros poderes, mas ocupa um lugar de destaque entre os demais, quando encarado pelo ângulo das liberdades e dos direitos individuais e sociais de que constitui a principal garantia”<sup>44</sup>.

Isso ocorre porque os direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional, quando violados, somente podem ser afirmados e efetivados por intermédio do Poder Judiciário. A aplicabilidade da lei, contudo, não é imediata, mas depende, em diferentes níveis, da interpretação do operador, momento em que a criminalização secundária pode incidir na atividade judicante, consoante aduz Vera Andrade<sup>45</sup>:

[...] a definição da conduta desviada não se resolve definitivamente no momento normativo.[...] a lei penal configura tão só marco abstrato de decisão, no qual os agentes do controle social formal desfrutam ampla margem de discricionariedade na seleção

44 GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 173.

45 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. apud GROSNER, Marina Quezado. **A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 32.

que efetuam, desenvolvendo uma atividade criadora proporcionada pelo caráter ‘definitorial’ da criminalidade. Nada mais errôneo supor (como faz a Dogmática Penal) que, detectando um comportamento delitivo, seu autor resultará automática e inevitavelmente etiquetado. Pois, entre a seleção abstrata, potencial, e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração (ANDRADE, 2003).

Em que pese a previsão constitucional da motivação dos atos jurisdicionais, sabe-se que o Poder Judiciário exerce clara discricionariedade na análise dos fatos apresentados. E nesta construção da realidade, parece ser inegável a influência das prévias impressões dos juízes sobre o comportamento do indivíduo, os estereótipos por ele ostentados e a gravidade de determinado tipo de crime<sup>46</sup>.

O “passado” do indivíduo ganha perversa relevância na construção da personalidade e credibilidade do transgressor. Os famosos ‘antecedentes criminais’ atuam com mais rigor e intensidade do que as peculiaridades do fato punível, razão pela qual são incompatíveis com um Direito Penal do fato. Punir a pessoa pelo que ela representa na sociedade e não pelo ato praticado é, indubitavelmente, violar os postulados garantistas consagrados na ordem constitucional.

De igual modo, os profissionais do direito são condicionados a operacionalizar o Direito Penal sem questionarem a injustiça do sistema e a desumanização por ele legitimada. Em face de, e justificado por, um positivismo jurídico, a postura do profissional do direito, em especial do julgador, tem sido de submissão às regras postas e de extremado tecnicismo. A predominância dos efeitos ideológicos de uma dogmática jurídica desapegada à realidade social, a pressão social que imputa ao Judiciário a tarefa de solucionar e reduzir a questão da violência pública, assim como a cobrança institucional pela redução dos números proces-

46 “Eles operam claramente em benefício das pessoas que exibem os estigmas da respeitabilidade dominante e em desfavor dos que exibem os estigmas da associabilidade e do crime”. DIAS E ANDRADE, 1997, p. 541 apud GROSNER, Marina Quezado. *Ibid.*, p. 63.

suais, acaba por aprofundar um código ideológico presente na figura do julgador. Sob este aspecto, Aury Lopes Jr.<sup>47</sup>, de forma contundente, aduz:

Aqui está um outro grave problema: o juiz que assume uma cultura subjacente, de forte conotação de defesa social, incrementada pela ação persistente dos meios de comunicação, reclamando menos impunidade e maior rigor penal (...). É aquele juiz que absorve esse discurso de limpeza social e assim passa a atuar, colocando-se no papel de defensor da lei e da ordem, verdadeiro guardião da segurança pública e da paz social. (...) Esse juiz representa uma das maiores ameaças ao processo penal e à própria administração da justiça, pois é presa fácil dos juízos apriorísticos de inverossimilitude das teses defensivistas; (...) introjeta com facilidade os discursos de “combate ao crime” (...) e transforma o processo numa encenação inútil, pois desde o início já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira. Logo, invocando uma vez mais CORDERO, esse juiz, ao eleger de início a hipótese verdadeira, não faz no processo mais do que uma encenação, destinada a mascarar a hábil alquimia de transformar os fatos em suporte da escolha inicial. Ou seja, não decide a partir dos fatos apresentados no processo, senão da hipótese inicialmente eleita como verdadeira. A decisão não foi construída a partir da prova, pois ela já foi tomada de início. É o prejuízo que decorre do pré-juízo (LOPES JR, 2005, p. 77-78).

E neste aspecto, o Poder Judiciário pode desempenhar notória participação seletiva. É que o cárcere<sup>48</sup>, principal resultado da atividade jurisdicional criminal, vem sendo constatado como fundamental para a manutenção da escala vertical da sociedade, impedindo a ascensão social dos indivíduos de classes mais baixas,

47 LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 77-78.

48 “O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc.” BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.(Pensamento criminológico; 1).

mantendo a dominação daqueles favorecidos. E o cárcere reproduz essa relação de desigualdade, sendo instrumento de marginalização social e estigmatização<sup>49</sup>.

Sob este viés, conclui-se que o Poder Judiciário pode atuar como forma de controle ímpar, de modo a reproduzir as relações sociais e manter a estrutura estratificada, o que desestimula a integração de diferentes setores, estereotipando os subgrupos de classes sociais distintas, sobre os quais recai, de maneira incisiva, a criminalização.

#### 4.1 UM CASO EMBLEMÁTICO DE SELETIVIDADE PENAL: OS CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE NA LEI Nº 11.343/2006

A Lei nº 11.343/2006, ao revogar expressamente a Lei nº 6368/76, trouxe significativas mudanças no tratamento direcionado à problemática das drogas. Uma delas é o tratamento dispensado ao usuário de drogas.

Desconsiderando as indagações acerca de possível descriminalização ou despenalização do usuário de drogas (ante a ausência de previsão de pena privativa de liberdade), a problemática que se busca neste tópico refere-se à diferença legal e sociológica entre o usuário e o traficante de drogas.

O artigo 28 da Lei nº 11.343/06 conceitua o usuário como aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. De igual modo, usuário pode ser concebido como aquele que, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar

49 Recentemente (10/09/2014), o Conselho de Direitos Humanos da ONU apresentou relatório no qual critica o Brasil pelo uso excessivo da pena de prisão, a qual “está sendo usada como primeiro recurso em vez do último”. Na nota foram apontadas, ainda, questões no que se refere às prisões arbitrárias, a integridade física dos apenados, a ocorrência de maus-tratos praticados de forma institucionalizada por policiais e guardas, compulsório confinamento de usuário de drogas e ausência de efetiva assistência legal. MARTINS, Helena. **Conselho de Direitos Humanos da ONU debate situação de prisões no Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-09/conselho-de-direitos-humanos-da-onu-debate-situacao-de-prisoes-no>>. Acesso em: 28 set. 2014.

dependência física ou psíquica. Dentre as medidas sancionatórias possíveis, não há previsão de penas privativas de liberdade para o usuário de drogas<sup>50</sup>.

O mesmo artigo, em seu parágrafo segundo, aborda que cabe ao juiz verificar se a droga encontrada em seu poder se destina ao uso pessoal, analisando a natureza e, indubitavelmente, a quantidade da substância apreendida, se destinada ao consumo próprio ou à venda. Ressalta-se, de pronto, a subjetividade deste critério como objeto material do delito.

O local<sup>51</sup>, as condições em que se desenvolveu a apreensão, as circunstâncias sociais e pessoais do agente também serão considerados. Acerca desta peculiaridade, importante consignar que, assim como ocorre no Código Penal, este artigo deve ser analisado com parcimônia e razoabilidade.

No livro aplicação da pena e garantismo, o penalista Salo de Carvalho aborda a importância de se observar o princípio da secularização quando da utilização do Direito Penal, afirmando a inexistência de conexão entre o Direito e a Moral. A consideração da personalidade do transgressor para aferir a culpabilidade, para fins de aplicação da pena, somente deveria ser utilizada em benefício do acusado e não como instrumento de controle social, apto a neutralizar os diferentes. Utilizar as condições sociais e pessoais do agente significaria romper, indubitavelmente, com as garantias individuais previstas na ordem constitucional.

Por outro lado, o artigo 33 da Lei nº 11.343/06 conceitua o tráfico de drogas como sendo a importação, exportação, preparação, produção (e outros), ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas. Em resumo, considera-se traficante o indivíduo que pos-

50 A respeito, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho afirmam que “O intuito da lei foi o de evitar, a qualquer custo, a aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas”. MENDONÇA E CARVALHO, 2008, p. 46. apud GODOY, Gabriella Talmelli. Seletividade Penal na lei de Drogas - Lei nº 11.343/2006. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27071>>. Acesso em: 10 set. 2014.

51 Este critério pode ser, igualmente, utilizado de forma seletiva, conforme mostrado por Zaconne: “Para se ter uma idéia, no ano 2005, entre os flagrantes lavrados para apurar a conduta de tráfico de drogas ilícitas na Capital e Baixada Fluminense, todas as delegacias da zona sul reunidas, incluindo Botafogo, Copacabana, Ipanema, Leblon e Gávea, somadas à Barra da Tijuca (zona oeste), atingem aproximadamente um terço dos registros realizados somente na 34ª DP, em Bangu”. D’ELIA FILHO, Orlando Zaconne. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007, não paginado.

sui o alucinógeno para repassar a outrem, seja de forma gratuita ou não, assim como o que compra a droga com o intuito de revender ou repassar a terceiros.

Ao traficante, além do aumento da pena privativa de liberdade antes prevista, não será permitida a concessão de fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória e ainda será vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

De início, verifica-se que o legislador prevê dois tratamentos diferenciados: um para o usuário de drogas, ao qual não é possível a aplicação de pena privativa de liberdade, e outro para o traficante de drogas, para o qual há proibição de concessão de benefícios que não são vedados nem pela lei de crimes hediondos.

Para o senso comum, é plausível o entendimento de que o usuário é mera vítima do tráfico, já que foi atraído ao consumo pelo “cruel traficante”. Contudo, diante de uma criminologia crítica, deve-se indagar quem é o traficante de drogas e quem é o usuário de drogas. A ausência de critérios objetivos e a grande margem de discricionariedade do julgador, na classificação desses sujeitos, pode acarretar indubitável seleção dos marginalizados e classificação de grupos socialmente vulneráveis em traficantes.

Nesse campo salienta-se que não são condenados propriamente os atos ocorridos, senão seus autores (com específico corte de classe, raça, etc. a lotar os cárceres). A seletividade, acima já abordada, faz com que a pesada repressão penal recaia sobre as classes subalternas, o que não é diferente no caso do tráfico de drogas. Com o apoio da mídia, a repressão institucionalizada abate-se sobre as favelas e periferias, sendo legitimadas pelo discurso do combate às drogas. Neste sentido aborda Nara Borgo Cypriano Machado<sup>52</sup>:

Quando se imagina a figura de um traficante, quase sempre se elaborada a imagem de um rapaz jovem, negro (ou mulato), de bermuda e tênis, morador de favela. Em consequência disso, muitas pessoas imaginam que o tráfico de drogas está situado nos locais onde estes jovens moram, ou seja, o tráfico se localiza em favelas, nas periferias ou em bairros considerados ‘carentes’.

52 MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de Drogas. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza**, 2010. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2011. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2014.

Essa figura, amplamente divulgada pela mídia, é vista como um sujeito frio, destemido, que controla grandes quantidades de drogas e que faz parte do ‘crime organizado’ (MACHADO, 2010).

Constata-se que, diante da não predominância de uma atividade policial investigativa, a repressão penal se volta tão somente aos usuários classificados como traficantes ou aos pequenos traficantes, agentes facilmente substituíveis na estrutura do crime.

O aumento do encarceramento em razão do tráfico de drogas, após a alteração legislativa, é inegável. Conforme dados obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça, divulgados em julho de 2014, a atual população carcerária no Brasil é de 715 mil presos, dos quais, aproximadamente, 200 mil foram condenados por crimes ligados ao tráfico de drogas (mais de 27%). Acerca deste fato, o Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, Douglas Martins, afirma que a grande maioria deste número é composta por usuários<sup>53</sup>.

De igual modo, informa Cristiano Avila Maronna<sup>54</sup>:

Pesquisas revelam o perfil do traficante de drogas no Brasil: jovens entre 18 e 28 anos, do sexo masculino, afrodescentes, com baixa escolaridade, sem antecedentes criminais, presos em flagrante na via pública com pequena quantidade de droga, sem prévio trabalho de inteligência policial. Muito embora a população brasileira tenha crescido apenas 5% entre 2005 e 2012, no mesmo período a população carcerária cresceu em 80%. Em 2005, apenas 11% dos presos compunham-se de acusados ou condenados pelo crime de tráfico de drogas, contra 25% em 2012 (MARONNA, 2014, p. 50).

Com os menores infratores, a realidade não é diferente. Segundo a Secretaria de Direitos Humanos (SDH), o tráfico de drogas representava 7,5% dos

53 Dado extraído da reportagem: LIMA, Wilson. **Legalizar droga pode reduzir população carcerária no Brasil, defende juiz do CNJ**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-06-19/legalizar-droga-pode-reduzir-populacao-carceraria-no-brasil-defende-juiz-do-cnj.html>>. Acesso em 13 set. 2014.

54 MARONNA, Cristiano Avila. In: LEMOS, Clécio; et al. **Drogas: Uma nova perspectiva**. São Paulo: IBC-CRIM, 2014, p. 50.

adolescentes que cumpriam medidas privativas de liberdade, em 2002. Uma década após, esse percentual triplicou, atingindo 26,6% em 2011<sup>55</sup>.

Observa-se, ademais, que o uso de drogas vem aumentando significativamente entre a classe média e alta. Coincidentemente, a lei abrandou o tratamento ao usuário e tornou mais rígida para o traficante, posto geralmente ocupado por um marginalizado, muitas vezes como opção à ausência do Estado na consecução de garantias básicas.

Não é incomum a classificação de um pobre como traficante de drogas pelo fato de portar alguns cigarros de maconha. A figura de um jovem pertencente à classe média com certa quantidade de drogas não é tida como traficante, mas sim como vítima do tráfico. Contudo, na situação de um jovem flagrado com a mesma quantidade de drogas, é plenamente visualizável sua classificação como traficante. Neste sentido, com propriedade, Zaconne<sup>56</sup> informa:

O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador da favela, próximo do tráfico de drogas vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda. Observa a criminóloga Vera Malaguti Batista, que em seu livro *Difíceis ganhos fáceis* consegue desvendar a seletividade punitiva nos arquivos do extinto Juizado de Menores. Aos jovens consumidores da Zona Sul aplica-se o paradigma médico, através de atestados médicos que garantem soluções correcionais fora dos reformatórios, ao contrário do destino dado aos jovens das classes baixas, para os quais se aplica o paradigma criminal (ZACONNE, 2007).

De igual modo, a experiência relatada por Zaconne<sup>57</sup> corrobora o entendimento esposado:

55 BENITES, Érica Fraga Afonso. **Triplica parcela de jovens internados por tráfico de drogas**. ago. 2013. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/08/1324683-triplica-parcela-de-jovens-internados-por-trafico.shtml>>. Acesso em: 02 set. 2014.

56 D'ELIA FILHO, Orlando Zaconne. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007, não paginado.

57 Ibid., não paginado.

[...] um delegado do meu concurso, lotado na 14 DP (Leblon), autuou, em flagrante, dois jovens residentes na zona sul pela conduta descrita para usuário, porte de droga para uso próprio, por estarem transportando, em um veículo importado, 280 gramas de maconha [...], o que equivaleria a 280 “baseados” [...] o fato de os rapazes serem estudantes universitários e terem emprego fixo, além da folha de antecedentes criminais limpa, era indiciário de que o depoimento deles, segundo o qual traziam a droga para uso próprio era pertinente (ZACONNE, 2007).

A tendência, deste modo, é a possibilidade de ocorrer condenações de maneira seletiva os indivíduos marginalizados, baseando-se em circunstâncias e condições sociais presumidas e, muitas vezes, ultrajando a presunção de inocência:

Chama a atenção no Rio de Janeiro a quantidade de processos nos quais o juiz presume que o réu se dedique a atividades criminosas ou integre organizações criminosas, com base em meras suspeitas, ou seja, quando presume a sua culpabilidade para o fim de negar a redução de penas, o que foi constatado em cerca de 40% dos casos<sup>58</sup> (LEMOS, 2014, p. 91).

Neste sentido, insta consignar, utilizando-se de direito comparado, que muitas legislações europeias adotaram medida objetiva no que se refere à quantidade e à qualidade da droga, a fim de diferenciar o que seria tráfico de drogas. A título exemplificativo, indicam-se os exemplos presentes na política de drogas em países europeus: na Holanda, a posse de até 5g de cannabis e 0,2 de outras drogas não tem o condão de invocar a persecução penal, enquanto que entre 5g a 30g de maconha, a punição se resume a multa. A pequena quantidade na Áustria é limitada a 2g, na Dinamarca este valor representa 10g. Outros países como Finlândia, República Tcheca, Países Baixos, Espanha e Bélgica também definiram a quantidade de uso.

58 LEMOS, Clécio; et al. **Drogas**: Uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 91.

No Brasil, o encarceramento de transgressores pelo porte de pequenas quantidades da droga é notável. Sem adentrar no mérito das decisões judiciais e da valoração dos critérios inseridos no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, insta suscitar uma pesquisa de campo na Justiça Criminal do Rio de Janeiro e em Brasília, coordenada por Luciana Boiteux, entre o período entre março de 2007 e julho de 2009. No Rio de Janeiro, por exemplo, uma porcentagem de 9% dos crimes de tráfico diz respeito à apreensão de quantidade até 10g<sup>59</sup>.

Acerca das disparidades que podem ser visualizadas ante a discricionariedade do julgador, surpreendente o trabalho realizado pelo professor Frederico Policarpo de Mendonça Filho, da Universidade Federal Fluminense, ao estudar um caso em que dois sujeitos<sup>60</sup> foram presos em flagrante por tráfico de drogas, pelo porte de 428g de maconha e um papelote de cocaína. Com uma ótima defesa técnica, o advogado conseguiu a desclassificação da tipificação penal de “tráfico” para “uso” de drogas. O pesquisador<sup>61</sup> assim reproduz a fala da magistrada na audiência:

Pelos autos, é tráfico. Mas eu vi que vocês não são. *A minha impressão pessoal é tudo, é o que importa no final [...]* É muito estranho chegar pessoas da idade de vocês aqui. Definitivamente, *vocês não fazem parte da clientela, do perfil das pessoas que chegam aqui.* Eu nem tenho maturidade para falar alguma coisa para vocês [a juíza era muito mais nova] (grifo acrescido) (POLICARPO, 2013, p. 31-32).

A insegurança jurídica parece ser ainda maior quando a discrepância do que seria a quantidade de uso ou tráfico ocorre em um mesmo Tribunal. A título de ilustração, por exemplo, a Segunda Câmara Criminal de Porto Alegre, em

59 BRASIL. Casa Civil. **Tráfico e Constituição**: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. Revista Jurídica. Luciana Boiteux (coord.). Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-11-30.4551538167>>. Acesso em: 13 set. 2014.

60 No referido artigo, o pesquisado utilizou-se de nomes e lugares fictícios com o fito de preservar a identidade dos envolvidos. Esta técnica, contudo, impossibilitou a busca de mais detalhes sobre o caso, como o número processual.

61 POLICARPO, Frederico. **Velhos usuários e jovens traficantes?** Um estudo de caso sobre a atualização da nova lei de Drogas na cidade do Rio de Janeiro. *Dilemas*: Revista de Conflito e Controle Social, v.6, 2013. p. 31-32

juízo da Apelação 70046452975, reformou a sentença de primeiro grau<sup>62</sup>, sob o entendimento de que “tratando-se de crime previsto na lei de Tóxicos, a quantidade de droga – 04 torrões de maconha, pesando aproximadamente 05g -, apesar de não ser expressiva, não comporta a noção de insignificante”. Na ocasião, o Tribunal afirmou que o não reconhecimento do tráfico seria infirmar a palavra dos policiais sem qualquer motivação para tanto, mesmo que em sede de primeiro grau, o magistrado tenha salientado a contrariedade dos depoimentos destes.

Por outro viés, a Terceira Câmara Criminal de Porto Alegre (conhecida pelo caráter garantista), em julgamento da Apelação 70048958854, reformou a sentença de primeiro grau<sup>63</sup>, no sentido de desclassificar a conduta anteriormente tipificada como tráfico para uso, sob o pensamento de que “a simples apreensão de um tijolo de 188,90g de maconha, mais a quantia módica de R\$ 17,00, com o réu apenas autoriza concluir pela posse de entorpecentes”. Assim, diante da ausência de elementos que comprovassem, indubitavelmente, a traficância, aplicou-se o princípio do *in dubio pro reo*. No contexto, ainda, aduziu que “nem todas as pessoas que estão ou que passam por um local onde se vende drogas são, por si só, traficantes”.

De todo modo, em que pese a adoção de critérios objetivos no que se refere à quantidade da droga apreendida, e sua respectiva classificação em uso ou tráfico, não garantir a imparcialidade da norma punitiva, há inegável diminuição do grau de discricionariedade do julgador, o que reduziria, significativamente, a influência e seletividade de concepções pessoais sobre as drogas e sua clientela.

62 Na sentença de primeiro grau, ao condenar o réu nas sanções do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, consta a informação de que “quanto à destinação da droga, há dúvida insuperável sobre se era ela destinada ou não à traficância”. O magistrado sustentou que a quantidade da droga, embora suficiente para confecção de alguns cigarros, “tratava-se de porção não substancial para esse tipo de substância entorpecente (no caso apenas quatro porções, pesando no total tão somente 5,0 gramas)”, razão pela qual seria pouco crível que “uma tão pouca quantidade de maconha estivesse sendo mesmo colocada à venda por usuário”.

63 O magistrado da primeira instância, ao condenar o réu nas sanções do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, entendeu que aliado à quantidade da droga apreendida (188,90 gramas de maconha), afigurar-se-ia “inaceitável, no que diz com a autoria, a pretendida desqualificação da palavra dos policiais, merecendo registro a circunstância de que, ou se tem motivo para retirar a validade de tais depoimentos (e, no caso, não há), ou devem estes serem aceitos, porquanto, do contrário, chegaríamos à absurda conclusão de que a condição de policial tornaria suspeita a testemunha”. Assim, haveria suposta presunção de veracidade dos policiais na condenação, a qual somente poderia ser afastada por fatos que retirassem sua validade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção de justiça, na configuração de um eficaz Sistema de Justiça Penal se reflete, indubitavelmente, na aplicação do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, com a respectiva proibição em promover discriminações, distinções e privilégios injustificáveis. Não há como conceber uma sociedade menos desigual diante da inobservância dos postulados fundamentais de um Estado Democrático de Direito. E em assim sendo, a presente análise da operacionalidade do Sistema Penal de Justiça ganha relevo quando da necessidade em desmistificar o mito do Direito Penal Iguatário e a ideia de que determinadas classes sociais estão determinadas a delinquir.

Ante o trabalho exposto e com apoio na teoria criminológica da reação social, observa-se que o Direito Penal vem desempenhando papel legitimador do controle social exercido por aqueles detentores de poder, de modo a romper com as funções e finalidades tradicionalmente sustentadas. Com efeito, o Direito Penal exerce notável função simbólica, agindo de modo seletivo, por meio de uma dupla seleção: de pessoas e de bens. Como instrumento a serviço do controle social, o poder punitivo estatal limita a liberdade do indivíduo e o induz à adoção de comportamentos desejados e padronizados, o que representa os interesses de um determinado grupo (com poder econômico, social e/ou político).

Com a estigmatização social do criminalizado, pode-se perceber que a conduta criminal não é condição suficiente e essencial para incidência do aparato punitivo. Os famosos ‘antecedentes criminais’ atuam com mais rigor do que as peculiaridades do fato punível, o que é incompatível com um Direito Penal do fato, desatrelado à existência de um inimigo social. Punir o indivíduo pelo que ele representa na sociedade e não pelo ato praticado é, indubitavelmente, violar os postulados garantistas consagrados na ordem constitucional.

De igual modo, analisando-se as modalidades de criminalização, a qual pode se dar de maneira primária (o Direito Penal tutela ofensas a determinados bens jurídicos que não representam os interesses da coletividade) e secundária (seletividade de indivíduos previamente estigmatizados) restou cristalino que há um tratamento diferenciado àquele classificado como inimigo, ao qual é negada a condição de pessoa. O Direito, neste ponto, funcionaria como instrumento

para manutenção do *status quo*, o que denuncia um paradigma flagrantemente liberal, individual e patrimonialista.

Com o fito de aprofundar o estudo acerca da criminalização secundária, analisou-se como o Poder Judiciário pode ser usado como fomentador da contenção social, utilizando-se de concepções ideológicas e pessoais na aplicação do Direito Penal. Para tanto, procedeu a análise de um caso emblemático, qual seja, os critérios de diferenciação entre usuário e traficante na Lei nº 11.343/2006.

Por fim, consigna-se que as ciências penais, em um Estado Constitucional de Direito, não devem se limitar às velhas premissas de uma dogmática tradicional, as quais se mostraram insuficientes na explicação e controle da atividade criminal, mas devem promover a ideia de que sua atuação serve, principalmente, como óbice à atividade punitiva estatal e como instrumento de democratização do Direito Penal. Tratando-se de um sistema que almeja a pacificação social e a defesa dos valores fundamentais, dentre os quais a própria dignidade da pessoa humana, o Sistema de Justiça Penal deve ser utilizado de forma equânime e objetiva perante a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal:** ressocialização e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:** Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. (Pensamento criminológico; 1).

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. (Pensamento criminológico; 5).

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BENITES, Érica Fraga Afonso. **Triplica parcela de jovens internados por tráfico de drogas**. Ago. 2013. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/08/1324683-triplica-parcela-de-jovens-internados-por-trafico.shtml>>. Acesso em: 02 set. 2014.

BRASIL. Casa Civil. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. **Revista Jurídica**. Luciana Boiteux (coord.). Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-11-30.4551538167>>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Governo do Estado do Paraná. Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná. **Relatório II: Núcleo de Pesquisa em Criminologia e Política Penitenciária**. Disponível em: <[http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/nupecrim/RELATORIO\\_II\\_NUPECRIM.pdf](http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/nupecrim/RELATORIO_II_NUPECRIM.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo Crime: 70046452975**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 13 set. 2014.

CASARA, Rubens RR; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo Penal Brasileiro, v. 1: dogmática e crítica - conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_. **Criminalização, Sistema Penal e Controle Social: A Marginalização dos Grupos Oprimidos**. Disponível em: <<http://www.perronischiavone.com.br/criminalização-sistema-penal-e-controle-social-marginalização-dos-grupos-oprimidos>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

D'ÉLIA FILHO, Orlando Zaccone D'Elia. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 36<sup>a</sup> ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GODOY, Gabriella Talmelli. Seletividade Penal na lei de Drogas - Lei nº 11.343/2006. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27071>>. Acesso em: 10 set. 2014.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROSNER, Marina Quezado. **A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

LEMOS, Clécio; et al. **Drogas**: Uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

LIMA, Wilson. **Legalizar droga pode reduzir população carcerária no Brasil, defende juiz do CNJ**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-06-19/legalizar-droga-pode-reduzir-populacao-carceraria-no-brasil-defende-juiz-do-cnj.html>>. Acesso em: 13 set. 2014.

LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de Drogas. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi**, Fortaleza, 2010. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2011. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

**MAPA das prisões**: Números evidenciam falência do sistema prisional. 2014. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapas-das-prisoos>>. Acesso em: 19 set. 2014.

MARTINS, Helena. **Conselho de Direitos Humanos da ONU debate situação de prisões no Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-09/conselho-de-direitos-humanos-da-onu-debate-situacao-de-prisoos-no>>. Acesso em: 28 set. 2014.

MARTÍN, Luis Gracia. Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho. In: **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Juan Carlos Carbonell Mateu, et al (coord.). Vol. 1, 2009.

POLICARPO, Frederico. Velhos usuários e jovens traficantes? Um estudo de caso sobre a atualização da nova lei de Drogas na cidade do Rio de Janeiro. **Dilemas**: Revista de Conflito e Controle Social, v. 6, 2013.

SÁ, Ana Luiza Barbosa. **Controle Racional das normas de Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** Parte Geral. 4. ed. Santa Catarina: ICPC/Conceito Editorial, 2010.

VIEIRA, Vanderson Roberto. **As funções do Direito penal e as finalidades da sanção criminal no Estado Social Democrático de Direito.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1691#\\_ftn23](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1691#_ftn23)>. Acesso em: 09 jul. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro:** Teoria Geral do Direito Penal. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, v. 1:** parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007. (Pensamento criminológico; 14).



# DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS FUNDADAS NAS APÓLICES DE SEGURO HABITACIONAL DO SFH

Josanny Alves da Silva<sup>1</sup>

**RESUMO:** Retrata o funcionamento e a regulamentação normativa do seguro habitacional obrigatório vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação (SH/SFH); discute sobre a possibilidade de cobertura das apólices com recursos do FCVS; apresenta as principais controvérsias acerca do possível interesse da CEF em intervir nas demandas indenizatórias, fundadas naquela apólice de seguro, bem como as implicações dessa intervenção no que tange à competência jurisdicional para enfrentamento da matéria, se da Justiça Estadual ou Federal, com especial ênfase na discussão travada no REsp. 1.091.363/SC, afeto ao rito dos “recursos repetitivos” no STJ; para, ao final, confrontar as posições adotadas pelo STJ com o funcionamento administrativo do SH/SFH, identificando possíveis implicações das teses adotadas naquele recurso representativo de questão controvertida.

**Palavras-chave:** Seguro Habitacional. FCVS. CEF. Competência. Recurso Repetitivo.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente objeto de estudo surgiu durante o exercício da atividade prática jurídica, desempenhada no âmbito da 13ª Vara Cível não Especializada da Comarca de Natal/RN, no período compreendido entre 05/12/2013 e 15/12/2014, como requisito obrigatório do Programa de Residência Judicial desenvolvido pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, em parceria com a Escola de Magistratura – ESMARN.

Identificaram-se, naquele período, inúmeras ações movidas por mutuários do Sistema Financeiro da Habitação – SFH, em face de seguradoras privadas que atuaram junto ao sistema, pleiteando, em síntese, indenizações securatórias por supostos vícios de construção havidos em seus imóveis, tendo como fundamento a apólice do Seguro Habitacional obrigatória que integraram os seus respectivos contratos de mútuo.

1 Especialista em Residência Judicial (Pós-Graduação *Lato Sensu*) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) em parceria com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn). Advogada.

Tal modalidade de demanda não é uma exclusividade da 13ª Vara Cível, permeia todas as varas cíveis não especializadas da Comarca de Natal e de algumas comarcas do interior do Estado, realidade também observada em outras unidades da Federação.

Em um primeiro momento é possível considerar a matéria de simples elucidação, porém a realidade tem mostrado um cenário repleto de discussões, tanto de ordem material como processual, com resultados nefastos no lapso temporal para solução dos conflitos.

Não obstante, a questão que tem trazido maior celeuma, nos últimos 6 (seis) anos, diz respeito à competência para processamento destas ações, se da Justiça Estadual ou Federal, tendo como pano de fundo o suposto interesse da CEF em intervir no feito.

O Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que a competência é da Justiça Estadual, todavia o Congresso Nacional vem produzindo uma série de normas em sentido contrário, o que tem inviabilizado a pacificação da questão.

A maior dificuldade que se tem na temática é a própria compreensão do sistema do seguro habitacional vinculado ao SFH, dada a fraca e dispersa regulamentação legal da espécie. Ao longo dos seus quase 50 (cinquenta) anos de existência, o SH/SFH foi organizado através de resoluções, portarias, circulares e outros atos normativos, expedidos por diferentes organismos, como o extinto Banco Nacional da Habitação – BNH, o Conselho Nacional dos Seguros Privados – CNSP, a Superintendência dos Seguros Privados – SUSEP, o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, o Ministério da Fazenda, além de outras, elaboradas, evidentemente, de acordo com as orientações políticas da época. E muitos desses instrumentos normativos são, hoje, de difícil acesso.

Mesmo na doutrina, inúmeras são as obras que discutem o Sistema Financeiro da Habitação em si, principalmente quanto aos aspectos financeiros que permearam a aquisição das unidades imobiliárias. Entretanto, pouco se trata acerca da apólice de seguro habitacional, que, por determinação legal, acompanhavam aqueles contratos de mútuo financeiro.

Nesse cenário, o objetivo do presente trabalho é, inicialmente, traçar, com base no maior número de leis e atos normativos possíveis, ou mesmo de pareceres dos órgãos envolvidos com o sistema, um perfil de funcionamento do SH/SFH, proporcionando uma melhor visão do instituto. Em seguida, buscar-se-á apresentar as discussões travadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, acerca

da competência jurisdicional para processamento e julgamento de tais demandas, pontuando, principalmente, o entendimento que vem sendo construído no recurso repetitivo nº 1.091.363, para, ao final, identificar as possíveis implicações das teses fixadas pelo STJ diante da realidade observada na operabilidade do SH/SFH.

## 2 O SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH) E SEGURO HABITACIONAL OBRIGATÓRIO (SH/SFH)

O Sistema Financeiro da Habitação foi instituído pela Lei nº 4.380 de 21/08/1964, quando o Brasil vivia um cenário político, social e economicamente conturbado. No campo social, as grandes e médias cidades sofriam intensamente com escassez de moradias, crescimento desordenado, favelização, e altos preços dos valores dos aluguéis, decorrentes, principalmente, do movimento migratório que atraiu a população rural para os centros urbanos a partir do processo de industrialização iniciado na década de 1930 e intensificado na década de 1950. Na economia, os dois anos que antecederam a criação do SFH foram de recessão, e a inflação alcançou o patamar de 91,4%, percentual não acompanhado pela variação do salário médio anual, o que ocasionou deterioração na renda da população, sem falar nos altos índices das taxas de desemprego. Politicamente, acabava de ser instaurada, no Brasil, a ditadura militar, levada a efeito em 01/04/1964, e o novo governo buscava, através de medidas eminentemente populistas, a aprovação das massas, a fim de evitar revoltas civis.

Nessa conjuntura, criou-se o Sistema Financeiro da Habitação e o Banco Nacional da Habitação – BNH, uma autarquia federal, para ser o seu órgão central, cuja função primordial era a canalização de recursos (públicos e privados) para financiamentos de construção e de aquisição da casa própria, principalmente pela população de baixa renda, vedando-lhe, todavia, a execução e comercialização direta das unidades habitacionais, atribuições essas que ficariam a cargo dos denominados “agentes financeiros” e “agentes promotores” do sistema<sup>2</sup>.

2 1.1. Consideram-se Agentes Financeiros os órgãos de crédito integrados no SFH – (Sistema Financeiro da Habitação). 1.2. Definem-se como Agentes Promotores os órgãos ou entidades integrantes no SFH que desempenham funções de execução de programa habitacional, podendo adjudicar os serviços técnicos a construtores e arquitetos. (Resolução nº 65/66 do Conselho da Administração do BNH).

As principais fontes de recursos do SFH eram a arrecadação do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos – SBPE, e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

Os recursos das cadernetas de poupança eram arrecadados pelas associações de poupança e empréstimo (agentes financeiros do SFH) e destinados ao financiamento de projetos habitacionais desenvolvidos por empreendedores ou construtoras (setor privado) para as classes de renda média e alta. Já os recursos do FGTS eram destinados, prioritariamente, à construção de unidades habitacionais para a população de baixa renda, tendo como principais responsáveis, pela execução e comercialização dos projetos, as Cohabs e Coophabs (agentes operadores do SFH), afora os Institutos de Pensão que executavam projetos específicos para as categorias que representavam.

Com a finalidade de resguardar o recém-criado sistema, a Lei 4.380/64 instituiu várias modalidades de seguro, dentre as quais o seguro de vida e de renda temporária, a integrar compulsoriamente os contratos de mútuo firmados com os adquirentes das unidades habitacionais financiadas pelo SFH<sup>3</sup>, que poderiam ser desenvolvidos pela rede seguradora privada nacional mediante autorização e nos termos das diretrizes traçadas pelo BNH<sup>4</sup>. Desse modo, a apólice de seguro habitacional era acessória ao contrato de mútuo financeiro firmado no âmbito do SFH.

Em 21/11/1966, o Decreto-Lei n° 73 instituiu o Sistema Nacional dos Seguros Privados, composto pelos recém-criados Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e Superintendência de Seguros Privados – SUSEP; pelo Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, sociedade de economia mista criada pelo Decreto-Lei n° 1.186/1939; os resseguradores; as seguradoras autorizadas; e os corretores habilitados (art. 8°). Sinteticamente, ao CNSP coube a responsabilidade de definição das diretrizes e normas da política dos seguros privados, cuja concretização ficaria a cargo da SUSEP na condição de entidade responsável pela execução das políticas traçadas pelo CNSP, atividade essa que cumularia com a fiscalização da constituição, organização, funcionamento e operação das

3 Art. 14. Os adquirentes de habitações financiadas pelo Sistema Financeiro da Habitação contratarão seguro de vida de renda temporária, que integrará, obrigatoriamente, o contrato de financiamento, nas condições fixadas pelo Banco Nacional da Habitação. (Lei 4.380/64).

4 Artigos 17, 18 e 24 da Lei n° 4.380/64.

Sociedades Seguradoras. Já ao IRB, restou a função de regular os sistemas de cosseguro, resseguro e retrocessão, além de promover o desenvolvimento das operações de seguro nas diretrizes traçadas pelo CNSP.

O Decreto-Lei nº 73 também tratou dos seguros de contratação obrigatória, encarregando o CNSP da regulamentação específica de cada ramo ou modalidade de seguro (arts. 20 e 21, §3º).

Desse contexto normativo, tem-se a gênese do seguro habitacional obrigatório vinculado ao SFH (SH/SFH), cuja regulamentação ficou a cargo do CNSP, diretamente ou através da SUSEP, na qualidade de entidades reguladoras do mercado segurador nacional, a quem também caberia a fixação das diretrizes gerais em que as seguradoras privadas atuariam em tal modalidade securatória.

## 2.1 DO FUNCIONAMENTO DO SH/SFH

Em cumprimento às disposições traçadas pela Lei nº 4.380/64, o BNH elaborou apólice compreensiva especial<sup>5</sup>, com cobertura para Morte ou Invalidez Permanente (MIP) e Danos Físicos ao Imóvel (DFI)<sup>6</sup>, e apólice de seguro de crédito, com cobertura para empresários (AMP) e adquirentes (ADQ)<sup>7</sup>. Em 1970, instituiu uma apólice única para os sistemas financeiros da habitação e de saneamento<sup>8</sup>, e em 18/08/1977, aprovou as condições especiais e particulares que, a partir de 01/07/1977, passaram a regular o seguro compreensivo especial integrante da apólice habitacional<sup>9</sup>, ficando conhecida pelo número da resolução que lhe deu origem: RD 18/77.

A partir da sua edição, a RD/77 passou a integrar todos os contratos celebrados pelos agentes financiadores das unidades habitacionais construídas

5 Circular CFG/BNH nº 07/1743/69.

6 A partir de 1974, agregou-se, ainda, à apólice compreensiva especial, a cobertura para a Responsabilidade Civil do Construtor (RCC).

7 As apólices com coberturas para empresários e adquirentes (AMP e ADQ) foram extintas em 1985 através da Circular DESEG/BNH nº 20/85.

8 RD 38/70.

9 RD 18/77.

ou comercializadas com recursos do SFH<sup>10</sup>. Alguns dias após a divulgação da RD/77, em 25/08/1977, a Carteira de Fundos e Garantias do BNH divulgou um manual de normas e rotinas em complemento à compreensiva especial. A seu turno, em 23/11/1977, a SUSEP, através da Circular n° 76/77, consolidou as normas até então aplicáveis ao seguro habitacional.

Ocorre que, em 21/11/1986, o Decreto-Lei n° 2.291 extinguiu o BNH, cujo patrimônio foi incorporado à Caixa Econômica Federal – CEF, ficando ao Conselho Monetário Nacional – CMN, ente ligado ao Ministério da Fazenda, a atribuição de atuar como órgão central do SFH (artigos 1° e 7°). Diante da nova realidade, em 27/07/1987, o Ministério da Fazenda, através da Portaria n° 270, instituiu uma Comissão para avaliação do SH/SFH, que resultou na Resolução n° 24 do Conselho Nacional dos Seguros Privados – CNSP, órgão também vinculado ao Ministério da Fazenda, estabelecendo uma Comissão Permanente para o SH/SFH (COSEHA), com atribuições de elaborar estudos e propostas acerca da organização e funcionamento do seguro habitacional. Em 28/10/1993, a Resolução n° 02 do CNSP, considerando as propostas apresentadas pelo COSEHA, aprovou as normas reguladoras da organização e funcionamento do SH/SFH fixando, ainda, que a SUSEP deveria promover a atualização das Normas e Rotinas aplicáveis ao seguro habitacional, além de estabelecer novas condições e taxas a constituírem as apólices compreensivas habitacionais contratadas a partir de 01/01/1994. Nesse desiderato, em 18/04/1995, a SUSEP aprovou, através da Circular n° 008, uma nova apólice para o SH/SFH, a qual vigorou até 31/12/1999, ante a entrada em vigor da apólice fixada com a circular/SUSEP-111 de 03/12/1999, cuja vigência, por sua vez, foi suplantada pela Medida Provisória n° 478, de 29/12/2009, que extinguiu do ordenamento a apólice SH/SFH.

Desse modo, relativamente ao SH/SFH, três foram as principais apólices que, em períodos distintos, vincularam os contratos de mútuo celebrados no âmbito do SFH: a 18/77 – BNH, que vigorou entre 01/07/1977 e 02/07/1995;

10 Cláusula 10ª – Automaticidade das Coberturas. 10.1. O Estipulante convencionou com a seguradora que serão efetuados os seguros de todas as operações constantes dos programas do Banco Nacional da Habitação, a que aludem os subitens 5.1 e 5.2 antecedentes, de acordo com o previsto nestas Condições e nas Condições Particulares da presente Apólice (Apólice RD 18/77).

a 08/95 – SUSEP que vigorou entre 03/07/1995 e 31/12/1999 e a 111/99 – SUSEP que vigorou entre 01/01/2000 e 29/12/2009<sup>11</sup>.

Quanto à formalização das apólices do SH/SFH, inicialmente a operação do seguro compreensivo era delegada a consórcios formados entre seguradoras privadas e o IRB, os quais atuavam nas diretrizes traçadas pelo BNH e sob a fiscalização da SUSEP. A partir de 1977, firmou-se convênio entre o BNH e o IRB, e as seguradoras privadas continuaram a operar o sistema securatório do SFH mediante contraprestação fixada sobre os prêmios arrecadados. O procedimento se dava da seguinte forma: 1) anualmente, os agentes financeiros procediam à escolha de uma das seguradoras líderes, previamente credenciada pelo BNH para atuação em determinada área do país, ficando aquele agente financeiro obrigado a proceder a averbação<sup>12</sup> de todos os financiamentos que celebrassem através do SFH junto à seguradora escolhida<sup>13</sup>. Assim, ao contratarem financiamento destinado à aquisição de unidade imobiliária pelo SFH, os mutuários aderiam automaticamente à apólice do seguro habitacional, com a seguradora previamente escolhida pelo agente financeiro. 2) Os prêmios eram pagos pelos mutuários com a prestação mensal do valor financiado, recolhidos pelo agente financeiro e repassados para a seguradora responsável pela apólice, mediante apresentação de nota de seguro mensalmente calculada com base nas apólices até então averbadas<sup>14</sup>. Com o recolhimento dos prêmios, as seguradoras

- 11 Dentre as pretensões aduzidas nas demandas securatórias fundadas nas apólices do SH/SFH, destaca-se a incidência de multa decendial pela mora no pagamento da indenização. Entretanto, somente a apólice RD 18/77 trazia essa previsão.
- 12 9. Averbação e Cancelamento. 9.1 – Entende-se para os efeitos destas Normas e Rotinas, como: 9.1.1 – Averbação: o ato da entrega da Ficha da Informação de Financiamento (FIF), à Seguradora, corretamente preenchida (Manual de Normas e Rotinas da RD 18/77).
- 13 2.2 Poderão os financiadores escolher, anualmente, a Seguradora de sua preferência, de acordo com a seguinte sistemática: 2.2.1 – Até 1º de outubro de cada ano, o Financiador deverá manifestar, diretamente ao BNH, através das Supervisões Regionais de Fundos e Garantias, sua decisão de transferir suas operações para a nova Seguradora. 2.2.2 – A efetivação da transferência se dará a 1º de janeiro de cada ano, e abrangerá todas as operações em vigor. (Manual de Normas e Rotinas da RD 18/77).
- 14 11 – Pagamento de Prêmio: 11.1 – A Seguradora promoverá a cobrança, mensalmente, mediante apresentação, ao Financiador, da Nota de Seguro. O Financiador pagará o prêmio em estabelecimento bancário, mediante quitação da Nota de Seguro. (...) 11.3.1 – O fato de o prêmio ser devido pelo Financiador, não exime o Financiador da responsabilidade quanto ao seu recolhimento. Essa responsabilidade persiste, também, quando houver atraso nos pagamentos dos compromissos pelo Financiador (Manual de Normas e Rotinas da RD 18/77).

retinham a contraprestação de 15% (quinze por cento) pela operacionalização do sistema e procediam ao pagamento das indenizações devidas. Essa movimentação financeira realizada pelas seguradoras formava a chamada “conta movimento” do SH/SFH. 3) Em havendo sinistro, o mutuário procedia a comunicação do evento junto ao agente financeiro que, por sua vez, acionava a seguradora contratada, a qual procedia a análise do caso e, identificando tratar-se de hipótese coberta pela apólice e restando preenchidos todos os requisitos procedimentais, encaminhava a indenização para o agente financeiro que procedia ao pagamento da indenização ao segurado.

Percebe-se que em momento algum havia contato direto entre a seguradora e os segurados. Todo o processo era intermediado pelo agente financeiro, desde a escolha da seguradora, assinatura das apólices de seguro já padronizadas pelo SFH, recolhimento dos prêmios e pagamentos das indenizações.

Com pequenas alterações, principalmente no tocante ao percentual retido pelas seguradoras operadoras, esta foi a sistemática adotada para as apólices do SH/SFH até o ano de 2010.

## 2.2 DA APÓLICE PÚBLICA X APÓLICE DE MERCADO

A criação do SFH não impediu que a iniciativa privada continuasse a conceder financiamentos habitacionais fora do novo sistema. Ainda que regidos pelo direito privado, os financiamentos habitacionais celebrados fora do SFH também estavam obrigados, pelo Decreto-Lei nº 73/1966 e Lei nº 4.864/1965<sup>15</sup>, a contratarem seguro habitacional, todavia pactuado segundo as regras do mercado segurador nacional.

Para distinguir as modalidades de seguro que garantiam os mútuos habitacionais contratados dentro e fora do SFH, a SUSEP passou a designar de apólice “ramo 66” (apólice pública) aquela integrante do próprio SFH, garantidoras dos

15 Criou medidas de estímulo à Indústria de Construção Civil. Nos termos do seu artigo 2º: Quando o valor do imóvel, nos contratos a que se refere o artigo anterior, não exceder a 300 (trezentas) vezes o maior salário-mínimo mensal vigente no País, será obrigatória a contratação, nos moldes preconizados pelo Banco Nacional de Habitação, como parte integrante dos contratos e durante sua vigência, do seguro de vida de renda temporária em nome e benefício do adquirente.

mútuos habitacionais financiados com recursos do sistema público, e de “ramo 68” (apólice de mercado ou privada) a apólice contratada para assegurar o contrato de mútuo celebrado fora do SFH, de natureza privada.

Ocorre que, a partir de 24 de junho de 1998, a MP n° 1.671<sup>16</sup> passou a admitir, mesmo para os contratos celebrados no âmbito do SFH, a contratação de apólice regulada pelo mercado segurador privado, bastando, tão somente, que observassem as coberturas mínimas de morte ou invalidez permanente (MIP). Até então, os agentes financeiros do SFH estavam obrigados a averbar os contratos de mútuo que celebravam em modelo elaborado dentro do próprio sistema. Com a MP n° 1.671/98, esses agentes financeiros ficaram livres para optar entre aquela apólice de seguro integrante do próprio SFH e as apólices de mercado, administrada e regulada pelas regras da iniciativa privada.

Para diferenciar as duas modalidades de apólice dentro do SFH, a Resolução n° 205/2009<sup>17</sup> do CNSP passou a chamar aquela antiga apólice regulada pelo próprio sistema de “Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação” (SH/SFH), e a nova modalidade de apólice, permitida no SFH a partir da MP n° 1.671/98, de “Seguro Habitacional em Apólice de Mercado” (SH/AM). Entretanto, a coexistência dessas duas apólices dentro do SFH somente durou até 29/12/2009, quando a MP n° 478 extinguiu do ordenamento a apólice pública do SFH.

16 Art. 2° Os agentes financeiros do SFH poderão contratar financiamentos onde a cobertura securitária dar-se-á em apólice diferente do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, desde que a operação preveja, obrigatoriamente, no mínimo, a cobertura relativa aos riscos de morte e invalidez permanente (MP n° 1.671/98).

17 Art. 3° O Seguro Habitacional abrange as seguintes modalidades: I. Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH; II. Seguro Habitacional em Apólices de Mercado – SH/AM. §1° O seguro referido no inciso I caracteriza-se por possuir apólice única para todas as sociedades seguradoras, que somente pode ser alterada pelo Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais – CCFCVS, tendo seu equilíbrio garantido pelo Governo Federal, através do FCVS, nos termos do Decreto-Lei n° 2.476, de 16 de setembro de 1988, com a redação dada pela Lei n° 7.682, de 02 de dezembro de 1988. §2° O seguro referido no inciso II caracteriza-se por ter suas coberturas em apólices de mercado, sendo as sociedades seguradoras privadas responsáveis pela gestão das respectivas carteiras, nos termos da legislação e regulamentação vigentes.

Vale salientar que, embora a eficácia da MP n° 478/2009<sup>18</sup> tenha se exaurido com o Ato Declaratório n° 18 do Congresso Nacional, de 14/06/2010, a Lei 12.409/2011 tratou da apólice do SH/SFH como efetivamente extinta. De todo modo, independentemente do período de sua eficácia, o fato é que, na prática, as apólices públicas do SH/SFH deixaram de ser contratadas a partir da sua edição. Por conseguinte, a partir de 29/12/2009 todas as apólices contratadas no âmbito do SFH são na modalidade de mercado (ramo 68).

### 2.3 DA GARANTIA DO EQUILÍBRIO DO SH/SFH – FESA – FCVS

Ao regular o sistema de seguros e resseguros no Brasil, o Decreto-Lei n° 73/1966, além de tratar dos seguros obrigatórios, facultou ao BNH a assunção de riscos dos seguros relevantes para o SFH que não encontrassem cobertura no mercado segurador<sup>19</sup>.

Já nos primeiros anos de vigência do SH/SFH, o BNH era o responsável direto pelo equilíbrio da apólice compreensiva especial, exatamente pela ausência de interesse da iniciativa privada em assumir os riscos das operações do sistema. Afinal, era muito arriscado para a iniciativa privada assumir os riscos de um sistema do qual não tinha controle, já que o BNH regulava e modulava constantemente, geralmente com base em critérios políticos e econômicos, desde as cláusulas de cobertura aos prêmios de seguro.

Com efeito, em 1977, ao firmar convênio com o IRB, o BNH assumiu a garantia do equilíbrio das apólices do SH/SFH, sempre que a razão entre sinistro e prêmios arrecadados (sinistralidade) superasse a margem de 85% (oitenta e cinco por cento), sistemática que ficou conhecida como *stop loss*. Ainda em 1977, o IRB criou o Fundo de Compensação Global de Desvios de Sinistralidade (FCDS) para receber parte dos prêmios arrecadados, como medida preventiva de desequilíbrios no sistema securatório habitacional. Dada à crise que já se dese-

18 Art. 1° Fica vedada, a contar da publicação desta Medida Provisória, para novas operações de financiamento ou para operações já firmadas em apólice de mercado, a contratação do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH, cujo equilíbrio é assegurado pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, nos termos do Decreto-Lei n° 2.406, de 5 de janeiro de 1988”. (...) Art. 2° “Fica extinta, a partir de 1° de janeiro de 2010, a Apólice do SH/SFH referido no art. 1°.

19 Art. 15 (...) parágrafo único: O Banco Nacional de Habitação poderá assumir os riscos decorrentes das operações do Sistema Financeiro da Habitação que não encontrem cobertura no mercado nacional.

nhava naquele período, o FCDS passou a funcionar como verdadeiro repassador de aportes financeiros alocados pelo BNH, além de tomador de empréstimos junto a outros Fundos igualmente administrados pelo IRB, como o Fundo de Estabilidade do Seguro Rural (FESR) e o Fundo Geral de Garantia Operacional (FGGO), para manter em funcionamento o sistema de seguro habitacional. Na década de 80, o SH/SFH passou por um grave desequilíbrio financeiro causado, principalmente, pelo descompasso entre os valores dos prêmios arrecadados e o montante das indenizações pagas. É que o mecanismo de reajuste adotado nos financiamentos do SFH, à época, fazia com que as prestações pagas pelos mutuários fossem reajustadas em percentual bem abaixo daquele aplicado ao saldo devedor do contrato, o que refletia diretamente no equilíbrio do SH/SFH, já que o valor dos prêmios era reajustado com as parcelas mensais do mútuo e o valor das indenizações por morte e invalidez permanente, por exemplo, era calculado com base no saldo devedor do contrato.

Ante a extinção do BNH em 21/11/1986 e a incerteza normativa e gerencial provocada no sistema, em 08/01/1987, o IRB, mesmo sem previsão legal, através da Circular PRESI 002/87, extinguiu o FCDS e criou, em seu lugar, o Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice de Seguros do Sistema Financeiro da Habitação (FESA), o qual assumiu as dívidas anteriormente contraídas pelo FCDS. Somente em 17/11/1987, é que a Resolução nº 24/87 do CNSP autorizou o IRB a constituir um fundo para equilíbrio da sinistralidade, em substituição àquela garantia de *stop loss* prestada pelo BNH, mediante aporte ou recolhimento de recursos, com a finalidade de manter a relação sinistro/prêmio, permanentemente e a nível nacional, no patamar de 90% (noventa por cento), regularizando o papel desempenhado pelo FESA<sup>20</sup>. Com a criação do FESA, ao receberem os repasses dos prêmios de seguro, através dos agentes financeiros, as seguradoras retiravam a remuneração que lhes cabia pela operacionalização do sistema, pagavam as indenizações devidas, e o eventual valor superavitário era destinado ao Fundo.

20 A mesma Resolução 24/87 do CNSP reduziu de 15% para 10%, a remuneração destinada às seguradoras privadas.

Resume bem tais eventos o seguinte trecho colhido do Parecer nº 2.748/2012 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, através da Coordenação de Assuntos Financeiros:

Deveras, desde quando surgiu, por intermédio da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, animado pelo propósito de neutralizar riscos inerentes a financiamentos de longo prazo, o Seguro Habitacional obrigatório (SH) colheu o auxílio de diferentes mecanismos sobre os quais se diluíram suas responsabilidades. Essa distribuição de riscos adotou formas variadas: primeiramente, um consórcio com participação majoritária do Governo, por meio do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) e do Banco Nacional da Habitação (BNH); depois, por um convênio entre BNH e IRB, que administrava um fundo de natureza privada, o Fundo de Compensação Global de Desvios de Sinistralidade (FCDS); em seguida, com a extinção do BNH, em contexto caracterizado por indefinição normativa, por meio do advento do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice de Seguros do Sistema Financeiro da Habitação (Fesa), criado pelo IRB em substituição ao FCDS.

A partir da Lei nº 7.682 de 02/12/1988, que alterou o Decreto-Lei nº 2.406/1988, o denominado Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS) passou a garantir o equilíbrio do SH/SFH<sup>21</sup>. O FCVS foi criado em 1967, através da Resolução nº 25 do Conselho da Administração do extinto BNH, com a finalidade de assegurar um limite temporal para o pagamento das mensalidades devidas pelos mutuários do SFH, mediante a cobertura de eventual saldo devedor residual apurado no final do período contratado. Como o problema de descompasso entre as parcelas pagas pelos mutuários e o saldo devedor do contrato já existia desde os primórdios do SFH, com a criação do FCVS findo o prazo contratualmente fixado e apurando-se, ainda, saldo devedor em face do mutuário, caberia a

21 Art. 2º O Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS será estruturado por Decreto do Poder Executivo e seus recursos destinam-se a: I – garantir o equilíbrio do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, permanentemente e a nível nacional.

esse fundo a quitação do saldo residual junto ao agente financeiro contratado. A princípio, o FCVS foi gerido pelo próprio BNH. Com a sua extinção, ficou sob a administração do Banco Central do Brasil (BACEN). Depois, passou à esfera do Ministério da Habitação, Urbanismo e Meio Ambiente (Decreto-Lei nº 2.406/1988) e, em 16/03/1989, com a Lei nº 7.739, a cargo do Ministério da Fazenda, que delegou sua gestão para a Caixa Econômica Federal – CEF (Portaria Interministerial 197 de 08.11.1989), a qual exerce até hoje, mediante o recebimento de taxa administrativa pelos serviços prestados<sup>22</sup>. Vale salientar que, ao determinar que o FCVS assumisse a garantia do equilíbrio das apólices do SH/SFH, a Lei nº 7.682/1988 não fez qualquer ressalva ou distinção entre apólices de seguro, mesmo porque até a MP nº 1.671/1998 a apólice do SH/SFH era a única possível para todos os contratos celebrados no âmbito do SFH.

Quanto à fonte de recursos do FCVS, esclarece Paulo Roberto Santos Granja<sup>23</sup> que, quando criado, o FCVS foi dotado com recursos da ordem de CR\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), advindos do Tesouro Nacional, aos quais se somaram contribuições dos mutuários e, a partir do Decreto-Lei nº 2.164 de 19.09.84, contribuições dos agentes financeiros.

Em 29/07/1993 a Lei nº 8.692/93 extinguiu, para os novos contratos de mútuo celebrados no SFH, a garantia de cobertura dos saldos residuais pelo FCVS, todavia, manteve-se, com fundamento na Lei nº 7.682/1988, a garantia de equilíbrio das apólices do SH/SFH. A partir de então, a obrigação de contribuição mensal se manteve apenas para os mutuários antigos, o que, com o passar dos anos, resultou na diminuição dessa fonte de recursos.

Nas palavras de Granja<sup>24</sup>:

A Lei nº 8.692, de 28/07/1993, aplicável aos contratos assinados a partir dessa data, extinguiu a garantia do FCVS no tocante ao ressarcimento de resíduos e a contribuição feita por mutuários

22 Artigo 25 da Lei nº 10.150/00: Fica assegurada à CEF o recebimento mensal do FCVS de taxa de administração pelos serviços prestados ao Fundo, a ser definida pelo Conselho Curador do FCVS.

23 Op. cit., loc. cit., p.14.

24 Idem.

e financiadores. Desse modo, a partir de 28/07/1993, o FCVS deixou de cobrir os saldos residuais dos contratos doravante celebrados. Com o tempo o volume de contribuições dos mutuários e agentes financeiros decresceu e as despesas aumentaram. Tal fato muito contribuiu para o desequilíbrio atuarial do FCVS, pois, ao mesmo tempo em que as contribuições de mutuários entraram em declínio, os contratos anteriores a essa data continuaram a ter seus saldos devedores residuais cobertos pelo fundo (GRANJA, 2014).

Ainda em 1988, a Lei n° 7.682/1988<sup>25</sup> acrescentou às fontes de recursos do FCVS o excedente do confronto entre as indenizações pagas e os prêmios de seguro recolhidos. A portaria n° 217 de 05/04/1991 do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (MEFP), que regulamentou o FCVS e instituiu o Regimento Interno para o Conselho Curador do FCVS (CCFCVS), órgão de deliberação coletiva responsável pela aprovação das condições gerais de atuação do Fundo, ao tratar dos recursos do FCVS, também incluiu, no seu artigo 9°, entre as fontes: a “*parcela a maior correspondente ao comportamento da relação entre as indenizações pagas e os prêmios recebidos relativos ao Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação*”. Note-se que essa nova fonte de recursos do FCVS, instituída pela Lei n° 7.682/1988 e regulamentada pela Portaria n° 217/91 do MEFP, é a mesma fonte que justificava e alimentava o FESA.

Em 28 de outubro de 1993, a Portaria 569<sup>26</sup> do Ministério da Fazenda transformou o FESA em uma subconta do FCVS, mantendo sua administração pelo IRB, embora nos critérios estabelecidos pelo CCFCVS, ressaltando

25 Art. 6° Os recursos do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) deverão ser aplicadas em operações com prazo compatível com as exigibilidades do fundo e com taxas de remuneração de mercado, sendo constituídos pelas seguintes fontes: (...) IV – parcela a maior correspondente ao comportamento da relação entre as indenizações pagas e os prêmios recebidos, nas operações de que trata o item I do art. 2°;

26 Art. 1° (...) §1° Para efeito do ajuste técnico mencionado neste artigo será considerada a sinistralidade total do seguro habitacional, computando-se as indenizações pagas e as despesas com sinistros e, bem assim, as provisões a serem constituídas como subconta específica do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, excluídas as remunerações a que se refere o art. 3° desta Portaria. §2° As provisões de que trata o parágrafo anterior serão administradas pelo Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, segundo critérios estabelecidos pelo Conselho Curador do FCVS – CCFCVS. §3° Os recursos existentes no Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice de seguro Habitacional – FESA, a título de reserva técnica do seguro habitacional, deverão ser imediatamente transferidos à subconta do FCVS referida no parágrafo segundo deste artigo.

o caráter de reserva técnica do SH/SFH. Acontece que, nos termos da portaria, a subconta do FCVS que recebeu os recursos do antigo FESA teria um teto de até 02 (duas) vezes a média mensal dos prêmios emitidos no ano anterior, atualizados mensalmente, cujo excedente seria repassado para o administrador do FCVS, a CEF, para fins de pagamento dos agentes financeiros credores do Fundo, ou fonte de receita ordinária.

Pela sistemática adotada com a MP n° 569/ME, estabeleceu-se o seguinte: 1) os agentes financeiros recebiam os prêmios pagos pelos mutuários junto com as parcelas do mútuo financeiro e repassavam tais valores para as seguradoras responsáveis pela administração da apólice daquele respectivo mutuário; 2) as seguradoras utilizavam os valores dos prêmios para pagamento dos sinistros verificados (conta movimento), deduzindo, ainda, a remuneração devida aos operadores do sistema (8,6% para as seguradoras e 0,5% para a SUSEP); 3) em havendo *superávit* na conta movimento, o excedente era repassado para a subconta do FCVS (FESA), administrada pelo IRB, ao contrário, se houvesse insuficiência de recursos, seriam supridos pela reserva técnica administrada pelo FCVS (FESA); 4) quando os valores da reserva técnica ultrapassassem o teto de até 02 (duas) vezes a média mensal dos prêmios arrecadados no ano anterior, o excedente seria repassado diretamente para a conta do FCVS, por outro lado, na falta de recursos da reserva técnica, o FCVS se responsabilizaria pelas indenizações não pagas, mantendo o equilíbrio do SH/SFH.

Em 28/07/2000, a Portaria n° 243<sup>27</sup> do Ministério da Fazenda manteve o modelo traçado na portaria 569/1993, porém transferiu a administração da reserva técnica (FESA), até então desenvolvida pelo IRB, diretamente para a CEF<sup>28</sup>.

27 Art. 12 (...) §2° Para efeito do disposto no caput a CAIXA utilizará os recursos na seguinte ordem: conta movimento e reserva técnica. §3° Esgotados os recursos da conta movimento e da reserva técnica, o FCVS, por intermédio da CAIXA, transferirá à sociedade seguradora o valor integral das indenizações devidas e não pagas.

28 Art. 1° A IRB-Brasil Resseguros S.A. (IRB Brasil Re.) transferirá à Caixa Econômica Federal (Caixa), no décimo dia útil do mês de agosto de 2000, os saldos da reserva técnica do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (SH) e os demais recursos do SH registrados na subconta específica do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), e todo e qualquer recurso desse seguro em poder da IRB-Brasil Re. §1° A CAIXA, a partir do décimo dia útil do mês de agosto de 2000, assumirá a administração do SH, absorvendo as funções administrativas desempenhadas pela IRB-Brasil Re., segundo critérios estabelecidos pelo Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).

Tinha-se, portanto, para pagamento dos sinistros, primeiramente a chamada “conta movimento” (fluxo de prêmios arrecadados e indenizações pagas); seguido pela reserva técnica na subconta do FCVS (FESA) e, por último, o próprio FCVS. Entretanto, é nítida a comunicação de recursos que havia entre aquelas três “contas”, notadamente com o teto estipulado para a subconta do FCVS (FESA), cujo excedente era repassado diretamente para o FCVS. Há de se concluir, portanto, que, na prática, a partir da Portaria 569/MF, se ainda era possível, não mais se teve como distinguir, nas contas do FESA e do FCVS, os recursos decorrentes apenas do superávit dos prêmios de seguro, das outras fontes alimentadoras do FCVS, já que o equilíbrio do sistema envolvia uma constante movimentação de capitais entre conta movimento, FCVS e FESA. Tanto que, em 24/02/2010, o FESA foi expressamente extinto, através da Resolução n° 267 do CCFCVS,<sup>29</sup> e o saldo remanescente transferido diretamente para a conta do FCVS.

Posteriormente, a Medida Provisória n° 513 de 26/11/2010, convertida na Lei n° 12.409/2011, autorizou o FCVS a assumir, na forma disciplinada por ato do Conselho Curador do Fundo (CCFCVS), todos os direitos e obrigações do SH/SFH, oferecendo cobertura direta aos contratos de financiamento habitacional averbados em suas apólices. Com a nova disposição legal, o FCVS, administrado pela CEF, assumiu, diretamente, a arrecadação dos prêmios e o pagamento dos sinistros relacionados às apólices do SH/SFH, sem a interveniência anteriormente prestada pelas seguradoras privadas. Na exposição de motivos, a Presidência da República alegou que as seguradoras que operavam o SH/SFH não realizavam atividade típica de seguro, mas atuavam, tão somente, como prestadoras de serviços do seguro habitacional para regulação dos sinistros, sendo todo o risco da operação suportado pelo FCVS. Com a nova disposição legal, o FCVS deixou de ser somente o último garantidor do equilíbrio do sistema do SH/SFH e passou a ser também o responsável direto pela administração imediata das apólices, cumulando os papéis anteriormente desempenhados pela rede seguradora privada e pelo BNH, e depois pelas seguradoras e IRB.

29 Art. 7° A conta de Reserva Técnica do SH/SFH será extinta n° 12° dia útil de março de 2010, após o ajuste do movimento, e o saldo remanescente será transferido à disponibilidade do FCVS.

Desse modo, pode-se dizer que: 1) já não há distinção, formal ou material, entre FESA e FCVS; 2) o BNH foi o garantidor do equilíbrio das apólices do SH/SFH até sua extinção em 21/11/1986, e, a partir de 02/12/1988, tal incumbência ficou a cargo do FCVS, caracterizando-se o lapso temporal entre os dois eventos pela ausência de norma específica quanto à garantia pública do sistema, lacuna essa emergencialmente suprida por providências adotadas pelo IRB, o qual, através do FCVS, tomou novos empréstimos junto aos Fundos FERS e FGGO, que hoje vêm sendo pagos com recursos do FCVS<sup>30</sup>; 3) Não se pode confundir o papel original do FCVS de garantidor do saldo residual do contrato de mútuo habitacional (principal), com o papel de garantidor da apólice do seguro habitacional (accessório), que somente surgiu com o Decreto-Lei nº 2.406/1988. Na função de garantidor do contrato de mútuo apenas algumas modalidades<sup>31</sup> de contrato tinham direito à cobertura do saldo residual, mas para a garantia da apólice do seguro habitacional não houve nenhuma ressalva legal ou diferenciação entre apólices, o que engloba todos os contratos de seguro até então vigentes e os posteriores contratados na modalidade de apólice pública SH/SFH (ramo 66). 4) Não há como distinguir onde terminavam os recursos do FESA e se iniciavam os recursos do FCVS, dado que, pelo menos, desde 1993 (Portaria 569/MF), havia uma franca comunicação entre esses dois Fundos, situação que foi formalizada com a extinção do FESA.

### **3 DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DAS DEMANDAS INDENIZATÓRIAS SECURATÓRIAS FUNDADAS NAS APÓLICES DE SEGURO HABITACIONAL DO SFH**

As questões envolvendo o SFH sempre geraram inúmeras demandas no Judiciário. No que se refere especificamente às apólices de seguro habitacional (SH/SFH), a grande discussão é em torno da competência jurisdicional para

30 A Portaria nº 42, de 21/02/2001, do Ministério da Fazenda, autorizou o FCVS a pagar parte da dívida do SH/SFH com os Fundos FGGO e FESR.

31 Inicialmente foi prevista para os chamados planos de reajustes “A” e “C”, e, a partir do Decreto-Lei nº 2.164/84 para os novos contratos firmados com base no Plano de Equivalência Salarial – PES. Com a Lei 8.692/93, a partir de 29/07/1993 os contratos de mútuo do SFH deixaram de ter a cobertura de saldo residual pelo FCVS.

enfrentamento de ações indenizatórias fundadas em alegados vícios de construção, se da Justiça Estadual ou Federal. É que tais demandas são, em sua maioria, interpostas perante os juízos estaduais, entretanto, tomando por base a previsão legal de garantia de equilíbrio financeiro do SH/SFH pelo FCVS, um fundo administrado pela empresa pública CEF, e considerando ainda a disposição do artigo 109, I da CF, segundo o qual é dos juízes federais a competência para processamento e julgamento das demandas em que figurem como parte ou interessada a União, suas autarquias ou empresas públicas, surgem, a partir daí, a defesa da competência da Justiça Federal para enfrentamento da matéria e toda a celeuma em torno do assunto.

### 3.1 DA SÍNTESE DA DISCUSSÃO NO STJ

Os primeiros julgados do STJ a respeito da controvérsia foram no sentido de que a relação existente entre o mutuário e a seguradora é de natureza privada, e não havendo possibilidades de, em eventual condenação da seguradora, comprometerem-se os recursos do FCVS, incumbiria à Justiça Estadual o enfrentamento da demanda<sup>32</sup>.

Com o crescente número de recursos pendentes no assunto, a 2ª Turma do STJ afetou o REsp. 1.091.363/SC ao procedimento previsto no artigo 543-C do CPC, como representativo de controvérsia repetitiva, cuja decisão de mérito seguiu aquela mesma orientação de caber à Justiça Estadual o julgamento das causas<sup>33</sup>.

Em sede de Embargos Declaratórios no REsp. 1.091.363/SC, a Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti traçou distinções entre apólices habitacionais públicas (ramo 66) e privadas (ramo 68), esclarecendo que somente as apólices

32 Ementa: Conflito de Competência. Mútuo Hipotecário. Morte do Mutuário. Seguro Habitacional. A ação em que se discute seguro de vida vinculado a mútuo hipotecário e da competência da Justiça Estadual, se dela não participa a União ou autarquia ou empresa pública federal. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de alçada do estado do Rio Grande do Sul. (STJ. CC 16.405/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, julgado em 08/05/1996, DJ 01/07/1996, p. 23973).

33 Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro adjeto a contrato de mútuo, por envolver discussão entre seguradora e mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), inexiste interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. (REsp 1.091.363/SC).

públicas estariam garantidas pelo FCVS. Assentou, assim, que nas demandas com discussão em torno das apólices públicas (ramo 66) caberia a intervenção da CEF, gestora do FCVS, na qualidade de assistente simples, com a consequente remessa dos autos para a Justiça Federal<sup>34</sup>.

Interpostos segundo embargos declaratórios (Edcl. nos Edcl. no REsp. 1.091.363), a Corte fixou nova tese complementar, através da relatoria para redação do acórdão da Ministra Nancy Andrighi, desta feita, para delimitar que somente as apólices públicas (ramo 66) contratadas no período compreendido entre 02/12/1988 (data da edição da lei que tornou o FCVS garantidor da apólice pública do SFH) e 29/12/2009 (data da extinção da apólice pública do SFH) estariam garantidas pelo FCVS, a justificar interesse jurídico da CEF, e desde que a CEF comprovasse documentalmente o esgotamento das reservas do FESA e o risco efetivo de comprometimento do FCVS<sup>35</sup>.

Por ocasião da apreciação dos terceiros embargos declaratórios no REsp. 1.091.363 não houve teses vinculativas fixadas, mas, a Ministra Isabel Gallotti abriu divergência que ensejou a interposição de Embargos de Divergência, hoje pendente de apreciação.

34 “Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro privado, apólice de mercado, Ramo 68, adjeto a contrato de mútuo habitacional, por envolver discussão entre a seguradora e o mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), não existe interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. Ao contrário, sendo a apólice pública, do Ramo 66, garantida pelo FCVS, existe interesse jurídico a amparar o pedido de intervenção da CEF, na forma do art. 50, do CPC, e remessa dos autos para a Justiça Federal (Edcl. no REsp. 1.091.363/SC).

35 1. Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional – SFH, a Caixa Econômica Federal – CEF – detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 – período compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/1988 e da MP nº 478/09 – e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS (apólices públicas, ramo 66). 2. Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide. 3. O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice – FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior. 4. Evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir na lide como assistente, não poderá a CEF se beneficiar da faculdade prevista no art. 55, I, do CPC. 5. Na hipótese específica dos autos, tendo sido reconhecida a ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexistente interesse jurídico da CEF para integrar a lide. 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes. (Edcl. nos Edcl. no REsp. 1.091.363/SC).

### 3.2 DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS 513/2010 E 633/2013 E ACIRRAMENTO DA CONTROVÉRSIA

No curso da discussão travada no STJ, a Presidência da República e o Congresso Nacional editaram Medidas Provisórias e Leis, respectivamente, que acentuaram a discussão em torno da temática. Após a afetação do REsp. 1.091.363/SC ao rito dos repetitivos (08/10/2008) e julgamento do mérito da matéria (11/03/2009), a Presidência da República editou a Medida Provisória nº 513 (13/12/2010), convertida na Lei nº 12.409 (25/05/2011), determinando que o FCVS assumisse diretamente os direitos e obrigações da apólice do SH/SFH. Em continuidade, após o julgamento dos primeiros e segundos embargos de declaração interpostos no REsp. 1.091.363 (09/11/2011 e 12/09/2012, respectivamente), a Presidência da República editou a Medida Provisória nº 633 (26/12/2013), convertida na Lei nº 13.000<sup>36</sup> (18/06/2014), estabelecendo, dentre outras medidas<sup>37</sup>, a incumbência de a CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS, intervindo nas demandas judiciais que possam implicar em impacto jurídico ou econômico ao fundo.

A partir da edição da MP nº 513/2010, inclusive por orientação do CCF-CVS, as seguradoras privadas, antigas operadoras das apólices e demandadas nas ações indenizatórias securatórias, passaram a alegar sua ilegitimidade passiva *ad causam*, apontando a CEF, na qualidade de gestora do FCVS, como verdadeira legitimada para atuar no polo passivo das demandas. Posteriormente a própria CEF, por recomendação do TCU, passou a requerer o seu ingresso nas lides na condição de litisconsorte necessária passiva, usando como fundamento a MP nº 513/2010 e, mais tarde, a MP nº 633/2013.

36 Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal – CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS. §1º A CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

37 Outra medida relevante trazida pela Lei nº 1333/2014 foi a possibilidade de a CEF realizar acordos com os mutuários nas ações indenizatórias securatórias que discutem apólices públicas (SH/SFH).

Os terceiros embargos de declaração manejados no REsp. 1.091.363 foram decididos quando já vigoravam as MP's n° 513 e n° 633 (11/06/2014), mas manteve o entendimento adotado anteriormente.

### 3.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VARIAÇÃO DE ENTENDIMENTO NO STJ DIANTE DA REALIDADE DO FUNCIONAMENTO DO SH/SFH

O primeiro fundamento, que norteou o entendimento do STJ nas ações indenizatórias fundadas nas apólices do seguro habitacional do SFH, foi de que a relação entre mutuário e seguradora é de natureza jurídica privada. Acrescentando a essa premissa a concepção de que a eventual condenação das seguradoras demandadas, nas ações indenizatórias securatórias, não afetaria de modo algum o FCVS, um fundo de natureza jurídica pública, fixou-se a tese da competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento da matéria.

No tocante à possibilidade de afetação do FCVS, o entendimento foi posteriormente alterado, mas relativamente à natureza jurídica da relação entre mutuário/segurado e seguradora na apólice de seguro do SFH não houve outras considerações. Todavia, cumpre trazer algumas observações a esse respeito.

Geralmente, para se classificar uma relação em pública ou privada tomam-se por base os sujeitos que dela fazem parte, se apenas particulares ou com a participação de entes da Administração Pública. Também se leva em conta a própria relação jurídica que vincula os sujeitos, se é regulada por normas privadas (civis) ou mediante um conjunto normativo que constitui o chamado regime jurídico administrativo. Tendo em conta apenas o primeiro requisito, de fato, temos duas pessoas privadas na apólice do SH/SFH. Entretanto, a grande questão é saber se a apólice do seguro habitacional do SFH, mesmo subscrita por duas pessoas privadas, tem natureza jurídica pública ou privada, quando se voltam os olhos para as peculiaridades da sua formação e regulação jurídica.

Acontece que, em se tratando das apólices de seguro do SFH, enquadrá-las estaticamente como uma relação jurídica pública ou privada vai além da mera identificação dos personagens ali presentes. Há de se voltar para as especificidades que norteiam essa modalidade securatória. A começar pelo seu caráter

obrigatório. Em um contrato de seguro privado, assim como em qualquer relação negocial privada, o princípio maior orientador é o da autonomia da vontade, consubstanciado na liberdade que os contraentes têm de contratar e, regra geral, do que contratar. Quanto à apólice do seguro habitacional do SFH, a sua contratação se dava por força de lei, como requisito obrigatório para aquisição de unidade habitacional pelo pretense mutuário, que não tinha a liberdade de recusá-lo. Aliás, o segurado não tinha sequer a possibilidade de escolher a seguradora responsável pela apólice, tudo era intermediado pelo agente financeiro contratado no mútuo. Com efeito, o agente financeiro escolhia a seguradora, dentre as autorizadas a operar no SFH; apresentava a apólice de seguro previamente elaborada no sistema ao mutuário adquirente da unidade habitacional; averbava junto à seguradora escolhida as apólices firmadas; recebia os valores dos prêmios pagos pelos mutuários e os repassava para a seguradora, que, a seu turno, na hipótese de sinistro, pagava as indenizações ao agente financeiro, e esse, por sua vez, transferia o valor da indenização para o mutuário sinistrado, cuja comunicação de sinistro processara perante o agente financeiro. De modo que, na prática, não havia, em momento algum, uma relação direta entre o mutuário/segurado e a seguradora.

Semelhantemente, embora as seguradoras tivessem a escolha de atuar ou não no sistema do SH/SFH, toda a operacionalização do seguro era previamente regulada e padronizada pelo SFH, desde as cláusulas de cobertura, aos valores dos prêmios, até à remuneração auferida pelas seguradoras operadoras. Some-se a isso, a peculiaridade de que nem as seguradoras, nem os agentes financeiros assumiam os riscos dessa modalidade securatória. As seguradoras operavam o sistema do seguro, mediante contraprestação prefixada, e, salvo conduta inadequada, não se responsabilizavam diretamente pelos riscos da apólice. Cabia-lhe a arrecadação dos prêmios, com os quais procedia ao pagamento das indenizações, e, na hipótese de insuficiência desses recursos, acionava ao BNH, nos primórdios, e, mais tarde, os fundos FESA e FCVS, para suprimento do necessário. Ou seja, sempre houve uma garantia pública para as apólices do SH/SFH, cujos riscos não eram efetivamente suportados pelas seguradoras contratadas, o que é a regra para as operações de seguro privadas.

Com tais peculiaridades, em que se observa, para além de uma mera regulação estatal, a atuação marcante da Administração Pública na elaboração, regulamentação, manutenção e garantia financeira das apólices do SH/SFH, classificar como privada a relação entre a seguradora e os segurados/mutuários sem tecer maiores considerações sobre o instrumento que os vincula, pode ter sido a causa do impasse que até hoje se apresenta no REsp. 1.091.363/SC, com repercussões, inclusive, no tocante à competência interna do STJ<sup>38</sup>.

No tocante, especificamente, ao REsp 1.091.363/SC, a primeira tese sufragada pela 2ª Sessão do STJ foi de que, nas ações indenizatórias securatórias adjetas às apólices de seguro do SFH, a competência para julgamento da matéria seria da Justiça Estadual, em razão da total ausência de interesse jurídico da CEF no feito, já que, eventual condenação das seguradoras demandadas não teria o condão de afetar o FCVS, fundo público administrado pela CEF.

Acontece que, em sede de embargos declaratórios, restaram reconhecidas obscuridade e omissão no julgamento inicialmente proferido, consistente na afirmação de que “em hipótese alguma o FCVS, um fundo público administrado pela CEF, poderia ser afetado, na eventual condenação da seguradora demandada”, não obstante houvesse reconhecido, anteriormente, que “o FESA é uma subconta do FCVS e, no caso de insuficiência de recursos do FESA, o FCVS transferiria à sociedade seguradora o valor das indenizações devidas e não pagas”. Ao fundamentar nova decisão, saneadora dos vícios identificados na primeira, a Ministra Relatora Isabel Gallotti traçou distinção entre apólices públicas (ramo 66) e apólices privadas (ramo 68) dentro do SFH, admitindo a garantia pelo FCVS apenas para as apólices públicas, e reconhecendo, para essas apólices públicas, a possibilidade de intervenção da CEF no feito, com a consequente remessa dos autos para a Justiça Federal. É o que se extrai dos seguintes trechos colhidos do acórdão proferido nos EDcl. no REsp. nº 1.091.363/SC:

“Na Apólice Pública (SH/SFH), o FCVS é o responsável pela garantia da apólice e a CEF atua como administradora do SH/SFH, efetuando, juntamente com as seguradoras, o controle dos

38 Consoante artigo 9º do Regimento Interno do STJ tem-se a competência da 1ª Sessão para enfrentamento de matérias de direito público, enquanto que as questões atinentes ao direito privado estão a cargo da 2ª Sessão.

prêmios emitidos e recebidos, bem como das indenizações pagas. O eventual superávit dos prêmios é fonte de receita do FCVS; em contrapartida, possível déficit será coberto com recursos do referido Fundo; seu regime jurídico é de direito público. Na Apólice Privada, o risco da cobertura securitária é da própria seguradora e a atuação da Caixa, agente financeiro, é restrita à condição de estipulante na relação securitária, como beneficiária da garantia do mútuo que concedeu; o regime jurídico é próprio dos seguros de natureza privada. (...) No caso de Apólice Pública, hoje extinta, a cobertura securitária é atualmente de reponsabilidade direta do FCVS. (...) Assim, atualmente, o FCVS não apenas continua a responder pelos riscos da apólice (como ocorre desde a edição do Decreto-lei nº 2.476/1988 e da Lei nº 7.682/1988), mas também passou a exercer o papel administrativo antes desempenhado pelas seguradoras privadas, antigas prestadoras de serviços do SH/SFH. Em caso de sinistro em contrato celebrado no âmbito da extinta apólice do SH/SFH, a cobertura haverá de ser deferida ou negada diretamente pelo FCVS, sem a intermediação das seguradoras. (...) Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro privado, apólice de mercado, Ramo 68, adjeto a contrato de mútuo habitacional, por envolver discussão entre a seguradora e o mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), não existe interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. Ao contrário, sendo a apólice pública, do Ramo 66, garantida pelo FCVS, existe interesse jurídico a amparar o pedido de intervenção da CEF, na forma do art. 50, do CPC, e remessa dos autos para a Justiça Federal”.

Vale salientar que, ao distinguir a apólice pública da apólice privada, a 2ª Sessão do STJ corroborou as concepções traçadas pela resolução nº 205/2009 do CNSP, a qual diferencia apólice pública (SH/SFH) de apólice de mercado (AM/SFH), bem como considerou as balizas traçadas pela MP nº 1.671/98, a partir de quando se admitiu a apólice de mercado no SFH como alternativa à apólice pública, única possível até então, e pela MP nº 478/2009, que extinguiu

do ordenamento a apólice pública, subsistindo, a partir de então, apenas a apólice de mercado.

Processualmente, a consequência do reconhecimento do interesse da CEF na qualidade de gestora do FCVS nas demandas que discutissem as apólices públicas do SFH (ramo 66) seria a sua intervenção como assistente simples, recebendo o processo no estado em que o encontrasse, ensejando, todavia, a remessa dos autos para a Justiça Federal.

Embora o resultado prático desse entendimento implicasse no desmembramento dos vários processos ajuizados por múltiplos autores e envolvendo tanto apólices públicas como privadas, materialmente a posição adotada mantinha coerência com a sistemática de funcionamento do SH/SFH.

Acontece que, interposto segundo embargos de declaração no repetitivo 1.091.363, houve uma reviravolta no entendimento da 2ª Turma do STJ. A posição adotada pela Ministra Nancy Andrighi em voto-vista acabou prevalecendo, razão pela qual assumiu a relatoria para a redação do acórdão. Pela nova concepção, a CEF mantinha interesse jurídico nos feitos que discutissem apólices da modalidade pública (ramo 66), desde que pactuadas entre a Lei nº 7.682/1988 (que tornou o FCVS garantidor do equilíbrio das apólices do SH/SFH) e a MP nº 478/09 (que extinguiu o ordenamento a apólice pública - SH/SFH). Além disso, a CEF teria que provar documentalmente a escassez dos recursos do FESA para justificar o seu interesse jurídico. Em seus fundamentos, tomou por base a premissa de que o FESA é uma subconta do FCVS, superavitária e somente acionada quando esgotadas as reservas dos prêmios arrecadados, e somente na remota hipótese de escassez de recursos do FESA é que se acionaria o FCVS.

Com as devidas vênias à nova posição adotada, esse entendimento não se adéqua à sistemática regulamentada e desenvolvida ao longo da existência do seguro habitacional do SHF. E aqui cumpre observar que não se está a discutir a constitucionalidade, moralidade ou adequação do sistema de seguro habitacional do SFH. Toma-se por base a realidade desenhada ao longo dos seus 50 anos de existência e o pressuposto de que nenhuma das leis que a regulamenta, e exemplo da 7.682/1988, 12.409/11 e 13.000/14, foi declarada inconstitucional ou teve sua vigência questionada.

O primeiro ponto a se observar é que a situação de garantia de equilíbrio do sistema de seguro habitacional do SFH pelo setor público não foi uma inovação trazida com a Lei nº 7.682/1988. Desde a concepção do SFH o Decreto-Lei nº 73/66 facultou ao BNH, na época uma autarquia federal, a assunção dos riscos das apólices que não encontrassem cobertura no mercado segurador. E como visto em tópicos anteriores, as apólices do SFH eram elaboradas e totalmente reguladas pelo próprio sistema, com coberturas mais abrangentes do que as oferecidas no mercado segurador nacional, de modo que, sem a garantia do setor público, nenhuma seguradora privada teria concordado em operá-lo assumindo diretamente os seus riscos. Basta lembrar que nas diversas crises financeiras atravessadas pelo sistema de seguro do SFH vários foram os aportes financeiros oriundos do tesouro nacional, repassados através do BNH, do IRB e, mais tarde, pela CEF, na condição de gestora do FCVS, de modo que, a função da Lei nº 7.682/1988 não foi criar uma garantia pública para as apólices do seguro habitacional do SFH, mas transferir para o FCVS uma responsabilidade anteriormente prevista em lei, suportada inicialmente pelo BNH e, após a sua extinção, brevemente pelo IRB. Além disso, a Lei nº 7.682/1988 não fez distinção alguma entre modalidades de apólices quando instituiu a garantia de equilíbrio pelo FCVS, realidade que somente surgiu no sistema com a MP nº 1.671/98.

Desse modo, a nova interpretação adotada no segundo embargo declaratório manejado no repetitivo 1.091.363 criou, na verdade, tratamento desigual para iguais, ao aplicar a garantia pública pelo FCVS apenas para algumas apólices públicas, embora todas as apólices do ramo 66 hajam sido contratadas e reguladas de maneira idêntica dentro do SFH.

O novo entendimento adotado ainda nos Edcl. nos Edcl. no REsp. 1.091.363, tomou como premissa a concepção de que FESA e FCVS são fundos distintos. Há de se recordar, todavia, que desde 02/12/1988 a Lei nº 7.682/1988 autorizou a comunicação entre esses dois fundos, o que foi regulamentado pela Portaria 569/MF. Com essa vinculação de recursos, desde os idos de 1988 já não havia como distinguir um capital formado somente com contribuições dos mutuários das outras fontes alimentadoras do FCVS. Para resolver definitivamente a situação, em 24/02/2010 a Resolução 267/2010 do CCFVCS, unificou

as contas do FESA e do FCVS. Aliás, da análise dos Relatórios de Gestão do FCVS prestados ao Tribunal de Contas da União, nos anos de 2009 a 2012<sup>39</sup>, percebe-se, claramente, o cumprimento da Resolução n° 267/2010 do CCF-CVS que extinguiu o FESA e redirecionou os seus recursos para o FCVS. No relatório de 2009, consta informação específica acerca da reserva técnica destinada a garantir o SH/SFH (FESA), com recursos da ordem de R\$ 6,5 bilhões. Nos relatórios subsequentes já não há indicativos individualizados dessa subconta. Os prêmios arrecadados passaram a ser considerados diretamente como ativos do FCVS, onde também foram debitados os pagamentos das indenizações decorrentes de sinistros, inclusive aquelas reconhecidas judicialmente. Conforme se extrai dos Relatórios de Gestão do FCVS dos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012, o número de condenações judiciais pagas pelo Fundo é crescente,<sup>40</sup> e a própria regulamentação do setor permite essa assunção de dívida pelo FCVS. Nos termos do artigo 2º, VI da Resolução n° 267/2010 do CCFCVC, editada com base na Lei n° 10.150/00, Decreto 4.378/02 e MP n° 478/09:

Art. 2º Compete às seguradoras: VI – Solicitar à CAIXA os recursos financeiros necessários ao pagamento das custas processuais, dos honorários advocatícios e ao cumprimento de sentenças judiciais, nos moldes da Resolução do CCFCVS N° 221, de 4 de dezembro de 2007.

Some-se a isto o fato de que, atualmente, a CEF administra não apenas os recursos do FESA/FCVS, mas o próprio sistema de apólices do SH/SFH, sendo a única responsável por receber os prêmios dos contratos ainda ativos e pagar pelos sinistros identificados.

Diante dessa realidade, não há razão de ser a distinção apontada pelo STJ, de que algumas apólices públicas somente têm cobertura do FESA e outras, pri-

39 Disponível em: <[http://downloads.caixa.gov.br/\\_arquivos/caixa/processos\\_contas\\_anuais/Relatorio\\_Gestao\\_2009\\_FCVS.pdf](http://downloads.caixa.gov.br/_arquivos/caixa/processos_contas_anuais/Relatorio_Gestao_2009_FCVS.pdf)>

40 Em 2011 houve ressarcimento às seguradoras, para cobertura das condenações judiciais, da ordem de R\$ 131,8 milhões, conforme item 2.4.5.2 do Relatório de Gestão do FCVS exercício 2011. Já em 2012 o ressarcimento às seguradoras chegou a 345,7 milhões, conforme item 9.9.2 do Relatório de Gestão do FCVS exercício 2012.

meiro do FESA e depois do FCVS, já que esses dois Fundos, hoje, compõem uma única conta administrada pela CEF. Essa realidade, aliás, não passou despercebida pela Ministra Isabel Gallotti no seu voto divergente nos terceiros aclaratórios:

Atualmente, não mais existe a subconta FESA no FCVS. Os prêmios recolhidos dos mutuários cujos contratos vinculados à apólice pública ainda estão ativos não mais são contabilizados em rubrica segregada. São recolhidos, sem contabilização apartada, ao FCVS, o qual passou a ser responsável não apenas pelo pagamento das indenizações, mas pela própria regulação do sinistro.

Há de se recordar, ademais, que os fundos são dotações orçamentárias afetadas a determinadas finalidades e não possuem natureza jurídica própria, sendo a sua representação judicial e extrajudicial realizada pela pessoa jurídica à qual está vinculada<sup>41</sup>. Ainda que subsistisse a separação entre FESA e FCVS, ambos estariam sob a administração da CEF, a quem caberia a representação dos seus interesses. Nessa linha de raciocínio, a CEF também teria interesse jurídico de figurar nas demandas na qualidade de representante do FESA.

Diante dessa realidade, repise-se, não faz sentido essa distinção entre FESA e FCVS, tampouco a distinção entre apólices públicas (ramo 66), pactuadas de forma idêntica dentro do SFH, e com base em uma interpretação da Lei nº 7.682/1988 que, *data vênia*, destoa da sistemática do seguro habitacional do SFH, e com base na qual, mesmo diante da posição do STJ, o FCVS continua a arcar administrativamente com o pagamento das condenações judiciais proferidas contra as seguradoras demandadas.

41 Nas palavras de Bento José Bugarin: “Ainda a respeito da natureza dos fundos, cabe destacar, como o faz Caio Tácito, que a representação ativa e passiva do fundo caberá ao órgão gestor designado em sua norma instituidora, que poderá, no âmbito das finalidades do fundo, assumir obrigações e praticar atos em nome e por conta do representado. Como, porém, o fundo não dispõe de personalidade jurídica, os atos dos administradores, validamente praticados, obrigam à União Federal, que por eles afinal responderá, dentro das forças do fundo contábil, ou civilmente, se for o caso, na forma do direito comum, sem prejuízo da eventual responsabilidade administrativa e penal – ou, regressivamente, a responsabilidade civil – dos gestores do fundo, como agentes da administração pública”. BUGARIN, Bento José. Fiscalização dos Fundos Federais. Disponível em: <[http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_igualdade\\_10\\_2\\_1.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_10_2_1.php)>. Acesso em: 30/08/2014.

### 3.4 OUTRAS CONSIDERAÇÕES

Chamo atenção, ainda, para uma situação que tem sido recorrente perante os Tribunais dos Estados e que agride frontalmente o instituto do conflito negativo de competência.

É que alguns juízes de primeiro grau, com base no próprio sistema normativo do seguro habitacional do SFH têm declinado da competência para processamento e julgamento do feito, determinando a remessa dos autos para a Justiça Federal, naquelas demandas indenizatórias fundadas nas apólices de seguro habitacional do SFH. Dessas decisões de incompetência, os mutuários interpõem agravo de instrumento perante o respectivo Tribunal de Justiça, o qual, ao fundamento de tratar-se de matéria pacificada em recurso repetitivo no STJ, decide pela competência da Justiça Estadual e determina que a demanda seja julgada pelo juízo de primeiro grau a ele vinculado.

Ora, nos termos do artigo 105, I, d, da Constituição Federal, compete ao STJ processar e julgar originariamente os conflitos de competência entre juízes vinculados a tribunais diversos, a exemplo de um juiz estadual e um juiz federal. No momento em que o juiz estadual declina da competência em favor de um juiz federal, o procedimento adequado seria a remessa dos autos para o juízo federal para ali, inclusive com base na súmula 150 do STJ, ser acatada a competência ou ser suscitado o conflito negativo de competência perante o STJ. Ao determinar que um processo permaneça na esfera de um juízo de primeiro grau estadual via agravo de instrumento, quando esse juízo declinou a competência para um juízo federal, o Tribunal de Justiça incorre em usurpação de competência do STJ, que é a instância competente para esse conflito negativo de competência, ou, no mínimo, cria uma nova interpretação para a espécie, de que a remessa de autos de um juízo estadual que declinasse da competência para um juízo federal, passaria, inicialmente, pelo crivo do respectivo Tribunal de Justiça, o que não se extrai do texto constitucional.

O outro ponto a ser considerado nessa situação recorrente, é a maneira que os Tribunais de Justiça têm encarado as decisões do STJ em sede de recurso repetitivo. Comumente, tomam-se demandas com temáticas semelhantes e apli-

ca-se a tese fixada pelo STJ no repetitivo, muitas vezes passando por cima de peculiaridades do caso concreto. A finalidade do presente estudo não é discutir o instituto dos repetitivos no Brasil, mas, pelo menos, chamar atenção para o fato de que a aplicação de uma tese firmada pelo STJ em sede de recurso repetitivo deve ser precedida de uma análise cautelosa do caso específico a embasar o cabimento ou não daquela interpretação. Afora isso, não se pode, ao argumento de haver decisão tomada em sede de recurso repetitivo, simplesmente engessar as instâncias inferiores impedindo-as de adotar posicionamento diverso, desde que, logicamente, devidamente fundamentadas no sistema normativo vigente. E nesse caso específico do REsp. 1.091.363 muitas são, *data vênia*, as pontas soltas deixadas pelo STJ. Como visto, a posição hoje vigente na 2ª sessão do STJ adota premissas do sistema do SH/SFH completamente destoantes da realidade. E o STJ não enfrentou diretamente as leis e atos normativos que até hoje regem o sistema de seguro habitacional do SFH. O próprio caso concreto que ensejou o REsp. refere-se a uma apólice privada (ramo 68) e não pública (ramo 66). Além disso, foi ajuizada antes do advento das leis nº 12.409/2011 e 13.000/2014 que influíram substancialmente no sistema de seguro habitacional do SFH e que hoje integram as discussões nessa modalidade de demanda. De modo que, o fato de a tese do STJ ter sido fixada em recurso repetitivo não pode constituir óbice para que as instâncias inferiores, enxergando uma situação diversa no caso concreto, com discussões mais amplas sobre novas leis não discutidas no repetitivo, adotem novas posições, com novos fundamentos e em sentido diverso ao adotado pelo STJ que, aliás, ainda não transitou em julgado.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi possível extrair da sistemática adotada no SH/SFH, é que sempre houve recursos públicos a garantir o seu equilíbrio, seja através do extinto BNH, do IRB, mediante empréstimos a Fundos Públicos, seja através do FCVS.

Verificou-se, ainda, que desde o início da década de 1990, os Fundos FESA e FCVS são operados conjuntamente e que desde 2010 o FESA foi definitivamente extinto, formando, hoje, um único fundo com o FCVS gerido pela CEF.

Ante a controvérsia acerca do possível interesse da CEF, na qualidade de gestora do FCVS, a alterar a competência para julgamento das demandas fundadas na extinta apólice do SH/SFH para a Justiça Federal, o posicionamento atual adotado no STJ é de que a CEF somente teria interesse nas demandas que discutissem a apólice do SH/SFH (ramo 66), contratadas no período compreendido entre a edição da Lei n° 7.682/1988 e a Medida Provisória n° 478/2009, desde que comprovasse a escassez do FESA e a possibilidade de comprometimento do FCVS, todavia somente na qualidade de assistente simples, recebendo os autos na situação que os encontrasse.

Ocorre que a solução da controvérsia não passa por uma questão meramente jurídica ou processual. Há de se considerar a realidade fática que, legal ou não, ética ou não, adequada ou não, foi a desenvolvida para o sistema de seguro habitacional do SFH. Não se pode querer decidir a matéria sem levar em conta que as apólices públicas sempre contaram com garantia do erário; que FESA e FCVS já não existem separadamente, mas formam uma única conta; que as seguradoras já não operacionalizam as apólices do SFH, sendo da CEF toda a responsabilidade pela arrecadação de prêmios, verificação de sinistros e pagamento das indenizações; ou que o FCVS tem suportado todas as condenações judiciais sofridas pelas seguradoras demandadas. Não há como manter, diante disso, a distinção entre apólices públicas, nos moldes traçados pela decisão do segundo embargo declaratório, de relatoria para redação do acórdão da Ministra Nancy Andriighi, fundadas em premissas que fogem completamente da realidade do sistema de seguro do SFH, além violar o princípio constitucional da igualdade, criando situação de desigualdade para situações iguais, não previstas em lei. A única distinção legalmente cabível entre apólices de seguro habitacional do SFH é aquela que discrimina as apólices em pública (SH/SFH) e privada (AM/SFH).

Das posições até hoje adotadas pelo STJ, a que parece mais coerente com a sistemática do SH/SFH e com as novas leis editadas pelo Congresso Nacional, é aquela tomada em sede dos primeiros embargos de declaração, na relatoria da Ministra Isabel Gallotti, com base na qual a CEF interviria nas demandas ajuizadas perante os juízos estaduais, as quais seriam remetidas para a Justiça Federal, com base no artigo 109, I da CF, a quem caberia, a princípio, com

base na súmula 150/STJ, a verificação desse interesse e o desmembramento dos processos relativos às apólices de mercado que retornariam ao juízo estadual. Entretanto, a fim de evitar prejuízos para os mutuários quanto à remessa dos autos para a Justiça Federal e posterior retorno de autos desmembrados, a nova Lei nº 13.000/14, em seu artigo 1-A, § 8º, possibilitou ao próprio juízo estadual realizar o desmembramento, com a remessa para a Justiça Federal, apenas das demandas envolvendo as apólices públicas.<sup>42</sup> A nova Lei nº 13.000/14 também autorizou a CEF a realizar, na instância federal, acordos judiciais com os mutuários demandantes o que também favoreceria a solução desses conflitos.

Por outro lado, a se manter a atual posição no STJ, a CEF permanecerá sem intervir nos feitos, uma vez que a prova de escassez de recursos do FESA e possível comprometimento do FCVS exigida da CEF é um tanto subjetiva, já que, na prática, os relatórios anuais do FCVS, os quais demonstram o déficit do fundo, a extinção do FESA e o pagamento de condenações judiciais nas demandas securatórias pelo FCVS, não têm sido suficientes como instrumento probatório, mas continuará a pagar administrativamente pelas condenações judiciais e ônus da sucumbência.

Desse modo, sugestões como a desafetação do REsp 1.091.363/SC, já aventada no próprio STJ, se mostra razoável, na hipótese, ou mesmo a reavaliação do entendimento majoritário da Corte, com vistas a resguardar os interesses dos mutuários e mesmo do erário, através da participação da CEF nos feitos.

42 § 8º- Caso o processo trate de apólices públicas e privadas, deverá ocorrer o desmembramento do processo, com a remessa à Justiça Federal apenas dos pleitos fundados em apólices do ramo público, mantendo-se na Justiça Comum Estadual as demandas referentes às demais apólices.

## REFERÊNCIAS

ANTOLINI, Tiago Johnson Centeno. **Financiamento Habitacional. Dicas e Sugestões**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010 (1ª reimpressão: 2010)

ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação: Uma Análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema**. 3ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luís Aureliano Gama de. **Habitação e Poder: Da Fundação da Casa Popular ao Banco Nacional de Habitação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

BEZERRA, Fábio Luiz de Oliveira Bezerra. **Técnicas de Conciliação em Sistema Financeiro de Habitação**. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/downloads/ArtigoTecnicasConciliarSFH.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

CUPELLO, Pablo Ambrósio. **Marketing de Serviço no Seguro Habitacional**. Disponível em: <[http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/K219536.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K219536.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2014.

DE PIERI, Ângela Maria Cesconetto. **A Competência Jurisdicional em Ações de Seguro Habitacional**. Disponível em: <<http://sisibib01.univali.br/pdf/Angela%20Maria%20Cesconetto%20de%20Pieri.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

DURIGAN, Paulo Luiz. **SFH: A Prática Jurídica**. Disponível em: <<http://www.paulo.durigan.com.br/artigos/sfh.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação**. 13ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007 (2ª reimpressão: 2013).

GRANJA, Paulo Roberto Santos. **Modelo para Avaliação do Custo Burocrático do FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais): Um Estudo de Caso.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3856/pgranja.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas Federais de Habitação no Brasil: 1964/1999.** Disponível em: <[http://ftp.unisc.br/portal/upload/com\\_arquivo/politicas\\_federais\\_de\\_habitacao\\_no\\_brasil\\_\\_1964\\_1998.pdf](http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/politicas_federais_de_habitacao_no_brasil__1964_1998.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2014.

# CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE

Julieth Cristina Guanabara Cavalcanti<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente estudo possui o objetivo de investigar quais os critérios objetivos utilizados pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Norte para decidir as lides relativas ao controle judicial de políticas públicas de saúde. Nesse sentido, o presente artigo fornece um panorama geral sobre a judicialização, o ativismo judicial, o controle judicial de políticas públicas de saúde e a tutela do direito à saúde no ordenamento brasileiro. Posteriormente, apresenta os resultados obtidos na pesquisa empírica empreendida, na qual foram verificados todos os processos da Corte potiguar do ano de 2013 sobre o assunto, bem como faz uma análise crítica dos mencionados resultados, visando a contribuir para que a comunidade jurídica reflita sobre a importância da adoção de critérios objetivos para a concessão judicial de serviços públicos de saúde.

**Palavras-chave:** Saúde. Políticas Públicas. Poder Judiciário.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são classicamente definidos como instrumentos que visam a proteger os cidadãos perante a ação do Estado. A doutrina constitucionalista hodierna costuma dividi-los em “dimensões”, esclarecendo que a passagem para uma nova dimensão não implica que a anterior foi abandonada, de modo que todas as dimensões podem existir ao mesmo tempo, em uma dada sociedade. Assim, com amparo no lema da Revolução Francesa, os direitos fundamentais são divididos em direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade.

Com a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito, surgiram os direitos de 1ª dimensão, que consagram as liberdades individuais, demandando uma postura absenteísta do Estado. Posteriormente, com o advento da Revolução Industrial, surgem os direitos de 2ª dimensão, protegendo os direitos sociais,

1 Especialista em Residência Judicial (Pós-Graduação *Lato Sensu*) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) em parceria com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn). Bacharela em Direito pela UFRN. Analista Judiciária (Área Judiciária do Tribunal Regional Federal da 5ª Região).

culturais e econômicos (direitos de igualdade). Tais normas constituem-se em direitos de conteúdo prestacional, que exigem uma conduta positiva por parte do Estado e, portanto, um grande gasto de recursos públicos. Por fim, com a origem da sociedade de massa, em que há grande desenvolvimento científico e tecnológico, surgiram os direitos de 3ª dimensão (direitos de solidariedade), os quais consistem em direitos transindividuais, que se preocupam com a proteção do gênero humano<sup>2</sup>.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi bastante pródiga no reconhecimento de direitos sociais, inserindo-os na ordem jurídica brasileira como direitos fundamentais. Um desses direitos foi o direito à saúde, o qual, consoante o art. 196, é um direito de todos e dever do Estado e será garantido mediante políticas-públicas que visem ao acesso universal e igualitário da população às suas ações e serviços.

Desse modo, por ser um direito social fundamental dependente de políticas públicas para ser implantado, o Estado, em virtude da escassez de recursos públicos, não consegue atender toda a demanda social. Por esse motivo, a cada dia, cresce a quantidade de ações judiciais que requerem a efetivação das políticas públicas de saúde, fazendo com que o Poder Judiciário, adotando uma postura ativa, atue em seara que tradicionalmente não lhe caberia intervir, isto é, nas políticas públicas desenvolvidas pelos poderes Legislativo e Executivo.

Nessa toada, tendo em vista a atual relevância do tema e a impossibilidade de se analisar a jurisprudência de todos os tribunais brasileiros, o presente estudo almeja investigar quais os critérios objetivos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) para decidir os processos que tratam do controle judicial de políticas públicas de saúde no ano de 2013.

Com efeito, a pesquisa em comento mostra-se de grande importância, tanto no plano teórico como no plano prático, oferecendo uma contribuição para o desenvolvimento dos trabalhos da comunidade jurídica potiguar, bem

2 A doutrina constitucionalista ainda menciona outras dimensões, sem haver, no entanto, uma divisão sedimentada. Os direitos de 4ª dimensão, geralmente, são considerados os direitos referentes à engenharia genética ou direitos ligados à globalização política. Por sua vez, os direitos de 5ª dimensão são normalmente considerados direitos ligados à paz, decorrentes da democracia participativa.

como para a produção de conhecimento jurídico-científico no Brasil, a partir da reflexão gerada pelos resultados produzidos pela pesquisa empírica.

O estudo em tela buscará discorrer, em linhas gerais, acerca da judicialização, do controle judicial de políticas públicas e do ativismo judicial, como fenômenos recentes encontrados no Poder Judiciário; abordar a tutela da saúde no direito brasileiro; explicar detalhadamente a metodologia utilizada na pesquisa empírica empreendida; apresentar os resultados encontrados; e analisar criticamente tais resultados, objetivando suscitar a reflexão sobre o controle judicial de políticas públicas de saúde.

Nesse sentido, serão realizadas análises doutrinárias, seguindo a linha de Daniel Sarmiento, e jurisprudenciais, de forma a respaldar a pesquisa empreendida. A doutrina abará o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, justificando-se tal seleção pela abordagem das temáticas do Poder Judiciário, do direito à saúde e do controle judicial de políticas públicas. Nesse diapasão, o substrato doutrinário será investigado em artigos científicos e monografias específicas e, de forma complementar, em obras didáticas.

Por fim, a pesquisa realizada, além de ter cunhos quantitativo e qualitativo, possui níveis regional e exploratório, tendo sido realizada na cidade de Natal/RN, a qual se mostrou plenamente viável à execução da proposta de estudo.

## **2 JUDICIALIZAÇÃO, CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL**

Tradicionalmente, as discussões e decisões inerentes às questões que possuem grandes consequências políticas e sociais são atribuídas aos Poderes Executivo e Legislativo. Dessa forma, compete a esses Poderes escolher os temas a serem tratados, discuti-los e decidi-los. No entanto, ultimamente, as discussões e decisões referentes a tais questões vêm sendo realizadas pelo Poder Judiciário. A esse novo fenômeno, dá-se o nome de judicialização.

Nesse sentido, a judicialização consiste em um fato, o qual ocorre não só no Brasil, mas nos mais diversos países. De acordo com Barroso (2009, p. 3-4), em solo pátrio, a judicialização possui três grandes causas, quais sejam: a) a redemocratização do país, com a superveniência da Constituição de 1988, a

qual resgatou as garantias da magistratura, transformando o Poder Judiciário em um verdadeiro poder político; b) a constitucionalização abrangente, que tornou constitucionais matérias que antes eram discutidas somente na seara política, tornando-as potenciais pretensões jurídicas; e c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que leva aos tribunais praticamente todas as matérias politicamente relevantes.

Por sua vez, as políticas públicas, conforme Medeiros e Ramos (2011, p. 18), são regras criadas por uma autoridade pertencente ao quadro estatal, mediante um processo que enseje escolhas coletivas e racionais de prioridades com vistas a definir assuntos de interesse público reconhecidos pelo ordenamento jurídico, e que busquem influenciar, modificar e regular o comportamento das pessoas por meio de sanções negativas ou positivas. A rigor, a política tem papel determinante nesse processo, mormente na definição da agenda, na identificação das opções existentes, na avaliação das políticas públicas e na sua seleção (MEDEIROS; RAMOS, 2011, p. 19).

A Constituição Federal de 1988, antecedendo-se às escolhas dos governantes, inseriu na agenda pública temas que outrora não recebiam atenção dos gestores, sendo pródiga na previsão de diversos direitos sociais. No entanto, as aludidas previsões constitucionais não encerram o processo de implementação das políticas públicas, as quais devem receber atenção dos governantes para serem efetivadas na sociedade. Tais normas são consideradas pela doutrina constitucionalista como programáticas, ou seja, normas que traçam os princípios e diretrizes a serem cumpridos, não regulando direta e imediatamente os interesses envolvidos.

Entretanto, muitos dos direitos sociais previstos na CF/88 ainda não foram implantados no âmbito social, ou o foram deficientemente, fazendo com que o Poder Judiciário seja frequentemente acionado para combater essas omissões. Tal necessidade de movimentar o Judiciário enseja o controle judicial de políticas públicas, o qual consiste em uma forma de o Poder Judiciário examinar os mais importantes fins estatais, a partir da consideração das opções políticas e dos valores em jogo (BARROS, 2006, p. 153).

As citadas demandas exigiram dos magistrados uma postura mais ativa, adentrando na seara das políticas públicas, com vistas a conferir efetividade aos

direitos sociais fundamentais encartados na CF/88. Essa nova postura proativa da magistratura, interpretando o sentido e ampliando o alcance das normas constitucionais, chama-se ativismo judicial.

A antítese dessa nova postura é a auto-contenção judicial, a qual consiste em uma conduta do Poder Judiciário que objetiva diminuir a sua interferência nos âmbitos dos outros poderes (BARROSO, 2009, p. 7). Tal postura de auto-contenção era utilizada pela magistratura brasileira até a edição da CF/88. Contudo, após a edição da mencionada Constituição, os juízes brasileiros passaram a adotar o ativismo, como forma de garantir a aplicação dos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, conferindo-lhes efetividade quando tais normas não são devidamente respeitadas pelo Estado<sup>3</sup>.

Após as considerações acima realizadas e, de acordo com a pesquisa empreendida neste trabalho, verifica-se que o Poder Judiciário, no exercício do controle judicial das políticas públicas de saúde, e adotando uma postura ativa, está julgando as opções escolhidas administrativamente acerca da alocação dos recursos públicos na área da saúde, redesenhando o processo de elaboração das aludidas políticas nessa seara.

### 3 A TUTELA DA SAÚDE NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Posteriormente à forte pressão da sociedade, a qual clamava por uma política pública de saúde eficiente e que atendesse às necessidades da população, o constituinte de 1988 elevou o direito à saúde à condição de direito social fundamental (DALLARI, 2006, p. 253-254). Assim, a novel Carta instituiu a saúde como direito de todos e dever do Estado, bem como favoreceu os princípios do

3 “É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. [...] Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes” (CAPPELLETTI, 1993, p. 42).

acesso universal, da equidade e da integralidade<sup>4</sup>. Dessa forma, a intenção da CF/88 era formular um sistema de saúde que não contivesse as vicissitudes do anterior, o qual era excludente e privilegiava a medicina curativa.

Da leitura do art. n° 196 da Constituição, depreende-se que o direito à saúde possui a sua garantia condicionada à elaboração de políticas públicas pelos governantes. Nesse sentido, parte da doutrina entende que tal norma classifica-se como programática, ou seja, não possui aplicação direta e imediata. Outra parte entende que, por ser um direito social fundamental, o direito à saúde não é uma norma programática, possuindo aplicação imediata, consoante dispõe o art. 5º, §1º, da CF/88.

Por sua vez, o art. 198, *caput*, da mesma Constituição instituiu o SUS, estabelecendo as diretrizes a serem seguidas no desenvolvimento das ações e serviços públicos de saúde. Já os parágrafos do mencionado dispositivo estabeleceram as formas de seu financiamento, dispondo, o §3º, que o modo de repartição das receitas será definido mediante Lei Complementar, com vistas a reduzir progressivamente as diferenças regionais.

Por fim, a CF/88, além de declarar que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199), atribuiu diversas responsabilidades ao SUS, as quais estão discriminadas no art. 200.

Infraconstitucionalmente, a disciplina do SUS ficou sob a responsabilidade das Leis n° 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e o funcionamento dos serviços correspondentes, e n° 8.142/90, que dispõe acerca da participação da comunidade na sua administração, bem como das transferências intergovernamentais de recursos na área da saúde.

Nesse sentido, estabelece a Lei Orgânica da Saúde, no seu art. 5º, que o SUS possui os seguintes objetivos: a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde, a formulação de política de saúde destinada a promover a redução de riscos de doenças e de outros agravos e o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a assistência às pessoas, com

4

Os princípios finalísticos do SUS serão explicados detalhadamente no tópico 6.

a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. Finalmente, o art. 7º da Lei nº 8.080/90 estabelece os princípios norteadores do SUS.

Em suma, percebe-se a imensa gama de atribuições conferidas ao SUS tanto pela CF/88 como pela legislação infraconstitucional, fazendo com que os gestores em todos os níveis da federação precisem atuar com bastante zelo na aplicação prioritária dos recursos escassos dos quais os entes públicos dispõem para a prestação de serviços públicos de saúde.

#### 4 METODOLOGIA

O presente estudo, inicialmente, pretendia realizar uma pesquisa empírica acerca do controle judicial de políticas públicas de saúde na primeira instância do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na comarca de Natal, no ano de 2013, abrangendo as 5 (cinco) Varas da Fazenda Pública e os 2 (dois) Juizados Especiais da Fazenda Pública. No entanto, descobriu-se que o sistema utilizado pelo Poder Judiciário potiguar (Sistema de Automação da Justiça - SAJ) nem sempre cadastrava os processos por assunto corretamente, de modo que seria necessária a verificação de todos os processos cadastrados sob uma rubrica somente para se descobrir quantos processos existem sobre políticas públicas de saúde em determinada Vara.

Explicando melhor: no 1º Juizado Especial da Fazenda Pública, por exemplo, por volta de quatro mil processos estão cadastrados sob a rubrica “obrigação de fazer”, de modo que seria necessária a investigação de todos eles para saber quais tratariam sobre o controle de políticas públicas da saúde. Desse modo, em decorrência do curto tempo, a pesquisa em primeira instância seria inviável.

Nesse diapasão, foi proposta a mesma pesquisa, porém, em segunda instância, de modo que fossem analisadas as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte a respeito do controle judicial de políticas públicas de saúde no ano de 2013, a qual se mostrou viável relativamente ao tempo.

Cabe destacar que foi escolhido o ano de 2013 para a análise dos julgados, tendo em vista tanto o tempo disponível para a realização da pesquisa, como também o fato de que o entendimento do Tribunal já estaria maduro o suficiente sobre o assunto, de forma que os dados obtidos representariam o

entendimento solidificado da Corte potiguar sobre o controle judicial de políticas públicas de saúde.

Assim, foram realizadas pesquisas no banco de dados eletrônico de jurisprudência do TJRN, o qual se encontra no sítio eletrônico <http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/>. No campo “Ementa” foram colocadas as seguintes palavras-chave: “saúde poder público” e “saúde Estado”, de forma a tentar excluir os processos que tratassem sobre planos de saúde privados.

Nesse sentido, nas duas buscas empreendidas, foram encontrados 296 (duzentos e noventa e seis) processos. Desse total, 75 (setenta e cinco) foram repetidos na segunda busca e 109 (cento e nove) não se aplicavam ao tema de controle judicial de políticas públicas de saúde. Dessa maneira, excluindo os mencionados processos, foi utilizado um total de 112 (cento e doze) processos na pesquisa.

Na análise, foram feitas tabelas em que constavam o nome e o número dos processos, o órgão responsável pelo seu julgamento, a data do julgamento, quem representava o requerente (Advogado particular, Defensoria Pública ou Ministério Público), qual era o ente público participante do processo, o motivo do recurso/ação, as alegações do Poder Público, a decisão judicial em relação ao parecer da Procuradoria de Justiça e os fundamentos da decisão do Tribunal.

## **5 RESULTADOS DA PESQUISA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO ANO DE 2013**

### **5.1 ASPECTOS GERAIS**

Inicialmente, cumpre pontuar alguns aspectos gerais acerca da pesquisa. No ano de 2013, 53,57% (cinquenta e três vírgula cinquenta e sete por cento) dos processos analisado pelo TJRN sobre controle de políticas públicas da saúde foram instaurados por advogados, 26,78% (vinte e seis vírgula setenta e oito por

cento) pela Defensoria Pública Estadual e 17,85% (dezessete vírgula oitenta e cinco por cento) pelo Ministério Público Estadual<sup>5</sup>.

Posteriormente, verificou-se que 58,92% (cinquenta e oito vírgula noventa e dois por cento) dos processos pleiteavam medicamentos, 11,60% (onze vírgula sessenta por cento) requeriam a suspensão do bloqueio de verbas públicas, 10,71% (dez vírgula setenta e um por cento) pugnavam pela realização de procedimentos cirúrgicos, 2,67% (dois vírgula sessenta e sete por cento) pleiteavam a realização de exames médicos e 1,78% (um vírgula setenta e oito por cento) pugnava por medicamentos e procedimentos cirúrgicos conjuntamente. A mesma porcentagem (1,78%) requeria serviços de saúde em penitenciárias e, ainda, o mesmo número pleiteava leitos de UTI. Os demais pedidos, os quais isoladamente não possuíam relevância em termos numéricos, representam 11,60% (onze vírgula sessenta por cento) dos processos analisados.

Em seguida, verificou-se que 34,82% (trinta e quatro vírgula oitenta e dois por cento) dos processos chegavam ao Tribunal porque a decisão de 1º grau determinou ao vencido fornecimento do medicamento requerido, em sede de sentença ou de antecipação de tutela, 23,21% (vinte e três vírgula vinte e um por cento) eram motivados por decisões monocráticas da relatoria que negaram provimento à apelação cível ou à remessa necessária, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil (CPC), 9,82% (nove vírgula oitenta e dois por cento) eram justificados pelo sequestro de valores deferidos por decisões de primeiro grau, 8,92% (oito vírgula noventa e dois por cento) porquanto a decisão de 1º grau condenou o ente público a realizar procedimento cirúrgico e a fornecer medicamentos e demais procedimentos necessários, 3,57% (três vírgula cinquenta e sete por cento) das ações eram motivadas por ato ilegal do Secretário de Saúde, consistente no não fornecimento de medicamento essencial à vida de quem estava pleiteando a medicação, 2,67% (dois vírgula sessenta e sete por cento) justificaram-se no fato de que o juízo de 1º grau condenou o apelante a fornecer ao apelado o tratamento de saúde requerido, e 1,78% (um vírgula setenta e oito por cento) foram motivados pela determinação do juízo de 1º

5 Na pesquisa empreendida, 1,78% (um vírgula setenta e oito por cento) dos processos não informavam quem ajuizou a demanda, se um Advogado particular, a Defensoria Pública ou o Ministério Público.

grau para que o Estado do Rio Grande do Norte fornecesse serviços de saúde em penitenciárias. Os outros processos, os quais perfizeram 15,17% (quinze vírgula dezessete por cento) das causas analisadas, tinham motivos diversos que, isoladamente, não possuíam importância numérica.

Continuando a pesquisa, constatou-se que 100% (cem por cento) dos processos foram julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte em desfavor do poder público<sup>6</sup>, bem como que, em 73,32% (setenta e três vírgula trinta e dois por cento) dos processos, a decisão da citada Corte estava em consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, 1,78% (um vírgula setenta e oito por cento) estava em consonância parcial e 0,89% (zero vírgula oitenta e nove por cento) foram dissonantes do parecer ministerial<sup>7</sup>. Em 1,78% (um vírgula setenta e oito por cento) dos processos, a Procuradoria de Justiça se absteve de emitir opinião por ausência de interesse público, bem como em 23,21% (vinte e três vírgula vinte e um por cento), o acórdão não menciona a intervenção da Procuradoria de Justiça.

Realizadas essas considerações iniciais quanto à pesquisa empreendida, passemos à análise das demais características das decisões do TJRN que versam sobre o controle de políticas públicas de saúde, no ano de 2013.

## 5.2 ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO PODER PÚBLICO<sup>8</sup>

### 5.2.1 Legitimidade passiva *ad causam*

- 6 Essa análise foi realizada somente em relação ao controle de políticas públicas de saúde, porquanto os dois únicos processos que foram parcialmente favoráveis ao Poder Público, somente o foram no tocante à exclusão da condenação em honorários advocatícios em desfavor da Defensoria Pública Estadual.
- 7 Pela leitura dos acórdãos, no sítio eletrônico do TJRN, não é possível saber em relação a qual pedido ou fundamentação o Tribunal discordou do parecer da Procuradoria de Justiça.
- 8 Nessa análise, foram excluídas as Remessas Necessárias, pois, por não se tratarem efetivamente de recursos, mas de uma condição de eficácia da sentença, nem sempre o TJRN comentava as alegações do poder público em primeira instância. Ademais, torna-se imperioso informar que a análise dos argumentos utilizados pelo Poder Público foi realizada somente pelos relatórios dos acórdãos do TJRN, os quais relatam o caso de forma resumida, não sendo possível, assim, a análise aprofundada da argumentação utilizada pelos entes públicos.

Na pesquisa, constatou-se que, em 37,77% (trinta e sete vírgula setenta e sete por cento) do total de processos, os entes públicos alegaram a ilegitimidade passiva como questão prejudicial à análise dos recursos. Em 25,55% (vinte e cinco vírgula cinquenta e cinco por cento) dos processos, o Poder Público alegou a nulidade da sentença, em virtude da necessidade de litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado do Rio Grande do Norte e o Município onde reside o requerente.

Por sua vez, em 1,11% (um vírgula onze por cento) dos processos, os entes públicos afirmaram que a Justiça Federal de 1ª instância da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte entende que a União deve fornecer os recursos ao Estado com vistas à compra específica de medicamentos oriundos de decisão judicial, devido à corresponsabilidade existente entre os entes estatais.

### 5.2.2 Princípios que norteiam os casos

Em relação aos princípios mencionados pelo Poder Público como violados com a efetivação do controle judicial das políticas públicas de saúde, em 38,88% (trinta e oito vírgula oitenta e oito por cento) do total de processos, constaram a ofensa ao princípio da reserva do possível, em 34,44% (trinta e quatro vírgula quarenta e quatro por cento) dos processos foi alegada a violação ao princípio da legalidade orçamentária e em 20% (vinte por cento) dos processos, afirmou-se a ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Por fim, o Poder Público alegou a violação ao princípio da autonomia do ente estatal para definir sua política social em 7,77% (sete vírgula setenta e sete por cento) dos processos e a violação ao princípio da saúde como obrigação genérica do Estado em 4,44% (quatro vírgula quarenta e quatro por cento) dos processos. A invocação à violação de outros princípios fez o total de 4,44% (quatro vírgula quarenta e quatro por cento), mas, isoladamente, não possui relevância numérica.

### 5.2.3 Sequestro de verbas públicas

Já em relação ao sequestro de verbas públicas para o cumprimento de decisões judiciais concernentes ao controle de políticas públicas de saúde, dos 13

(treze) processos em que se requeriam a sua suspensão (11,60% do total de processos), o Poder Público alegou, em 46,15% (quarenta e seis vírgula quinze por cento) deles, que o bloqueio não recaiu sobre as verbas da saúde, atingindo pastas de diversas outras áreas. Em 30,76% (trinta vírgula setenta e seis por cento) dos casos, o Poder Público defendeu que a decisão causa grave lesão à ordem administrativa originada pela indevida intervenção nas finanças do Estado, havendo o perigo de dano irreparável inverso para o ente público, bem como que tal ordem carece de previsão legal, uma vez que a CF/88 somente permitiu o sequestro de verbas públicas nos casos de preterição no pagamento de precatórios ou nas hipóteses de não alocação orçamentária suficiente para satisfação do crédito, não podendo o CPC, na qualidade de lei ordinária, criar hipótese não prevista constitucionalmente.

Em 30,76% (trinta vírgula setenta e seis por cento) dos processos, os entes estatais alegaram que o bloqueio de valores dos cofres públicos representa grande risco para a economia pública e para a população. Já, em 23,07% (vinte e três vírgula sete por cento) dos casos, o Poder Público atentou para a gravidade do efeito multiplicador das tutelas, malgrado os valores bloqueados, à primeira vista, não fossem lesivos aos cofres públicos.

Ainda, em 15,38% (quinze vírgula trinta e oito por cento) dos processos, o Poder Público afirmou a impossibilidade de execução provisória em face da Fazenda Pública, respaldado pelo art. 100 da CF/88, e que a possibilidade de múltiplos bloqueios por diversos juízos inviabilizaria a gestão administrativa de recursos públicos, a qual cabe somente ao Poder Executivo.

As outras argumentações relativas ao bloqueio de verbas públicas, irrelevantes do ponto de vista numérico, perfizeram o total de 23,07% (vinte e três vírgula sete por cento) dos processos.

## 5.2.4 Medicamentos e procedimentos cirúrgicos

Dos 80 (oitenta) processos analisados relativamente aos medicamentos e procedimentos cirúrgicos, em 21,25% (vinte e um vírgula vinte e cinco por cento) dos casos, o poder público afirmou que não há jurisprudência consolidada acerca da obrigação de fornecer medicamentos e procedimentos cirúrgicos,

tendo sido reconhecida, quanto aos medicamentos, a existência de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no RE nº 566.471/RN, relativamente à assistência de medicamentos de alto custo pelo Poder Público. Ademais, em sede de suspensão de segurança, a Suprema Corte suspendeu a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0-TJ/RN (SS nº 3073/RN), o qual tratava de fornecimento de medicamentos à população hipossuficiente. Dessa forma, as decisões atacadas não estariam em conformidade com a atual jurisprudência do STF.

Já em 20% (vinte por cento) dos casos, o Poder Público alegou que não cabe ao autor escolher qual o tratamento mais adequado para a cura da sua doença, sendo suficiente que a Administração forneça medicamento adequado, havendo, assim, a violação ao art. 196 da CF/88 e ao art. 244 do Código Civil de 2002 (CC/02). Dessa forma, afirma que o requerente somente pode se insurgir contra a escolha feita pelo ente público se comprovar que o medicamento é inócuo ou da pior qualidade. O Poder Público afirma, ainda, que, quando for pleiteado medicamento de alto custo, o requerente deve apresentar prova inequívoca de que tal medicamento é o único eficaz ao seu tratamento.

Por sua vez, em 8,75% (oito vírgula setenta e cinco por cento) dos processos, a Administração Pública alega a ausência de previsão do medicamento no Componente Especializado de Assistência Farmacêutica – CEAF e que a elaboração de tal lista é de competência da União, cabendo a esta a responsabilidade pela omissão, bem como que o medicamento não está na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, de forma que o ônus financeiro recairá totalmente sobre o ente demandado, ferindo o art. 198, §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal de 1988.

Ademais, em 6,25% (seis vírgula vinte e cinco por cento) dos casos, o Poder Público aduz que não há previsão constitucional que obrigue o Estado a fornecer o medicamento solicitado, sendo o aludido fornecimento ato discricionário da Administração. Por fim, em 3,75% (três vírgula setenta e cinco por cento) dos casos, a Administração afirmou que não é todo tipo de medicamento que deve ser fornecido pelo SUS, somente aqueles indispensáveis à manutenção da vida, sob pena de desvalorizar a sua função e prejudicar as finanças públicas. Na mesma porcentagem, os entes públicos alegaram que a decisão combatida

golpeia a ordem administrativa, na medida em que o Poder Público é compelido a fornecer todo e qualquer medicamento solicitado fora da lista elaborada pelo órgão competente da Administração.

## 5.2.5 Outros argumentos utilizados

Finalmente, os outros argumentos utilizados pelo Poder Público para combater as ações de controle de políticas públicas de saúde pelo Poder Judiciário foram, em 7,77% (sete vírgula setenta e sete por cento) do total de processos, que o administrador não possui recursos infinitos na escolha de políticas públicas de saúde, de forma que não tem condição de arcar com o tratamento médico de todos os cidadãos, porquanto não possui previsão orçamentária para tanto, fato que diminui a verba para a prestação de serviços de saúde ao restante da população; e em 2,22% (dois vírgula vinte e dois por cento) dos casos que as normas constitucionais que asseguram a saúde (arts. 196 e 198, inciso II) são programáticas, de modo que não podem obrigar os entes públicos a garantirem a todos os cidadãos o melhor medicamento ou tratamento médico.

## 5.3 FUNDAMENTOS DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE<sup>9</sup>

### 5.3.1 Aspectos gerais sobre o direito à saúde

Relativamente ao direito à saúde, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte alegou, em 37,05% (trinta e sete vírgula cinco por cento) do total de processos, que, consoante os arts. 5º e 6º da CF/88, a saúde é direito do cidadão e dever do Estado, de modo que o art. 196 dispõe que incumbe aos entes municipais e estaduais a prestação de assistência ao cidadão que se encontre aco-

9 Importante ressaltar que a apresentação a seguir dos citados fundamentos não dividiu a sua análise pelo órgão que julgou o processo, tendo em vista a notória uniformidade de entendimento no TJRN quanto às questões versadas nas decisões. A exceção ocorreu na fundamentação relativa à violação ao art. 244 do CC/02, nos casos de condenação do Poder Público ao fornecimento dos medicamentos requeridos, a qual apresentou divergência entre os órgãos julgadores.

metido de moléstia grave, cujo tratamento não tem condições de pagar. Ainda afirmou que, de acordo com os arts. 6º e 196 da Constituição Federal, 8º e 126 da Constituição Estadual do Rio Grande do Norte e 2º da Lei nº 8.080/90, o Estado tem o dever de garantir a saúde de todos, devendo prestar a assistência necessária aos que necessitam de medicamentos imprescindíveis à sua vida, se os cidadãos não podem custeá-los. Afirma, ainda, que a execução da assistência à saúde deve ocorrer de forma universal e integral, incluindo tratamentos farmacêuticos e terapêuticos, em todos os seus níveis de complexidade, abrangendo a assistência domiciliar, quando recomendado.

Em 15,17% (quinze vírgula dezessete por cento) do total de processos, o Tribunal afirmou que a proteção à inviolabilidade à vida e à saúde deve prevalecer sobre qualquer interesse do Estado, pois, ao contrário, os demais interesses estatais ficam sem importância ou proveito. Em 13,39% (treze vírgula trinta e nove por cento) do total de julgados, verificou-se que o Tribunal afirma que a Lei nº 8.080/90 reforça a obrigação do Estado em aplicar recursos mínimos para a promoção e proteção da saúde. Já, em 11,60% (onze vírgula sessenta por cento) dos casos, o TJRN aduziu que a saúde é um direito público subjetivo indisponível assegurado a todos e consagrado no art. 196 da CF/88.

Por sua vez, em 5,35% (cinco vírgula trinta e cinco por cento) dos processos, constatou-se que a Corte Estadual considera que a ausência de fornecimento do medicamento pleiteado ofende o dever constitucional de garantia do direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana, eis que este direito não pode ser relativizado, mormente quando o requerente é pessoa hipossuficiente.

### 5.3.2 O direito à saúde como norma programática

Na pesquisa empreendida, constatou-se que, em 35,71% (trinta e cinco vírgula setenta e um por cento) do total de processos analisados, o TJRN verificou se as normas que dispõem acerca do direito à saúde da população são normas programáticas. Em todos esses julgados, a Corte potiguar afirmou que as normas mencionadas não são programáticas, mas autoaplicáveis, não cabendo, portanto, ao Poder Público decidir de forma discricionária a política pública a ser adotada. Por tal motivo, a Corte Estadual afirma que o Estado (*lato sensu*)

deve implementar políticas públicas aptas a garantir efetivamente o direito à saúde de forma digna e eficaz.

### 5.3.3 Solidariedade entre os entes federativos

Relativamente à solidariedade entre os entes federativos em matéria de prestação de serviços de saúde, o TJRN analisou 89 processos, o que corresponde a 79,46% (setenta e nove vírgula quarenta e seis por cento) do total dos casos.

Em todos eles, a Corte potiguar decidiu que o art. 196 da CF/88 dispõe que a obrigação de prestação de ações que objetivem a preservação da saúde da população é solidária entre os entes federativos, uma vez que se referiu ao Estado de forma ampla. Essa solidariedade também pode ser inferida a partir do art. 198, §1º, da aludida Constituição, uma vez que tal norma estabelece que o SUS será financiado com recursos da seguridade social de todos os entes políticos, além de outras fontes. Dessa forma, os cidadãos necessitados podem acionar qualquer dos entes federativos.

Em 16,85% (dezesesseis vírgula oitenta e cinco por cento) das ações, a Corte Estadual afirmou que “não há subordinação, concorrência ou subsidiariedade entre as esferas estadual e municipal, respondendo qualquer delas pela efetividade do direito à saúde individual”. Já em 15,73% (quinze vírgula setenta e três por cento) dos processos analisados, a Corte potiguar aduziu que os entes federativos não são litisconsortes necessários, mas facultativos.

Por fim, em 2,24% (dois vírgula vinte e quatro por cento) dos processos, o Tribunal esclareceu que o STF, posteriormente ao reconhecimento da repercussão geral no RE nº 566.471/RN, decidiu que o requerimento de declaração de incompetência realizado pelo ente público é medida protelatória, que não possui nenhuma utilidade ao processo.

### 5.3.4 Princípios que regem a matéria

Quanto aos princípios que regem a matéria do controle de políticas públicas de saúde pelo Poder Judiciário, o TJRN verificou se houve a violação ao princípio da separação dos poderes em 40% (quarenta por cento) do total de pro-

cessos analisados. Em todos os julgados, a Corte Estadual afirmou que não houve a referida violação, adotando o posicionamento externado pelo STF, na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45/DF, de que é possível a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas sempre que houver inércia ou abusividade governamental.

Por sua vez, em 38,33% (trinta e oito vírgula trinta e três por cento) dos processos, a Corte potiguar verificou a possibilidade de ofensa ao princípio da legalidade orçamentária. Em todos os casos, afirmou a referida Corte que o controle judicial de políticas públicas de saúde não fere o mencionado princípio.

Já em 22,50% (vinte e dois vírgula cinquenta por cento) dos processos, o TJRN analisou a eventual violação ao princípio da reserva do possível. Em todos os casos, o Tribunal decidiu que não havia violação ao aludido princípio, argumentando que as normas referentes à saúde e ao direito fundamental à vida não podem deixar de ser implementadas pela simples argumentação de inviabilidade financeira, mormente quando a omissão resultar em aniquilação ou nulificação dos direitos fundamentais. A Corte Potiguar também ressaltou que o STF entende que não é possível a aplicação da teoria da reserva do possível quando a sua utilização não prestigiar o mínimo existencial do indivíduo, considerando que o Poder Público somente terá discricionariedade para efetivar gastos após atendido o mínimo existencial, onde se inclui o direito à saúde. O Tribunal também entende que não é possível a alegação de que os direitos sociais são limitados pela reserva do possível pelo fato de não serem direitos fundamentais inseridos no rol do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que o direito à saúde é consequência indissociável do direito à vida, devendo ser tratado com prioridade pela Administração Pública.

A outro turno, em 10,83% (dez vírgula oitenta e três por cento) dos processos analisados, a Corte Estadual verificou a possível ofensa ao princípio da autonomia estatal. Em todos os casos, o TJRN afirmou que não houve ofensa ao mencionado princípio, porquanto o legislador caracterizou as ações e serviços de saúde como prestações de relevância pública, dada a essencialidade do direito à saúde. Desse modo, não houve intromissão do Poder Judiciário na atividade administrativa, mas somente a prestação jurisdicional baseada em dispositivos legais e constitucionais.

Por fim, em 5% (cinco por cento) do total dos casos, o TJRN analisou a possibilidade de violação ao princípio da saúde como obrigação genérica do Estado. Em todos os processos, decidiu a referida Corte que não houve violação ao princípio retromencionado.

### 5.3.5 Medicamentos e procedimentos cirúrgicos

Dos 80 (oitenta) processos analisados sobre medicamentos e procedimentos cirúrgicos, somente 19 (dezenove) verificaram a violação ao art. 244 do CC/02, o que corresponde a 23,75% (vinte e três vírgula setenta e cinco por cento) desses processos. Em todos os 19 (dezenove) processos, foi decidido que não existe a referida violação, pelos seguintes motivos:

a) 6 (seis) julgados consideram que não houve violação ao mencionado dispositivo, pois a medicação pleiteada não foi arbitrariamente escolhida pelo requerente, mas antecedida de regular prescrição médica (cinco processos da 1ª Câmara Cível e um processo da 2ª Câmara Cível);

b) 8 (oito) julgados afirmam que deve ser reconhecida a supremacia da avaliação do profissional da Medicina, o qual é responsável pelo acompanhamento e tratamento do requerente (quatro processos da 2ª Câmara Cível, três processos da 3ª Câmara Cível e um do Tribunal Pleno); e

c) 5 (cinco) julgados consideram que, ao caso, não se aplica o art. 244 do CC/02, eis que a relação entre o Estado e o administrado é de natureza pública e as disposições do Código Civil possuem natureza totalmente privada (todos da 1ª Câmara Cível).

Dessa forma, percebe-se uma inconsistência na fundamentação utilizada pela 1ª Câmara Cível para refutar a violação ao art. 244 do CC/02, pois em 5 (cinco) processos aduziu que não houve ofensa ao mencionado dispositivo porque o medicamento foi antecedido por regular prescrição médica e em outros 5 (cinco) processos afirmou que não houve a aludida violação porque o Código Civil não se aplica ao caso.

Em seguida, constatou-se que em 11,25% (onze vírgula vinte e cinco por cento) dos processos, o Tribunal de Justiça considerou que, relativamente à SS nº 3073/RN do STF, a Ministra relatora explanou que os pedidos de suspensão são analisados isoladamente, não se estendendo os seus efeitos e suas razões a

outros casos. O TJRN informou também que em suspensões de segurança posteriores, o STF decidiu que os entes públicos deveriam continuar fornecendo os medicamentos, de forma que a jurisprudência utilizada pelo juízo de 1º grau não estava ultrapassada.

Posteriormente, em 2,05% (dois vírgula cinco por cento) dos casos, a Corte potiguar considerou que: a) o fornecimento do medicamento requerido na inicial é legitimado pela hipossuficiência do solicitante e pelo reconhecimento dos medicamentos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; b) de acordo com o art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, cabe à Administração Pública indicar outro medicamento com o mesmo princípio ativo para o tratamento da moléstia da parte requerente; e c) o reconhecimento pelo STF da repercussão geral em matéria de fornecimento de medicamento de alto custo pelo Poder Público afeta somente o exame de admissibilidade de futuros recursos extraordinários, mas não afasta o julgamento dessas demandas.

Finalmente, em 1,25% (um vírgula vinte e cinco por cento) dos processos, a Corte estadual decidiu que a substituição do medicamento é uma faculdade atribuída exclusivamente ao médico que acompanha o paciente, não podendo o ente público proceder a essa substituição.

### 5.3.6 Sequestro de verbas públicas

No tocante ao sequestro de verbas públicas, cumpre asseverar que, apesar de somente 13 (treze) processos tratarem de pedido de suspensão de bloqueio, 14 (quatorze) processos analisaram a legalidade do mencionado sequestro, uma vez que o Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.019827-8 analisa a possibilidade do bloqueio caso haja o descumprimento da obrigação de fazer.

Em todos os processos analisados, o TJRN considerou o sequestro de verbas públicas como medida legal apta a ser utilizada nos casos em que houver o descumprimento da obrigação de fazer imposta pelo Poder Judiciário. Consigna a referida Corte que o bloqueio é instrumento que privilegia os direitos à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana, sendo respaldada pelo art. 461, §5º, do CPC, o qual, conquanto não seja expreso a respeito da possibilidade

de sequestro de verbas públicas, deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor atendam ao caso concreto.

Afirmou-se, ainda, que a constatação de que o bloqueio tem destinação específica, por si só, não representa risco à economia pública nem à população, uma vez que objetiva o cumprimento de decisão judicial referente à prestação de serviço de saúde.

### 5.3.7 Outros fundamentos

Somente dois processos (1,78% do total) analisaram a legitimidade do Ministério Público para pleitear direito individual à saúde, por meio de Ação Civil Pública (ACP). Em ambos os casos, o TJRN afirmou que o direito à saúde é um direito indisponível e, dessa forma, como é função institucional do *Parquet* zelar pelo respeito dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais, sem distinção entre o caráter individual ou coletivo, ele detém legitimidade ativa para ajuizar ACP com vistas a obrigar o ente político a fornecer medicamento a pessoa individualizada.

Por sua vez, 12 (doze) processos (10,71% do total) analisaram a violação ao art. 37, inciso XXI, da CF/88, o qual trata da regra da licitação. Nesse tocante, em todos os processos, o TJRN considerou que não há ofensa ao citado dispositivo, porquanto as decisões judiciais determinaram o fornecimento do medicamento solicitado, não o modo de cumprimento da decisão judicial, a qual deve ser realizada com observância à Lei nº 8.666/93.

Já 3 (três) processos (2,67% do total) analisaram a possibilidade de relativização dos direitos fundamentais, sendo decidido em todos que, embora os direitos fundamentais possam ser relativizados, eles não podem ser alvo da discricionariedade da Administração no planejamento de políticas públicas.

## 6 ANÁLISE CRÍTICA DOS RESULTADOS DA PESQUISA: A DEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A CONCESSÃO DOS PEDIDOS

Após percuciente análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte acerca do controle judicial de políticas públicas de saúde, no

ano de 2013, chama atenção o fato de que 100% (cem por cento) das decisões judiciais foram em desfavor do Poder Público. Tal número, além do restante da pesquisa empreendida, demonstra que o único critério objetivo por parte do Poder Judiciário do Rio Grande do Norte para a concessão de ações e serviços públicos de saúde aos jurisdicionados é que o pedido seja acompanhado de apresentação de prescrição médica. Entretanto, é imperioso que seja feita uma reflexão sobre esse fato, pois a concessão de ações e serviços públicos de saúde tendo unicamente uma prescrição médica como requisito pode ter consequências negativas nas contas públicas, afetando a prestação de serviços desenvolvida pelo SUS<sup>10</sup>.

Segundo a CF/88, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Dessa forma, verifica-se que a disposição constitucional menciona os três princípios finalísticos do SUS: a universalidade, a integralidade e a equidade.

O princípio da universalidade consiste no acesso universal de toda a população às ações e serviços desenvolvidos pelo SUS. Entretanto, tal princípio é, ainda, um ideal a ser seguido, sendo necessária, para a sua concretização, a realização de um processo de universalização, o qual encontra barreiras jurídicas, econômicas, sociais e culturais para ser amplamente efetivado. Desse modo, os governos federal, estaduais e municipais necessitam ter uma grande quantidade de recursos para fazer com que os serviços públicos de saúde sejam expandidos para todo o país (TEIXEIRA, 2011, p. 3-4).

Já a equidade consiste em tratar os diversos grupos populacionais de forma diferente, na medida da sua desigualdade, com o objetivo de alcançar iguais oportunidades de sobrevivência e de desenvolvimento pessoal e social. Nessa toada, de acordo com Teixeira (2011, p. 5), o SUS procura, a partir das políticas públicas elaboradas pelo governo, conferir prioridade aos grupos sociais que possuem condições de vida mais precárias e reforçar determinadas ações de saúde para grupos que tenham riscos singulares de contrair doenças e virem a óbito (como

10 A presente pesquisa não busca investigar a legitimidade do controle das políticas públicas de saúde pelo Poder Judiciário, porquanto tem essa legitimidade como verdadeiro pressuposto para a garantia da aplicação do direito fundamental social à saúde aos cidadãos.

a população indígena, a LGBTTI, os negros, entre outros). Por sua vez, o princípio finalístico da integralidade objetiva proporcionar atenção integral à saúde dos cidadãos, abrangendo serviços de prevenção, promoção, assistência e recuperação da saúde.

Nesse diapasão, constata-se que o SUS, além de ainda não ter possibilidade de proporcionar o acesso universal a absolutamente toda a população, encontrando-se na fase de processo de universalização, precisa conferir tratamentos integrais e diferenciados, consoante as políticas públicas elaboradas pelos gestores.

Cumpra esclarecer que este estudo adota o posicionamento de que os direitos sociais são direitos *prima facie*, isto é, são direitos subjetivos de natureza principiológica<sup>11</sup>, e que a esses direitos aplica-se a teoria da reserva do possível<sup>12</sup>. No Brasil, a citada teoria divide-se em fática e jurídica. O conceito constitucionalmente adequado da reserva do possível fática, segundo Sarmiento (2010, p. 572) consiste na “razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”; já a reserva do possível jurídica baseia-se na presença de autorização orçamentária para a efetivação do gasto estatal.

A rigor, sabe-se que os recursos públicos são escassos (SILVA, 2010, p. 590), bem como que os direitos sociais, mormente os que possuem características de universalização, demandam recursos altíssimos para a sua concretização<sup>13</sup>. Desse modo, a efetivação dos aludidos direitos ficará subordinada aos limites impostos pelo desenvolvimento econômico de cada país, porquanto cada decisão que aloca recursos em uma determinada área desaloca esses mesmos recursos de outra área (SARMENTO, 2010, p. 555). Nessa senda, a escassez obriga o

11 De acordo com Robert Alexy (2008, p. 90-99), os princípios são mandados de otimização, que devem ser implementados no grau máximo possível, e sujeitam-se à ponderação, isto é, podem ser afastados se estiverem em conflito com outro princípio que apresente razões de maior valor.

12 Alguns autores, como Andreas J. Krell (apud SARMENTO, 2010, p. 570), não admitem a aplicação da reserva do possível em países pobres, pois tal fato tornaria os direitos sociais inócuos. Em sentido contrário, Sarmiento (2010, p. 570) acredita que o maior nível de pobreza da população exige a incidência da reserva do possível, pois a maior carência econômica torna a concretização de todos os direitos sociais impraticável.

13 A necessidade de recursos para a efetivação de direitos não é privilégio dos direitos sociais, exigindo também os direitos individuais e políticos custos, embora não tão altos, para a sua efetivação (nesse sentido, confira-se SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depend on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999).

Estado a se deparar com verdadeiras “escolhas trágicas”, isto é, com escolhas entre direitos igualmente legítimos e fundamentais (SARLET, 2009, p. 310).

Nesse diapasão, o presente estudo, na linha da doutrina de Sarmento (2010, p. 578), filia-se à concepção de que o conceito de reserva do possível aplica-se ao mínimo existencial<sup>14</sup>, o qual consiste em uma garantia a condições mínimas para a existência digna do homem.

Conforme preleciona Torres (2008, p. 313), o mínimo existencial faz parte do conceito de direitos fundamentais, exigindo prestações positivas por parte do Estado. Contudo, as barreiras de fato para assegurar o mínimo existencial aumentaram com a sua grande expansão no atual quadro constitucional brasileiro. A maior dessas barreiras são as políticas públicas que propõem acesso universal, as quais demandam um complexo planejamento orçamentário e uma vultosa quantidade de recursos por parte dos entes públicos. Nesse sentido, ensina Sarmento que:

Em suma, não me parece que o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização das prestações demandadas. Porém, entendo que quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido. Será praticamente impossível, por exemplo, justificar a não extensão do saneamento básico para uma determinada comunidade carente, quando o Poder Público estiver gastando maciçamente com publicidade ou obras faraônicas. Em outras palavras, a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do direito vindicado. Mas não existe um direito definitivo à garantia do mínimo existencial, imune a ponderações e à reserva do possível (grifos no original) (SARMENTO, 2010, p. 579).

14 De acordo com o citado autor, “Sem embargo, discordo daqueles que afirmam que o direito ao mínimo existencial é absoluto, não se sujeitando à reserva do possível. Infelizmente, em sociedades pobres, nem sempre é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas” (SARMENTO, 2010, p. 572).

Nesse contexto, por mais que a CF/88 tenha sido pródiga em estabelecer diversos direitos sociais fundamentais aos cidadãos, o Estado simplesmente não tem recursos suficientes para conferir eficácia de forma integral a todos eles, e, por esse motivo, elege o modo como as políticas públicas serão realizadas, após diversos e minuciosos estudos empreendidos por áreas interdisciplinares. Tal situação torna-se mais dramática no caso do direito à saúde, tendo em vista a sua indissociabilidade em relação ao direito à vida e a facilidade de considerá-lo, em sua totalidade, como o mínimo existencial.

Nesse panorama, a concessão judicial de medicamentos, cirurgias ou outras prestações de saúde sem parâmetros objetivos definidos, ou tendo somente o critério da regular prescrição médica, pode causar desordem financeira e orçamentária no Estado, bem como a desorganização administrativa do SUS, que, enfatize-se, ainda está em processo de universalização, pois a realização integral do princípio do acesso universal demanda recursos de que o Estado não dispõe em sua plenitude<sup>15</sup>.

Desse modo, tendo em vista que, na pesquisa empírica empreendida, 53,57% (cinquenta e três vírgula cinquenta e sete por cento) das ações foram ajuizadas por advogados, constata-se que, possivelmente, mais da metade das ações de controle de políticas públicas de saúde, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no ano de 2013, foi ajuizada por pessoas que podem arcar com o tratamento médico necessário ao restabelecimento da sua saúde<sup>16</sup>. Tal fato não ocorre somente no âmbito do Poder Judiciário potiguar, uma vez que, de acordo com Sarmiento (2010, p. 584), pesquisa estatística realizada por Virgílio Afonso da Silva na Justiça do Estado de São Paulo aponta que a maior parte

15 Nesse sentido, entende Sarmiento (2010, p. 556) que: “Por um lado, é positiva a constatação de que a Justiça brasileira tem se mostrado tão sensível às questões muitas vezes dramáticas suscitadas pelo direito fundamental à saúde, mas, por outro, não é difícil se deparar com decisões equivocadas – ainda que sempre muito bem intencionadas –, que podem comprometer políticas públicas importantes, drenar recursos escassos e criar privilégios não universalizáveis”.

16 Fala-se em possibilidade, pois o Poder Judiciário do Rio Grande do Norte não perquire se o requerente possui condições financeiras. Outrossim, não se desconsidera que esses advogados possam ter atuado *pro bono*, mas, de qualquer forma, dificilmente todos eles teriam aceitado atuar dessa maneira, quando existe a Defensoria Pública para prestar serviços aos hipossuficientes.

das pessoas que propõem ações judiciais, inclusive relativas a direitos sociais, pertence à classe média.

Essa constatação é relevante, pois a concessão de políticas públicas de saúde a pessoas com condições financeiras pode afetar negativamente a prestação de serviços públicos de saúde aos hipossuficientes (SILVA, 2010, p. 596). Esse fato pode ocorrer porque, devido à grande carência econômica do Brasil, os recursos utilizados para o cumprimento dessas decisões judiciais são retirados do montante que seria utilizado para a prestação de serviços públicos de saúde aos pobres. Dessa forma, verifica-se que a falta de parâmetros racionais pelo Poder Judiciário, no controle de políticas públicas de saúde, privilegia a elite brasileira e aumenta a concentração de riqueza, prejudicando os hipossuficientes a quem os direitos sociais primordialmente se destinam.

Nesse sentido, adverte Sarmento:

Entendo que a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada *in abstracto*, ignorando a condição específica do titular do direito. Um exemplo: o fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna. Trata-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as consequências para ele da omissão estatal impugnada.

Por isso, não concordo com a argumentação aduzida em algumas decisões judiciais em matéria de saúde, no sentido de que, tendo em vista a universalidade deste direito, seria irrelevante analisar se o autor da ação possui ou não os recursos necessários à aquisição da prestação demandada do Estado. Este dado me parece fundamental, pois, num caso, o sacrifício eventualmente imposto pela denegação da pretensão repercute tão-somente sobre o patrimônio do paciente, enquanto no outro pode estar em jogo a sua própria vida. Temo que este tipo de raciocínio,

num contexto de acesso não igualitário à Justiça, possa legitimar um uso enviesado dos direitos sociais que, de instrumentos de emancipação, em favor dos mais fracos, acabem se transformando em artifícios retóricos manejados pelas classes favorecidas. (grifos no original) (SARMENTO, 2010, p. 577-578).

Segundo Barcellos (2010, p. 809), o Poder Judiciário somente poderá conceder a política pública de saúde que busque preservar o mínimo existencial, excepcionando-se as políticas públicas que não tenham esse viés, mas que estejam juridicizadas mediante lei. Aplicando esse entendimento à posição de Sarmento, acima reproduzida, segundo a qual o tratamento de saúde pleiteado por uma pessoa com recursos não está dentro do conceito de mínimo existencial, conclui-se que o Poder Judiciário não poderá conceder a política pública de saúde às pessoas que possuam recursos próprios para custear o seu tratamento.

Dessa forma, na falta de outros critérios, deve, ao menos, o Poder Judiciário procurar saber se a parte que está requerendo a ação ou serviço público de saúde é hipossuficiente ou não. Essa seria uma forma de começar a criar parâmetros racionais para a concessão dos pedidos referentes às políticas públicas de saúde.

É certo que os direitos fundamentais à vida e à saúde prevalecem sobre os interesses financeiros do Estado, conforme afirmado em 15,17% (quinze vírgula dezessete por cento) das decisões do TJRN, mas cabe investigar se o que está presente no caso é o mero interesse financeiro estatal. Nessa análise, a decisão judicial pode beneficiar uma pessoa que não é hipossuficiente, pela simples argumentação de que os direitos à vida e à saúde prevalecem sobre os interesses financeiros do ente público, ou porque o acesso universal é princípio do SUS, em detrimento das pessoas realmente necessitadas.

Aí reside a importância de saber quais são os “interesses financeiros do Estado”: são os que estão insertos no interesse público secundário, que procura simplesmente mais arrecadação pública, ou no interesse público primário, o qual

busca ter a verba para a realização de políticas públicas que podem salvar vidas, principalmente dos hipossuficientes<sup>17</sup>?

Acredita-se que a segunda hipótese seja a correta (ao menos, deveria ser).

Assim, a análise do direito à saúde pelo Judiciário deve levar em conta não somente o caso que está a ser decidido, mas também os diversos outros casos que deixarão de ser atendidos porque aquele direito está sendo concedido, realizando uma verdadeira ponderação dos princípios em jogo<sup>18</sup>.

A realidade é que nem todos que pleiteiam o direito à saúde no Poder Judiciário são pessoas hipossuficientes, de modo que a improcedência do seu pedido não obstará o seu tratamento de saúde nem a manutenção de suas despesas domésticas, não ofendendo, assim, os seus direitos constitucionais à vida e à saúde, nem o mínimo existencial. As pessoas verdadeiramente sem recursos, que não sabem a forma de ter acesso ao Poder Judiciário, por mais que exista Defensoria Pública nas cidades onde residam, são as realmente afetadas pela concessão de todos os requerimentos que são feitos ao Judiciário sem a utilização de parâmetros objetivos suficientes, tendo, portanto, os seus direitos à vida e à saúde, bem como o seu mínimo existencial, ofendidos. Nesse sentido, confira-se a lição de Sarmento:

[...] o acesso à Justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Por diversas razões, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger os seus direitos. Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de

17 “[...] o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles” (MELLO, 2008, p. 66).

18 É curioso perceber que, geralmente, o Poder Judiciário costuma ser mais comedido na concessão de políticas públicas de saúde em ações coletivas, nas quais ele é obrigado a considerar os fatores de alocação de recursos e o contexto econômico atual, mas não age dessa forma no âmbito das ações individuais (HENRIQUES, 2010, p. 827). Entretanto, essas ações individuais são tão volumosas no Judiciário, que a concessão sem critérios racionais das políticas públicas de saúde gera no ente, possivelmente, a mesma desorganização financeira e a ineficiência dos serviços públicos que causaria a ação coletiva.

direitos sociais – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores da população mais bem aquinhoados (SARMENTO, 2010, p. 576).

A característica marcante da sociedade brasileira é a desigualdade econômica, tanto que a CF/88 elencou como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais. Nesse contexto, os direitos sociais fundamentais foram estabelecidos como uma forma de diminuir essa desigualdade, oferecendo serviços públicos aos menos favorecidos, como as ações e serviços públicos de saúde. No entanto, diante de todo o exposto, percebe-se que a efetiva fruição do direito fundamental social à saúde pelos setores excluídos da população está sujeita, dentre outras questões, à criação de parâmetros objetivos para a realização do controle judicial das políticas públicas de saúde.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Adotando a postura de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito, a Constituição Federal de 1988 trouxe um grande rol de direitos fundamentais sociais, dependentes de posterior regulamentação por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, mediante a implementação de políticas públicas. Um desses direitos foi o direito à saúde, o qual foi inserido na CF/88 após grande pressão da sociedade sobre os constituintes.

Dessa forma, tendo em vista a complexidade da sociedade moderna e as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na execução de seus trabalhos, surgiu o fenômeno da judicialização, fato que levou diversos assuntos pertencentes à seara política para serem decididos pelo Poder Judiciário. Com a adoção de uma postura ativa (ativismo judicial), os magistrados brasileiros estão decidindo conflitos pertencentes ao âmbito político, inclusive exercendo o controle judicial das políticas públicas.

Nesse sentido, o presente estudo teve por objetivo investigar quais os critérios objetivos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte nas decisões referentes ao controle de políticas públicas da saúde. Como resultado

da pesquisa, percebeu-se que o único critério utilizado é a presença de regular prescrição médica, tendo como consequência o fato de que, no ano de 2013, todos os processos sobre controle judicial de políticas públicas de saúde foram julgados em desfavor dos entes públicos.

Tal realidade, que se verifica em todo o Poder Judiciário brasileiro, causa preocupação porque a concessão de serviços públicos de saúde por tal Poder sem maiores critérios objetivos pode levar à desorganização administrativa do Sistema Único de Saúde e à desordem financeira do ente político, prejudicando as outras políticas públicas que seriam desenvolvidas.

Assim, percebe-se que falta ao Judiciário uma análise mais aprofundada acerca da macrojustiça. Por mais que se saiba que a microjustiça é inerente à atividade jurisdicional (a qual observa somente o caso presente nos autos), nesse campo tão importante que é a política pública de saúde, a macrojustiça deve ser sempre observada, sob pena de serem privilegiados os direitos à saúde e à vida de uns em detrimento dos direitos à vida e à saúde de outros.

Desse modo, este trabalho sugeriu a adoção de um critério para começar a delimitar os requisitos a serem exigidos para a concessão dos serviços de saúde, qual seja, a hipossuficiência dos requerentes. Observando que, de acordo com a pesquisa empírica empreendida, mais da metade das ações foram ajuizadas por pessoas representadas por advogados particulares e, sabendo que essa é a realidade de outros Tribunais do país, propõe-se que o Poder Judiciário passe a perquirir se a pessoa que pleiteia a providência jurisdicional tem recursos para arcar com o seu tratamento de saúde.

Acredita-se que tal sugestão não ofende o princípio finalístico da universalidade, uma vez que o SUS ainda se encontra em processo de universalização. Por outro lado, verifica-se que a aludida proposta privilegia os próprios direitos sociais fundamentais, o mínimo existencial e o princípio da igualdade material.

Nesse sentido, realizando uma ponderação dos princípios em jogo, defende-se que os direitos e princípios acima citados devem prevalecer, eis que não se mostra razoável que a vida e a saúde das pessoas hipossuficientes sejam prejudicadas para que haja a concessão judicial de serviços de saúde às pessoas que possuem recursos para arcar com o seu próprio tratamento médico, privilegiando, assim, a situação financeira dos ricos, em detrimento da vida e da saúde dos pobres.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 803-826.
- BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Perfis do controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. 2006. 231 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidade Jurídicas: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, Brasília, n. 4, p.1-29, jan-fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 set. 2014.
- BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.
- BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 02 set. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm)>. Acesso em: 02 set. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 02 set. 2014

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. 134 p.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006. p. 247-266.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 827-858.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes; RAMOS, Elival da Silva. **O ativismo judicial e o direito à saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

RIO GRANDE DO NORTE. **Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.** Disponível em: < <http://www.gabinetecivil.rn.gov.br/constituicaoatualizada/originalconstituicaoestadual.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 553-586.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 587-599.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights**: why liberty depend on taxes. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

TEIXEIRA, Carmen. **Os princípios do sistema único de saúde**. 2011. Disponível em: <[http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS\\_PRINCIPIOS\\_DO\\_SUS.pdf](http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 313-339.

## APÊNDICE – LISTA DE PROCESSOS UTILIZADOS

1. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2012.011185-0/0001.00
2. Apelação Cível nº 2011.013009-1
3. Apelação Cível nº 2011.013294-7
4. Apelação Cível nº 2012.006838-4
5. Remessa Necessária nº 2012.010201-9
6. Remessa Necessária nº 2012.011628-3
7. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.014262-8
8. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.016488-2
9. Remessa Necessária nº 2012.017296-8
10. Remessa Necessária nº 2012.018219-6
11. Remessa Necessária nº 2012.012532-3
12. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2012.007415-0
13. Apelação Cível nº 2012.005454-3
14. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.009730-9
15. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2012.013614-4/0001.00
16. Remessa Necessária nº 2012.016297-4
17. Apelação Cível nº 2012.007424-6
18. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2012.012108-8
19. Agravo Interno em Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2013.002658-5/0001.00
20. Apelação Cível nº 2012.012057-4
21. Remessa Necessária nº 2012.017910-6
22. Mandado de Segurança com Liminar nº 2012.016544-4
23. Apelação Cível nº 2012.009436-5
24. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2012.018316-7
25. Apelação Cível nº 2012.004773-7
26. Apelação Cível nº 2012.018153-4
27. Apelação Cível nº 2012.009874-1
28. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2011.015325-7
29. Remessa Necessária nº 2013.001897-3
30. Mandado de Segurança com Liminar nº 2012.016068-8
31. Apelação Cível nº 2012.018353-8
32. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2012.013632-6
33. Apelação Cível nº 2013.001110-6
34. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.019058-8
35. Apelação Cível nº 2012.012817-8
36. Remessa Necessária nº 2013.007738-6
37. Reexame Necessário e Apelação Cível nº 2011.013595-0
38. Remessa Necessária nº 2012.017777-9
39. Remessa Necessária nº 2012.017885-0
40. Apelação Cível nº 2013.002078-9
41. Remessa Necessária nº 2013.005206-1

42. Remessa Necessária nº 2013.007481-6
43. Apelação Cível nº 2013.008147-1
44. Agravo Interno com Remessa Necessária nº 2013.007771-9/0001.0
45. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2013.009016-4/0001.00
46. Remessa Necessária nº 2013.007764-7
47. Remessa Necessária nº 2013.009200-3
48. Apelação Cível nº 2013.004865-3
49. Mandado de Segurança com Liminar nº 2012.014905-5
50. Apelação Cível nº 2013.011328-0
51. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2013.007618-8/0001.00
52. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2012.013403-0
53. Remessa Necessária nº 2013.005628-9
54. Apelação Cível nº 2013.006174-7
55. Apelação Cível nº 2013.006164-4
56. Remessa necessária e Apelação Cível nº 2013.010890-4
57. Remessa Necessária nº 2012.012960-6
58. Apelação Cível nº 2013.007690-6
59. Apelação Cível nº 2013.007879-7
60. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2013.011605-9
61. Remessa Necessária nº 2013.004479-6
62. Agravo Interno em Remessa Necessária nº 2013.009937-5/0001.00
63. Agravo Interno em Remessa Necessária nº 2013.007763-0/0001.00
64. Apelação Cível nº 2013.008150-5
65. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2013.014991-7/0001.00
66. Apelação Cível nº 2012.018374-1
67. Remessa Necessária nº 2011.013055-8
68. Apelação Cível nº 2012.009064-2
69. Apelação Cível nº 2012.017738-4
70. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2012.008956-0/0001.00
71. Agravo Regimental em Apelação Cível nº 2012.015044-3/0001.00
72. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2012.016294-3/0001.00
73. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.011214-4
74. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.015745-4
75. Apelação Cível nº 2012.017906-5
76. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.007299-8
77. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.009729-9
78. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2012.014838-3/0001.00
79. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2012.018082-4/0001.00
80. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº **2012.019827-8**
81. Apelação Cível nº 2012.016292-9
82. Remessa Necessária nº 2013.000431-4
83. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2013.000917-0
84. Remessa Necessária nº 2012.008200-9

85. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.015744-7
86. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2013.002863-7/0001.00
87. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2012.012120-8/0001.00
88. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2013.004515-2/0001.00
89. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.017582-3
90. Remessa Necessária nº 2010.014528-8
91. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2012.008518-4/0001.00
92. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2012.013400-9
93. Agravo Interno em Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2013.005076-8/0001.00
94. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2011.012995-7/0001.00
95. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.015014-4
96. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2013.007319-9/0001.00
97. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.009438-9/0001.00
98. Remessa Necessária nº 2013.001898-0
99. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2013.007317-5
100. Mandado de Segurança nº 2013.005495-5
101. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2013.006139-0
102. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2013.003621-8/0001.00
103. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2012.018149-3
104. Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2013.007775-7
105. Mandado de Segurança com Liminar nº 2013.002053-8
106. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2012.010386-0
107. Agravo Interno em Remessa Necessária nº 2013.005210-2/0001.00
108. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2013.007853-9/0001.00
109. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2013.011155-4
110. Agravo Interno em Remessa Necessária nº 2013.007634-6/0001.00
111. Agravo Regimental em Remessa Necessária nº 2013.007634-6/0001.00
112. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2013.006876-5



# A ATIVIDADE JURISDICIONAL ATUAL SOB A ÓTICA DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DOS INSTRUMENTOS DE VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES

Luana Karla de Araújo Dantas<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente estudo se propõe a examinar o papel do precedente judicial no sistema processual brasileiro e a possibilidade de adoção da teoria do *stare decisis* ao nosso ordenamento, tendo em vista a gradativa aproximação dos sistemas jurídicos do *common law* e *civil law*. Para tanto, far-se-á uma análise das reformas legislativas que consagram instrumentos processuais que atribuem maior força aos precedentes judiciais e das novidades que ainda se pretende implementar com o Novo Código de Processo Civil, investigando, sobretudo, qual a função da uniformização da jurisprudência na concretização de direitos fundamentais, notadamente no que tange ao tratamento dado às demandas repetitivas. O estudo trará, ainda, considerações acerca das consequências da ampliação da vinculação dos precedentes para a atividade jurisdicional do Estado, apontando especialmente as vantagens dessa tendência processual, bem como a necessidade de mudança na postura do magistrado no atual contexto histórico e jurídico a fim de compatibilizar sua atuação com os princípios da segurança jurídica, isonomia, razoável duração do processo e juiz natural. Este trabalho terá natureza qualitativa e será realizado mediante análise de conteúdo, com pesquisa bibliográfica da doutrina pertinente ao tema, da legislação vigente e do posicionamento jurisprudencial atual. O caráter da pesquisa é exploratório e tem como recorte geográfico o ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Precedentes. Eficácia vinculante. Segurança jurídica. Isonomia. Demandas repetitivas. Uniformização da jurisprudência.

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria do *stare decisis*, surgida nos países que utilizam o sistema do *common law*, que é adotado em especial naqueles de origem anglo-saxônica, tem como base principal o realce à importância do precedente judicial, informando que, como regra, no julgamento de causas posteriores os precedentes das cor-

---

1 Especialista em Residência Judicial (Pós-Graduação *Lato Sensu*) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) em parceria com a Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn). Bacharel em Direito pela UFRN. Advogada.

tes devem ser observados não só pelo próprio tribunal que o elaborou como também pelos juízos que lhe são hierarquicamente inferiores.

No Brasil, embora tradicionalmente o *civil law* seja associado à ideia de que a lei é fonte primaz do direito, é dever do juiz empregá-la de acordo com o caso concreto, extraindo daí a norma jurídica individual aplicável, de modo que não se pode negar que o estudo do precedente vem ganhando função de destaque, mormente em razão da autoridade que o legislador gradativamente atribuiu às decisões judiciais.

Isso se dá, principalmente, em virtude da ampliação do acesso à Justiça conjugada com a massificação dos conflitos oriunda do avanço da tecnologia e da formação de grandes grupos de pessoas, tais como consumidores, contribuintes ou servidores públicos de determinada categoria, por exemplo, o que leva ao crescimento dos chamados casos múltiplos, versando essencialmente sobre matéria idêntica de direito.

Nesse contexto não se sustenta um sistema processual tradicional individualista, razão pela qual ao longo do tempo o ordenamento jurídico brasileiro sofreu diversas mudanças constitucionais e infraconstitucionais com o objetivo de conferir ao processo mais efetividade na prestação jurisdicional, dotando-lhe de maior celeridade e certeza, através da uniformização do tratamento dado a demandas semelhantes.

Para tanto, o Código de Processo Civil passou por várias reformas e foram introduzidos novos institutos que ampliam a força dos precedentes, a fim de concretizar os objetivos mencionados. Dentre os novos instrumentos processuais alguns merecem destaque, tais como a ampliação dos poderes do relator (arts. 557 e 527 do CPC); a criação da súmula vinculante (art. 103-A da Constituição Federal) e o julgamento dos recursos especial e extraordinário em causas repetitivas (art. 543-B e 543-C do CPC), dentre outros.

Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a examinar o papel do precedente judicial no sistema processual brasileiro e a possibilidade de adoção das regras do *stare decisis* ao nosso ordenamento, tudo à luz das reformas processuais citadas e das novidades que ainda se pretende implementar com o Novo Código de Processo Civil, bem como apontar a postura a ser tomada pelo magistrado no atual contexto histórico e jurídico a fim de compatibilizar sua atuação com os princípios da segurança jurídica, isonomia e juiz natural.

## 2 PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO

### 2.1 NOÇÃO DE *RATIO DECIDENDI* E CONCEITUAÇÃO

A fim de compreender melhor o tema da ampliação da vinculação dos precedentes, é necessário que se defina o conceito de precedente judicial e os limites da sua aplicação. Inicialmente impende destacar que os conceitos de precedente e decisão judicial não se confundem, haja vista que para uma decisão ser considerada o precedente ela deve guardar determinadas características, em especial a aptidão para se tornar um paradigma de orientação para os jurisdicionados e magistrados.

O precedente judicial, portanto, é conceituado como a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior dos casos análogos.<sup>2</sup>

Marcelo Souza, em obra sobre o tema, citando Black, destaca que o precedente judicial pode ser definido como um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito.<sup>3</sup>

A noção de precedente está presente quase universalmente nos sistemas jurídicos ocidentais, mas é nos sistemas de *common law* que ela desempenha um papel pivô na construção e aplicação do direito.<sup>4</sup> Tal sistema é delineado pela teoria do *stare decisis*, segundo a qual os precedentes judiciais emanados em especial das cortes superiores possuem eficácia vinculante para o próprio tribunal e para todos os juízos que lhes são hierarquicamente inferiores.

2 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 385.

3 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente Judicial à Súmula Vinculante.** Curitiba: Juruá. 2006. p. 41.

4 VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro.** 2012. 269 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012. p. 50

É por essa razão que nos países da *common law* se desenvolveram de forma mais apurada diversas teorias visando conceituar a delimitar quais partes da decisão efetivamente servem de parâmetro para os casos semelhantes subsequentes.

Embora se afirme que pela regra do *stare decisis* as cortes devem seguir o precedente existente, na verdade o que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi*, ou seja, os princípios legais com base nos quais aquela corte decidiu.<sup>5</sup>

A *ratio decidendi* consiste na regra jurídica extraída da interpretação do órgão jurisdicional sobre uma situação concreta a partir de um raciocínio indutivo, mas que se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras demandas que se assemelhem àquela para qual foi originariamente pensada.

Por isso, afirma Marinoni<sup>6</sup> que uma decisão não será considerada um precedente, por exemplo, quando não trata de questão de direito, quando se limita a afirmar a letra da lei ou quando serve apenas para reafirmar um precedente anteriormente criado. Tal ocorre pois, nessas situações, o juiz não se utilizou de técnica hermenêutica para criar uma norma jurídica singular aplicável ao caso.

Ressalte-se, nesse ponto, que quando o órgão judicial houver decidido com base em mais de uma *ratio*, todas elas devem ser utilizadas como precedentes para os casos subsequentes. No mesmo sentido, se não for possível definir com clareza qual a tese jurídica efetivamente adotada para solucionar o caso, este julgado não tem aptidão para ser um precedente. É o que ocorre, por exemplo, quando num órgão colegiado todos os membros julgam precedente o pedido, mas por fundamentos diversos.

Por fim, existem fragmentos da decisão que, embora também estejam situadas da fundamentação, não são consideradas *ratio decidendi*. É o que a doutrina denomina de *obiter dictum* ou *dictum*, que é definido como o conjunto de teses jurídicas ou argumentos levantados no julgado, mas que não foram determinantes para a conclusão jurídica obtida. Trata-se de juízos acessórios, periféricos e secundários, algo que se fez constar apenas de passagem na motivação da decisão e que, conseqüentemente, não pode ser usado como precedente, pois não tem relação direta com a questão jurídica do caso.

5 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá. 2006. p. 125.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 216.

## 2.2 EFICÁCIA JURÍDICA

Conforme já mencionado, a produção de decisões judiciais e consequentemente de precedentes é inerente a qualquer ordenamento jurídico, ao passo que seus atributos e efeitos variam de acordo com os caracteres que aquele ordenamento confere aos precedentes, que podem ser, por exemplo, declarativos ou criativos, persuasivos ou obrigatórios.

Fredie Didier em sua obra ensina que o precedente é o ato-fato jurídico, visto que os efeitos por si produzidos são prefixados em lei, independentemente da manifestação expressa do órgão jurisdicional que prola a decisão. Explica:

O precedente é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional esse fato ocorrerá. Obviamente o tratamento jurídico desse fato variará conforme o respectivo direito positivo, que é um produto cultural. Há países que podem não dar qualquer relevância aos precedentes judiciais, outros podem atribuir-lhe a máxima relevância. Outros, como o Brasil, podem imputar-lhes uma série de efeitos jurídicos, desde o efeito meramente persuasivo, comum a qualquer precedente, ao efeito vinculante, próprio de alguns precedentes, como aquele consagrado em súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.<sup>7</sup> (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2011, p. 392).

Tomando por base o grau de autoridade do precedente, Marcelo Souza<sup>8</sup>, seguindo a doutrina tradicional do *stare decisis*, classifica os precedentes quanto aos seus efeitos em persuasivos, relativamente obrigatórios e absolutamente obrigatórios.

No sistema de precedentes absolutamente obrigatórios, tanto o juiz hierarquicamente inferior quanto o próprio tribunal estão proibidos de julgar de forma contrária ao que já foi decidido, de modo que a corte deve seguir os seus precedentes ainda que tenha bons fundamentos para superá-los, devendo ser

7 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 392.

8 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá. 2006. p. 52

respeitada a jurisprudência consolidada mesmo que o tribunal posteriormente a considere injusta ou irracional. Tal sistema vigorou na *House of Lords* inglesa até 1966, a partir de quando surgiu a possibilidade de revogação do precedente considerado obsoleto ou equivocado (*overruling*).<sup>9</sup>

Os precedentes relativamente obrigatórios, por sua vez, seriam aqueles que possuem autoridade vinculante, mas podem ser afastados na hipótese em que se verifique a sua incorreção ou flagrante injustiça. Há, portanto, uma forte presunção em favor do precedente, que, todavia, pode ser afastada em casos excepcionais.

No contexto atual, pode se dizer que restou superada a ideia de precedente absolutamente obrigatório, de modo que os precedentes não de ser divididos somente em persuasivos (*persuasive precedent*) e obrigatórios de forma geral (*binding precedent*), visto que nenhum tribunal está obrigado a seguir cegamente seus precedentes, estando autorizado a revogá-los caso posteriormente conclua pela sua extrema injustiça.

A seu turno, os precedentes persuasivos são aqueles nos quais a autoridade depende da correção intrínseca da decisão, de modo que o juiz não está obrigado a segui-lo, mas o faz considerando a justiça da decisão. Os precedentes podem ser dotados de maior ou menor eficácia persuasiva, levando-se em conta para tal, por exemplo, a hierarquia do tribunal que a proferiu, a data do julgamento, a unanimidade do julgado, dentre outros fatores.

Todavia, imperioso anotar nesse ponto que o postulado de que os casos similares devem ser decididos da mesma forma, resumido na frase “*treat like cases alike*”, constitui um princípio universal da administração da justiça, já conhecido e respeitado desde os tempos antigos.<sup>10</sup>

Dessa forma, existindo precedente fixado, ainda que meramente persuasivo, compete ao julgador apontar em sua decisão a razão pela qual a tese jurídica por si adotada é mais adequada ao caso em tela que a utilizada no precedente, caso o afaste. O que se vê, entretanto, em alguns tribunais pátrios, é a completa desconsideração dos precedentes, quebrando a própria estrutura e coerência do

9 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 112.

10 *Ibid.*, p.117.

sistema de produções de decisões judiciais, que impõe como consequência lógica da ação dos magistrados e tribunais, o respeito às próprias decisões (eficácia horizontal) e às decisões dos tribunais superiores (eficácia vertical).

Historicamente, os países que adotam o sistema do *common law* atribuem força vinculativa aos seus precedentes, através da já mencionada doutrina do *stare decisis et non quæta movere*, ao passo que nos países da tradição do *civil law* os precedentes têm, em regra, eficácia meramente persuasiva, ou seja, servem para orientar a interpretação da lei pelos demais juizes. Todavia, atualmente essa distinção não é absoluta, havendo uma saudável mescla dos dois sistemas.

No Brasil, em regra os precedentes judiciais têm unicamente efeito persuasivo, mas ao longo do tempo o processo civil brasileiro passou por diversas reformas consolidando a tendência de atribuir a determinadas decisões efeito vinculante ou efeito obstativo da revisão de decisões numa clara tendência de uniformização da jurisprudência e valorização dos precedentes, temas a serem abordados nos próximos tópicos do presente trabalho.

## 2.3 VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES

Tradicionalmente, diz-se que nos países de origem romano-germânica a lei, em sua visão codificada, seria considerada como a fonte originária do direito, enquanto que aqueles de origem anglo-saxã teriam como manancial das suas normas jurídicas os precedentes judiciais das cortes superiores.

A colocação da atuação judicial como secundária face à lei justificou-se historicamente como importante parâmetro de contenção dos regimes autoritários, de modo que à época da revolução francesa, quando se buscava a absoluta separação dos poderes, a reserva legal servia de proteção aos cidadãos contra a possível arbitrariedade dos juizes.<sup>11</sup> Entretanto, essa distinção não mais se sustenta no contexto atual.

Gradativamente, a lei *stricto sensu* perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas

11 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência**: Da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006. p. 08.

somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. Diante disso, a função dos juízes, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda no início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei e assumiu o caráter constitucional, possibilitando, a partir da *judicial review*, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.<sup>12</sup>

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, cabendo-lhe controlar a lei a partir da Constituição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição.<sup>13</sup>

Diante disso, estudos relatam o incremento da criatividade da jurisprudência nos sistemas de *civil law*, numa aproximação que comprova o equívoco da ideia que o direito codificado não é compatível com teoria os precedentes. A profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes, tanto é que nos países que aplicam o *common law* contemporâneo, tal qual o dos Estados Unidos, a produção legislativa é ampla, e ainda assim é alta a valorização dos precedentes, evidenciando a aproximação dos dois sistemas jurídicos e a necessidade de atribuir força à jurisprudência em todos os ordenamentos atuais. A realidade é de desconstrução de paradigmas buscando o aperfeiçoamento de ambos os sistemas às necessidades atuais.

Reconhecemos hoje duas importantes funções na jurisprudência, que praticamente se confundem, já que a segunda decorre da primeira: a primeira é a de interpretar a lei, delimitando o alcance do texto legal; a segunda é a de adequar a lei no tempo, de acordo com as necessidades da realidade social presentes no momento da aplicação da lei.

Tendo esses dois aspectos em mente, Moreto afirma que aquilo que os tribunais aplicam no dia-a-dia não é exatamente a lei em si, mas a particular

12 LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito**: Algumas considerações sob a ótica do novo CPC. 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 08 out. 2014.

13 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 40

interpretação que conferem à lei. Para tanto, devem estar atentos aos fatos e ao tempo em que vivem, não bastando o conhecimento puramente técnico do direito para que se resolvam os conflitos.<sup>14</sup>

Nos dias atuais, para além de aplicar a lei, cumpre ao magistrado criar uma norma jurídica que fundamente e dê validade à sua conclusão. Essa criação se faz a partir da análise do caso concreto sob a perspectiva constitucional, sobretudo à luz dos direitos fundamentais. A atividade criativa se mostra presente também nos casos em que o magistrado se depara com conceitos vagos (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais), atualmente tão comuns nos textos legais, nas normas de natureza processual e também material.

Por isso, Didier conclui que “Há, pois, na atividade jurisdicional muito mais do que mera técnica de interpretação e aplicação do Direito. Há aí verdadeira técnica de criação do Direito, o que garante à jurisprudência a condição de fonte do direito.”<sup>15</sup>

Tal contexto, entretanto, dá ensejo a interpretações diversas e a leituras até mesmo contraditórias sobre uma mesma questão. Essa situação, entretanto, não se sustenta, uma vez que provoca nos jurisdicionados insegurança jurídica.

Nas palavras de Moreto<sup>16</sup>:

Não é crível que, apesar de a lei ser igual para todos, para o mesmo conflito jurídico uns possam obter tutela jurisdicional e outros não, a depender da sorte (ou do azar) da parte na distribuição dos respectivos processos. Toda essa incerteza gera desconfiança em relação ao Poder Judiciário e à administração da justiça em geral, culminando em séria perda de autoridade (MORETO, 2012, p. 264).

14 MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 2012. 308 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 29.

15 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 391.

16 MORETO, op. cit., p. 264.

Conclui a autora que para remediar o problema, todavia, parece que, ao mesmo tempo em que aos juízes deve ser garantida liberdade de interpretarem os textos legais, tal liberdade não deve ser absoluta, porque isso daria ensejo a arbitrariedades e, conseqüentemente, à proliferação da jurisprudência lotérica, de todo indesejável e nociva ao sistema.

Acima de tudo, a ordem jurídica deve ser coerente. A uniformização é não só um direito do jurisdicionado, mas, principalmente um dever do Estado, que serve essencialmente ao seu próprio interesse de manter o império de suas leis e o respeito às suas instituições. Embora formado por inúmeros sujeitos, o Poder Judiciário compõe uma estrutura única, que deve ter visão uniforme sobre determinados temas.

A valorização dos precedentes como fonte do direito é legitimadora das técnicas de aceleração da prestação jurisdicional inseridas no nosso direito processual, as quais, se bem aplicadas, conduzem a um processo mais rápido e eficiente, homenageando o princípio da razoável duração do processo, como também mais justo, haja vista que aplicando a todos que se encontram na mesma situação no plano de direito material o mesmo entendimento.<sup>17</sup>

Por ser agente estatal no desempenho de função pública, os objetivos do juiz no processo devem ser bem mais amplos do que a satisfação das partes. O Estado tem tanto interesse em harmonizar conflitos coercitivamente quanto em proporcionar segurança jurídica aos cidadãos. Eduardo Parente<sup>18</sup> afirma nesse ponto que:

Nesse contexto a jurisprudência vinculante é fonte de direito, mas também é modo de expressão do exercício imperativo do poder estatal (Judiciário) de maneira genérica, abstrata e impessoal. É, portanto, forma potencializadora do exercício da jurisdição, portadora de interpretação legislativa eficaz a todos (PARENTE, 2006, p. 20).

17 MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O papel da jurisprudência e os incidentes de uniformização no projeto do novo Código de Processo Civil. In: ROSSI, Fernando et al. **O futuro do processo civil do Brasil: Uma análise crítica ao projeto do novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 186.

18 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: Da divergência à uniformização**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 20

O Novo Código de Processo Civil trará regramento específico e claro quanto à necessidade de uniformização da jurisprudência e maior atenção aos precedentes, um louvável avanço na matéria. Vejamos:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.<sup>19</sup>

Essa estabilidade e previsibilidade que se espera do ordenamento jurídico tem fundamento em diversos princípios constitucionais, a fim de garantir que pessoas que se encontram em condições fáticas similares não obtenham do Poder Judiciário soluções diferenciadas, sob a premissa falaciosa de que o juiz somente está adstrito à lei.

### 3 BASE PRINCIPIOLÓGICA

#### 3.1 IGUALDADE

A noção de igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, um princípio que vem sendo consagrado como um verdadeiro dogma político e jurídico nas mais diversas constituições e nos tratados internacionais de direitos humanos. Trata-se de premissa básica da convivência em sociedade, que é consagrada na Constituição Federal em várias passagens, em especial no art. 5º, caput, que prescreve que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

19 Disponível em <<http://www.oab.org.br/arquivos/novo-cpc-1289245593.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

Diante disso, conforme já ensinava Aristóteles<sup>20</sup>, o tratamento desigual somente é permitido quando necessário para a realização da própria igualdade, ou seja, quando existirem circunstâncias que justificam e tornam imperioso o tratamento diferenciado. Logo, são rechaçadas situações de discriminação gratuitas, não fundadas em elementos ou critérios capazes de, lógica e substancialmente, imporem um tratamento desigual.<sup>21</sup>

Entretanto, o princípio da igualdade perante a lei não pode ficar apenas no campo normativo, sendo fundamental também no momento de elaboração da solução dos casos concretos da vida em sociedade. Assim, é salutar uma releitura do princípio da isonomia, que antes de ser visto como o direito à igualdade frente à lei, há de ser entendido como igualdade frente ao direito, ou seja, frente às normas jurídicas emanadas do Estado.

Considerando-se o Poder Judiciário, ao fixar um precedente, interpreta a lei criando uma norma jurídica geral aplicável ao caso concreto, é de se concluir que também a jurisprudência deve respeitar o princípio da igualdade, dando às pessoas que buscam determinada prestação jurisdiccional com fundamento no mesmo substrato fático, tratamento essencialmente igual.

Uma jurisprudência conflitante ofende a regra da isonomia, pois se ela perdura no sistema, possibilita que duas demandas idênticas tenham desfechos diametralmente opostos, ferindo a igualdade formal e substancial prevista na Constituição. Sob esse aspecto a jurisprudência conflitante pode destruir o sistema.

Nesse ponto, insta fazer uma crítica à postura dos tribunais pátrios, em especial os tribunais superiores, que, não obstante os diversos instrumentos de uniformização existentes no direito processual, não raramente desrespeitam seus próprios precedentes, mudam de posicionamento sem motivo razoavelmente fundado, ou ainda, permitem que dentro de um mesmo tribunal casos idênticos sejam julgados de formas diferentes, a depender da turma ou câmara pela qual o caso foi apreciado, instituindo uma verdadeira jurisprudência lotérica.

20 Primeiro pensador a levantar a máxima de que devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

21 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 141.

Nesse ponto, destaque-se que ainda há grave resistência à aplicação ao princípio da igualdade quanto ao mérito das decisões judiciais. Os doutrinadores, apegados a uma tradição processualista, em regra se preocupam com a tutela da igualdade somente no que diz respeito ao tratamento dado aos litigantes no processo, com o ideal de acesso à Justiça de forma igual para todos e com a isonomia dos procedimentos e técnicas processuais. Tanto é que esse princípio costuma ser vinculado ao contraditório, verificando se as partes têm adequada possibilidade de agir e de reagir no processo de modo a influir sobre a formação da convicção do julgador.<sup>22</sup>

Todavia, essa tutela não é suficiente para concretizar o direito à igualdade proclamado na Constituição Federal. Para tanto, mostra-se indispensável a atenção ao princípio da igualdade também no momento da elaboração do produto da atividade jurisdicional, ou seja, igualdade perante as decisões judiciais, sendo dever do juiz ater-se aos precedentes anteriores sobre a matéria de mérito .

Mostra-se desarrazoado que o julgador seja obrigado a prezar pela igualdade no processo, mas deixe de observar esse princípio no momento mais importante de sua atuação, exatamente quando tem de realizar o principal papel que lhe foi imposto.

Conforme ensina Marinoni<sup>23</sup> “Nada nega tanto a igualdade quanto dar a quem já teve seu direito violado ou sofre iminente ameaça de tê-lo, uma decisão desconforme com o padrão de racionalidade já definido pelo Poder Judiciário em casos iguais ou similares”.

Ainda sobre a igualdade, ensina Didier que na aplicação dos precedentes é imperioso que o órgão julgador identifique com clareza se o caso em análise se adequa à hipótese tratada no presente, sob pena de tratar de forma igual situações concretas diferentes. Vejamos:

É necessário, contudo, ter em mente a hipótese inversa: a utilização acrítica dos precedentes, sem que se faça o devido cotejo

22 MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 53, p. 27, mar/abr. 2013. Bimestral.

23 *Ibid.*, p. 28.

das circunstâncias de fato que o motivaram com as circunstâncias de fato verificadas no caso concreto, pode dar ensejo a sérias violações ao princípio da igualdade, haja vista que esse princípio abrange também o direito a um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstâncias diferenciadas. Com efeito, é também violador da igualdade o comportamento de órgão jurisdicional que simplesmente aplica um precedente sem observar que as circunstâncias concretas não permitiriam a sua aplicação, tratando como iguais situações substancialmente distintas.<sup>24</sup> (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2011, p. 396).

### 3.2 SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica está intrinsecamente ligado à ideia de previsibilidade e estabilidade. A instabilidade, com regras de direito constantemente reformuladas e aplicadas de maneira inconsistente, prejudica a confiabilidade do sistema jurídico em geral.

Infelizmente, o Poder Judiciário passa por uma crise de credibilidade, tanto em virtude da demora na resolução dos conflitos quanto pela incerteza no que tange à solução que será dada ao caso concreto, haja vista que, em regra os órgãos Judiciários inferiores não estão vinculados aos precedentes dos tribunais que lhes são superiores, os quais possuem eficácia meramente persuasiva.

Nesse contexto, a implementação da regra de obediência aos precedentes judiciais, seja pela patente necessidade de mudança na postura dos magistrados, seja pela adoção de mecanismos processuais de vinculação e uniformização de jurisprudência, aparece como um fator que pode ajudar na estabilidade do sistema jurídico.

Deve se buscar na concretização da atividade jurisdicional primordialmente a univocidade da interpretação das normas. Justamente porque as normas podem ser diferentemente analisadas, a interpretação, ao tender a um único

24 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 396

significado, aproxima-se do ideal de previsibilidade e segurança. Nesse ponto, ressalta Marinoni<sup>25</sup> que:

Isso não quer dizer que a eliminação da dúvida interpretativa é factível, mas sim que se podem e devem minimizar, na medida do possível, as divergências interpretativas acerca das normas, colaborando-se, assim, para a proteção da previsibilidade, indispensável ao encontro da segurança jurídica (MARINONI, 2011, p. 126).

A segurança jurídica reflete a necessidade de uma ordem jurídica estável de forma global, com um mínimo de continuidade nas relações jurídicas, o que merece aplicação tanto na legislação, quanto na produção judicial, mormente porque para que se possa realizar a certeza através do direito, o que conta, a rigor, não é a norma abstrata escrita nos códigos, mas a verificação da regra no caso específico.

Embora o ordenamento não traga de forma expressa um direito à segurança jurídica, não há dúvidas que se trata de um valor constitucionalmente garantido, que pode ser extraído de diversos princípios da Constituição Federal, em especial daqueles inseridos nos incisos do art. 5º da Carta Magna, tais como princípio da legalidade (inciso II), inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (XXXVI), legalidade e anterioridade em matéria penal (XXXIX) e irretroatividade da lei penal desfavorável (XL).

Considera-se a segurança jurídica como um subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito, verdadeira expressão da sua natureza, funcionando como uma garantia dada aos cidadãos frente a possíveis arbitrariedades. A proteção da segurança jurídica visa, essencialmente, dotar o Poder Judiciário e, em última análise o próprio estado de confiabilidade. Em verdade, num sistema em que o direito é excessivamente variável de acordo com o caso, não há direito efetivamente tutelado.

Dos dispositivos supramencionados é possível inferir uma regra geral de que as situações consolidadas no passado devem ser respeitadas no presente e no futuro, mas não somente isso. Didier ensina que a segurança jurídica precisa ser

25 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 126.

repensada, assegurando além da inviolabilidade das situações já sedimentadas no passado, o respeito às legítimas expectativas surgidas e às condutas praticadas a partir de um comportamento presente adotado pelo Estado, em especial pelo Poder Judiciário na solução de conflitos.<sup>26</sup>

Na medida do razoável, ou seja, se o caso analisado for idêntico a outro a já julgado pelos Tribunais Superiores, o juiz deve se desvencilhar de suas convicções pessoais, já que exerce ali uma função pública, na condição de Estado-juiz, pois é órgão que está inserido num poder que é único o qual, para consolidar sua autoridade, deve mostrar coerência na sua atuação.

Significa dizer, ainda, que o magistrado ressalve sua opinião pessoal no texto de sua decisão, deve zelar pelo entendimento sedimentado e reiteradamente aplicado pelo Tribunal Superior, de modo a respeitar a instituição e conferir credibilidade, segurança jurídica e estabilidade ao Direito.<sup>27</sup>

Por fim, imperioso destacar que o princípio da segurança jurídica impõe não apenas aos magistrados o dever de respeitar os precedentes, mas também aos tribunais o compromisso de uniformizar sua jurisprudência, evitando a propagação de teses jurídicas díspares acerca de fatos semelhantes. Seria incoerente exigir que os juízes de primeiro grau e os tribunais de segunda instância atenham-se a jurisprudência dos tribunais superiores se estes constantemente deixam de seguir seus próprios precedentes, alterando o entendimento da corte com uma frequência nociva à estabilidade do sistema jurídico, ou, pior ainda, permitindo que turmas de um mesmo tribunal, no mesmo contexto fático e jurídico, tenham entendimentos diametralmente opostos sobre determinado tema, o que não é raro de se ver na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo.

Sobre o dever de respeitar suas próprias decisões, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

26 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 397

27 LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica: A urgente necessidade de estabilização da jurisprudência. In: ROSSI, Fernando et al. **O futuro do processo civil do Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 51.

Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos Judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.<sup>28</sup>

### 3.3 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O princípio da razoável duração do processo foi introduzido na ordem constitucional a partir da Emenda Constitucional nº 45, aprovada em 2004, que promoveu a chamada Reforma do Judiciário e, dentre outras medidas, acrescentou ao art 5º o inciso LXXVIII, prescrevendo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Verificou-se que a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça não era suficiente, sendo necessária uma prestação estatal rápida, efetiva e adequada. Ainda que a consagração não seja propriamente uma inovação, visto que sempre esteve implícito na cláusula do devido processo legal substantivo (art. 5º, LV), não se pode negar que a alteração legislativa contribuiu para reforçar a preocupação com o conteúdo e a qualidade jurisdicional.<sup>29</sup>

O projeto do Novo Código de Processo Civil também traz essa garantia, aduzindo em seu artigo 4º que “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.”<sup>30</sup>

Notadamente, considerando a perspectiva daquele que busca o Poder Judiciário e o ideal de administração da justiça com vista a se obter um processo

28 **AgRg nos EREsp 228.432/RS**, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/02/2002, DJ 18/03/2002, p. 163

29 NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 570.

30 Disponível em <<http://www.oab.org.br/arquivos/novo-cpc-1289245593.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

civil de resultados, não haverá o devido acesso à Justiça se a prestação jurisdicional é dada de forma tardia.<sup>31</sup>

Não há dúvidas que a alta variabilidade de conteúdo de decisões acerca de um mesmo tema faz aumentar sobremaneira o número de demandas e a utilização temerária dos recursos, haja vista que num sistema de pouca ou nenhuma atenção aos precedentes sempre haverá risco de uma grande virada na jurisprudência.

O encorajamento à prática recursal trata-se de grave externalidade negativa da oscilação da jurisprudência, pois ao perceber que os tribunais superiores não possuem entendimento estável, leia-se, não respeitam nem as suas próprias decisões, o cidadão se sente motivado a recorrer diante de uma decisão desfavorável de primeiro ou segundo grau, ainda que em harmonia com a jurisprudência, pois confia e espera que haverá uma mudança de paradigma.

Consequentemente, esse alto grau de recorribilidade das decisões contribui para a morosidade da prestação jurisdicional, pois os processos se prolongam injustificadamente no tempo em evidente afronta ao princípio da razoável duração do processo.

Imperiosa, portanto, a utilização de mecanismos que impeçam a perpetuação desarrazoada dos processos ao longo dos anos, sendo de grande utilidade a adoção da regra do *stare decisis* e da valorização dos precedentes. Isso se dá por meio de uma jurisprudência previamente uniformizada, sumulada ou não, que, uma vez consolidada, autoriza legitimamente a aceleração do procedimento e a repetição da aplicação da tese consagrada no julgamento das demais demandas idênticas ajuizadas.<sup>32</sup>

Nesse sentido, conclui Marinoni<sup>33</sup>:

Se os tribunais inferiores estão obrigados a decidir de acordo com os tribunais superiores, sendo o recurso admissível apenas em hipóteses excepcionalíssimas, a parte não tem de necessariamente chegar à corte superior para fazer valer o seu direito, deixando de

31 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente Judicial à Súmula Vinculante. Curitiba: Juruá. 2006. p. 302.

32 MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O papel da jurisprudência e os incidentes de uniformização no projeto do novo Código de Processo Civil. In: ROSSI, Fernando et al. O futuro do processo civil do Brasil: Uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 186.

33 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 187.

ser prejudicada pela demora e também de consumir o tempo e trabalho da administração da justiça (MARINONI, 2011, p. 187).

A fim de concretizar esse princípio, o legislador introduziu no processo civil institutos de grande valia para a otimização da atividade jurisdicional. Assim, poupa-se tempo e energia na solução de demandas idênticas, proporcionando, inclusive, certo desafogamento das varas, o que permite que o juiz possa dedicar atenção redobrada a casos que, pela sua natureza, necessitam de maior aprofundamento.

É exemplo dessa tendência a atribuição do efeito obstativo da revisão de decisões a determinados precedentes, que se verifica pela autorização legislativa dada ao magistrado, em especial ao relator, para negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível ou em desconformidade com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores, evitando que a demanda desnecessariamente ultrapasse as instâncias ordinárias.

Todavia, há de se ter em mente que nem todo processo rápido traduz processo justo, de tal sorte que a tramitação deve se dar com o intuito de torná-lo mais justo e adequado, não para piorá-lo, sonogando outros direitos fundamentais. Dessa forma, ganha relevo a atuação dos tribunais superiores pronunciando-se sobre as questões jurídicas mais relevantes e controvertidas, fixando detalhadamente as teses que deverão ser adotadas para determinada situação jurídica, bem como a do magistrado de fazer acertadamente a adequação do caso concreto ao precedente, sob pena de, não o fazendo, violar o acesso à Justiça e o devido processo legal substantivo.

#### 4 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE UNIFORMIZAÇÃO

O Poder Judiciário passa nos últimos anos por uma crise institucional, o que acabou por refletir numa produção legislativa de cunho processualista, criando ou aprimorando instrumentos já existentes a fim de dotar a atividade jurisdicional de maior segurança e efetividade. O amplo acesso à Justiça e a massificação dos conflitos deram ensejo a demandas repetitivas fazendo com que o legislador implementasse diversos meios de solução mais rápida, mas ainda eficaz, para tais tipos de demandas.

Com as mudanças sucessivas introduzidas no Código de Processo Civil, houve clara ampliação do conceito de manutenção e verticalização dos precedentes judiciais por meio da transformação das causas individuais em representativas de categorias.<sup>34</sup>

Não se pretende aqui analisar pormenorizadamente cada um desses modelos de decisão, mas apenas fazer referência aos mais relevantes a fim de demonstrar a tendência inevitável à valorização dos precedentes e uniformização da jurisprudência através de atribuição de mais força vinculante às decisões dos órgãos superiores.

#### 4.1 INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

A preocupação do ordenamento com a uniformização da jurisprudência não é recente. Podemos citar como exemplos mais remotos a Emenda Constitucional de 1926, que criou um recurso para o Supremo Tribunal Federal quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal e a Constituição de 1934, que estabeleceu um recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal fundado em divergência jurisprudencial. A seu turno, o Código de Processo Civil de 1973 instituiu o incidente de uniformização de jurisprudência (artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil).

Sobre o incidente de uniformização de jurisprudência, ressalte-se que tem como principal objetivo dar uniformidade ao entendimento sobre determinado direito dentro de um mesmo tribunal, a fim de que eventuais recursos não tenham seu mérito julgado com base em teses díspares a depender do órgão fracionário para qual forem distribuídos.

Assim, aduz o diploma processual civil que, no julgamento em turma, câmara ou grupo de câmaras de tribunal, verificando que existem na corte decisões divergentes sobre uma mesma situação jurídica, o julgador poderá, de ofício ou a requerimento da parte, suscitar o incidente submetendo a questão ao pleno, órgão especial ou seção (a depender do regimento interno do tribunal) para que, ao final, reconhecendo a divergência, fixe a interpretação a ser observada,

34 ARAÚJO, José Henrique Mouta. Processos repetitivos e o novo CPC: Ampliação do caráter vinculante das decisões judiciais. In: ROSSI, Fernando et al. **O futuro do processo civil do Brasil: Uma análise crítica ao projeto do novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 311.

dispondo o artigo 479 que o julgamento será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Resta claro, portanto, que este incidente tem como uma de suas características relevantes a necessidade do julgador identificar expressamente a *ratio decidendi* do julgado apontando com clareza a norma jurídica genérica derivada daquele caso concreto.

Ademais, a câmara ou turma, ao julgar o recurso fica vinculada à tese jurídica firmada no incidente – art. 478 do CPC. Trata-se, portanto, de importante instrumento de concretização da eficácia horizontal dos precedentes, pois, considerando que os tribunais são órgãos unos (sendo divididos em turmas e câmaras somente em virtude de razões práticas), é imperioso concluir que são obrigados a observar as teses jurídicas definidas no incidente nas suas decisões futuras sobre hipóteses análogas.

Todavia, na história da prática forense é fácil observar que não foi dada a devida importância ao incidente de uniformização, sendo raros os casos de sua utilização, mormente porque, segundo a doutrina dominante, o órgão julgador não está obrigado a suscitar o incidente de ofício, bem como tem prevalecido que fica a critério do Tribunal, após resolver o incidente de uniformização de jurisprudência, emitir súmula a respeito.

Tal compreensão reduz consideravelmente a utilidade prática do incidente na busca de previsibilidade das decisões judiciais e vai de encontro ao objetivo da norma pensado pelo legislador. Em sua obra, Marcelo Souza critica essa mitigação ao incidente<sup>35</sup>:

Esse entendimento, ao que parece dominante, não é de bom alvitre. Bastante tímido, pode jogar por terra o efeito prático de maior amplitude e mais importante do incidente. Não basta vincular o órgão fracionário à interpretação dada à tese jurídica pelo órgão uniformizador apenas no caso concreto que deu origem ao incidente; o mais importante, se obtida maioria absoluta, é uniformizar, como um todo, o entendimento do tribunal para os casos em que a mesma tese jurídica seja discutida, garantindo, assim, a desejada isonomia de tratamento (SOUZA, 2006, p. 245).

35 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá. 2006. p. 245.

## 4.2 LIMITAÇÕES AO SISTEMA RECURSAL

Também são exemplos importantes de influência da teoria do *stare decisis* no processo civil brasileiro as várias maneiras de ampliação dos poderes do relator, como também do próprio juiz de primeiro grau, nos casos em que verificar que a decisão impugnada pelo recurso interposto está em consonância com as decisões reiteradas ou súmulas dos tribunais superiores (art. 557 e 527, 544, § 4º, e 518, §1º do Código de Processo Civil).

Na nomenclatura dada por Didier<sup>36</sup>, trata-se de situações em que o legislador atribuiu ao precedente efeito obstativo da revisão das decisões, que não deixa de ser, em última análise, um desdobramento da força obrigatória destes julgados. Funcionam como técnicas de desestímulo à insubordinação injustificada, visto que ao impedir o processamento de recurso manifestamente em confronto com a jurisprudência dominante, busca-se evitar o abuso do direito de recorrer que prolonga injustificadamente as demandas.

Logo, a fim de manter incólume o posicionamento dos tribunais superiores, evitando o julgamento colegiado de causas repetitivas, o art. 557 do CPC dispõe que:

Art. 557. O relator negará seguimento ao recurso manifestamente admissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Por sua vez, o art. 518, §1º do CPC, atribuiu esse dever também ao juiz de primeiro grau, que, ao fazer o primeiro juízo de admissibilidade “não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”

O artigo 544, §4º do mesmo diploma legal, com redação dada pela Lei 12.322/10, segue a mesma linha, prescrevendo o seguinte:

36 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 394.

§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada;

II - conhecer do agravo para:

a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso;

b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;

c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

As disposições processuais vão ainda mais além, pois o §1º-A do artigo já citado, artigo 557, diz que “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”. Verifica-se, nessa hipótese, verdadeiro julgamento monocrático do mérito do recurso, reformando-se a decisão *a quo* tomando por base entendimento firmado em tribunal superior.

Destaque-se que o artigo 557 faz referência não somente aos entendimentos já sumulados, como também à jurisprudência dominante dos tribunais. Há, nesse ponto, a necessidade de definição da ideia de jurisprudência dominante, conceito aberto que, se utilizado de forma equivocada ou descuidada, pode dar ensejo a arbitrariedades e violação do devido processo legal. Somente pode ser considerada jurisprudência dominante a orientação reiterada, atual e prevalecente no âmbito de determinado tribunal, não integrando o conceito de jurisprudência dominante a mera existência de um ou de alguns julgados em determinado sentido.<sup>37</sup>

37 REDONDO, Bruno Garcia. **Precedente judicial**: aspectos essenciais. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 124, p.9-19, jul. 2013.p. 15.

Feitas as ressalvas necessárias, tais dispositivos são de fundamental importância, pois funcionam como filtros no processamento de tais recursos devido ao fato de serem apreciados de forma colegiada apenas aqueles apelos que não possuam precedentes consolidados pelos tribunais superiores. A ampliação dos poderes do relator funciona como técnica de aceleração da prestação jurisdicional e dá ensejo a claro racionamento de tempo na apreciação dos recursos em causas repetidas nos tribunais, conferindo maior concretude ao princípio da razoável duração do processo.<sup>38</sup>

Marinoni, um dos maiores entusiastas da vinculação dos precedentes no Brasil e defensor da aplicação dos fundamentos da teoria do *stare decisis*, avança mais ainda na matéria ao afirmar que “Não apenas as súmulas e a jurisprudência dominante, mas qualquer precedente - respeitante ou não a causas repetitivas - do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal abre oportunidade ao julgamento monocrático pelo relator.”<sup>39</sup>

Moreto,<sup>40</sup> ao discorrer sobre o tema, apesar de destacar a relevância da tendência, apresenta justificada crítica à forma como as mudanças foram introduzidas no ordenamento jurídico.

Quanto à ampliação dos poderes do relator e do juiz de primeiro grau, nosso descontentamento é aparente. Não porque somos contrários a tal tendência (embora pensemos que medidas nesse sentido devam ser adotadas com parcimônia), mas porque discordamos da forma atabalhoada com a qual foi incluída no ordenamento. Acima de tudo, chama atenção o tratamento nada harmônico conferido às diversas hipóteses previstas, gerados de relevante incoerência no sistema. Ora, qualquer que fosse a escolha do legislador, pensamos que os critérios utilizados nos arts. 38, da Lei nº 8.038/1990, 557, caput e §1º do CPC, 544, §4º, II, “b” e “c” do CPC, 120, par. único, do CPC, 518, §1º, do CPC e 285-A, do CPC, deveriam ser os mesmos em todos os casos (MORETO, 2012, p. 266).

38 ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Processos repetitivos e o novo CPC**: Ampliação do caráter vinculante das decisões judiciais. In: ROSSI, Fernando et al. O futuro do processo civil do Brasil: Uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 314.

39 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 512.

40 MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 2012. 308 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 266.

Tal posicionamento crítico merece atenção, visto que não há razão idônea para que determinados dispositivos façam referência somente à matéria sumulada enquanto que outros conferem efeito obstativo também à jurisprudência dominante, ou para que em certas hipóteses seja atribuído tal efeito às decisões do próprio tribunal e em outras somente aos precedentes dos tribunais superiores.

Imperiosa a unificação do tratamento dado ao tema, em especial com a valorização dos entendimentos oriundos dos tribunais superiores, órgãos que tem, por excelência, a função de definir o sentido das leis e da Constituição Federal. É o que se pretende obter com o regramento do Novo Código de Processo Civil.

### 4.3 SÚMULA VINCULANTE

Não obstante a relevância dos citados instrumentos de valorização da jurisprudência, foi com a Emenda Constitucional 45 de 2004, que trata da chamada reforma do Poder Judiciário, que os precedentes ganharam o mais alto grau de eficácia, em especial porque introduziu no ordenamento pátrio através do art. 103-A a súmula vinculante, posteriormente regulamentada pela Lei Federal 11.417/06.

Súmula é o enunciado de caráter normativo que revela a orientação jurisprudencial de um tribunal para casos análogos. As súmulas vinculantes, a seu turno, são definidas como pronunciamentos jurisdicionais decorrentes de reiteradas decisões sobre matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que condicionam os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a seguirem a mesma interpretação em suas decisões.

A súmula vinculante terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas e o seu enunciado tem como características a generalidade, abstração e imperatividade, impondo-se com força cogente sobre os seus destinatários.<sup>41</sup>

41 NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 912.

Nas palavras de André Ramos Tavares<sup>42</sup>,

Doravante, contudo, parece mais adequado compreender a súmula vinculante como um processo objetivo típico, embora com certas particularidades (TAVARES, 2005a:120), que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito vinculante) (TAVARES, 2005a, p. 120).

Ressalte-se, todavia, que a implementação da súmula vinculante no Brasil não significa adoção da doutrina do *stare decisis* como originalmente concebido, mas sim um “*stare decisis* brasileiro”.<sup>43</sup> Vejamos:

Não se discorda que um aspecto se faz presente em ambos os modelos – a vinculação. Mas a origem, o alcance, o funcionamento, entre outras coisas, tudo isso, se compararmos os dois modelos, é ainda bastante diferente, e foi isso que, desde o início, se quis deixar claro aqui. De toda sorte, a adoção da súmula universalmente vinculante é mais um passo para a interseção dos dois sistemas, o common law e o civil law, o que para o Brasil, abeberando-se da experiência dos outros países sem preconceitos, pode ser de grande valia (SOUZA, 2006, p. 263).

A súmula vinculante somente pode ser editada pelo Supremo Tribunal Federal e tem como pressupostos extraídos do art. 103-A, *caput* e §1º, a existência de reiteradas decisões sobre matéria obrigatoriamente constitucional e de controvérsia atual entre órgãos Judiciários ou entre estes e a administração pública, desde que essa controvérsia acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

42 TAVARES, André Ramos. Perplexidades do Novo Instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, jul/ago/set, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/andre-ramos-tavares/perplexidades-do-novo-instituto-da-sumula-vinculante-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 8 out. 2014.

43 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá. 2006. p. 263.

Como a súmula vinculante terá força cogente, mostra-se imprescindível que o tema esteja suficientemente debatido e sedimentado na Corte Suprema. Em regra, o efeito vinculante da súmula aprovada nos moldes do art. 103-A da CF, se opera de imediato e tem como consequência prática o cabimento de reclamação constitucional diretamente ao STF contra ato administrativo ou decisão judicial que deixar de cumprir o seu teor, a qual, se julgada procedente anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada.

Ademais, considerando o reforço à tendência de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e da atividade interpretativa e criativa do juízo, é imprescindível que a súmula vinculante não possua em sua dicção qualquer conceito vago, não dando margem a dúvidas quanto à sua incidência.

Caso isso aconteça, a súmula deixa de cumprir sua função essencial de apaziguamento das várias teses jurídicas possíveis para o caso, gerando ainda mais insegurança no ordenamento jurídico. É o que se pode dizer da Súmula Vinculante nº 11<sup>44</sup>, que ao tratar do uso das algemas traz expressões genéricas como “fundado receio de fuga” e “perigo à integridade física”, dando margem a diversas interpretações e aproximando-se de fórmula de enunciado legislativo.

Conclui-se, portanto, que o instituto da súmula vinculante, como definido pela Constituição Federal e pela legislação que regulamenta a matéria, é de grande valia para a implementação da isonomia e previsibilidade na ordem jurídica, desde que preenchidos adequadamente todos os requisitos para sua elaboração. Tem como pontos favoráveis ser produzida somente por tribunal superior, após aprovação com quórum qualificado de 2/3, desde que a matéria seja reiterada e esteja consolidada na jurisprudência daquele órgão, fornecendo aos cidadãos uma maior certeza do direito vigente.

Através da súmula identifica-se, com facilidade, uma jurisprudência firme e cristalizada, mas, porém, não imutável, visto que os diplomas que regem o tema já trazem as hipóteses e procedimento de sua revisão, a fim de que diante da mudança do contexto jurídico e social a jurisprudência não permaneça eter-

44 **Súmula Vinculante 11** - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

namente congelada. Essencial, portanto, maior utilização da súmula vinculante pelo STF, desde que preenchidos todos os pressupostos legais.

#### 4.4 RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA

Ainda sobre o tema da função dos tribunais superiores, dentre as reformas recentes, foi de grande significado no que tange à atuação do juiz no sistema de precedentes a inclusão dos artigos 543-B e 543-C no Código de Processo Civil, que trazem o processamento do julgamento dos recursos extraordinário e especial em causas repetitivas, ou seja, quando houver multiplicidade de recursos fundados em idêntica controvérsia ou idêntica questão de direito.

Nessas hipóteses, verificada a existência de vários recursos essencialmente iguais, cabe ao tribunal de origem, à turma de uniformização ou à turma recursal competente para fazer o juízo de admissibilidade do recurso, a atividade privativa de definir, em decisão irrecurável, quais os recursos extraordinários ou especiais que seguirão para o tribunal superior correspondente para julgamento e servirão de representação da controvérsia, enquanto que os demais – já apresentados ou interpostos depois dessa decisão – ficaram sobrestados na origem aguardando o posicionamento do STF ou STJ sobre a matéria (art. 543-B, §1º e art. 543-C, §1º).

O §2º do art. 543-C, por sua vez, estabelece que caso o tribunal de origem não realize o procedimento do §1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que em uma interpretação literal ou mesmo teleológico-sistêmica, bem como na ponderação dos interesses em jogo, cabe a suspensão inclusive de apelações pendentes de julgamento nos tribunais a quo.<sup>45</sup>

45 REsp 1.111.743-DF, Informativo 424 - STJ.

A doutrina chamou o procedimento de julgamento por amostragem, haja vista que o resultado dos recursos sobrestados depende da sorte daqueles recursos representativos que subiram aos tribunais superiores para análise. Caso seja negada a existência de repercussão geral, todos os demais recursos extraordinários serão automaticamente inadmitidos (art. 543-B, §2º, do CPC).

Na hipótese de não provimento do recurso extraordinário representativo, os tribunais de origem deverão declarar prejudicados os recursos extraordinários sobrestados, considerando que houve a perda superveniente do seu objeto (art. 543-B, §3º), enquanto que, tratando-se de recurso especial desprovido, caberá ao presidente ou vice-presidente do tribunal negar seguimento ao recurso no segundo grau (art. 543-C, §7º, I).

Por outro lado, sendo julgado procedente o recurso que serve de amostra, divergindo, portanto, do entendimento do tribunal de origem, as regras do procedimento preveem a possibilidade de retratação desse, alinhando-se à tese fixada no julgamento do mérito da questão. Opera-se um efeito regressivo automático, criando-se uma hipótese excepcional na qual o julgador pode modificar seu entendimento sobre a matéria em análise mesmo após a prolação da decisão, a fim de racionalizar o processamento dos recursos. Dispõe expressamente o artigo 543-C, §7º, II, do CPC que na hipótese de o acórdão recorrido divergir da tese consagrada pelo tribunal superior, o tribunal de origem, por meio do órgão competente para o julgamento do acórdão recorrido – em regra as turmas – examinará novamente a questão, podendo modificar sua anterior decisão.

Nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou – com razão – no sentido de que para manter sua decisão indo de encontro ao decidido pelo STJ, o tribunal de segundo grau não pode fazê-lo por motivação *per relationem*, mantendo o acórdão por seus próprios fundamentos. Deve, ao contrário, fundamentar detalhadamente sua decisão, colocando o processo em pauta para novo julgamento, haja vista que terá obrigatoriamente que rechaçar todos os argumentos jurídicos utilizados pelo tribunal superior nos julgamentos por amostragem.<sup>46</sup>

É na questão da retratação que reside a maior divergência e, conseqüentemente, a maior relevância para o tema tratado no presente traba-

<sup>46</sup> Informativo 419 - STJ, QO no RESP 1.148.726.

lho. A doutrina predominante entende que as teses fixadas no recurso julgado nos moldes dos artigos 543-B e 543-C não são vinculantes, de modo que o tribunal de origem não está obrigado a retratar-se. A justificativa apresentada para tal posicionamento decorre da interpretação meramente gramatical dos dispositivos citados, isso porque estabelecem que mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, será examinada a admissibilidade do recurso, o qual, caso ultrapassada essa fase, será encaminhado ao STF ou STJ para julgamento. O art. 543-B, §4º prevê inclusive que “Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.”

Todavia, partindo-se de uma análise teleológica e sistemática da norma, há de se chegar a conclusão diametralmente oposta. O ministro Teori Zavascki, em voto proferido na Reclamação Constitucional nº 4335, destaca o caráter objetivo da atuação do STF considerando a repercussão geral das matérias ali discutidas. Vejamos:

Ora, a norma regulamentadora considerou como indispensável à caracterização da repercussão geral que as questões discutidas sejam relevantes sob dois distintos aspectos: (a) o material (“relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico”) e (b) o subjetivo (“que ultrapassem o interesse subjetivo da causa”). Esse segundo requisito evidencia o caráter objetivo de que se reveste a formação do precedente. Justamente com base nessa circunstância, o STF, ao examinar a natureza e o alcance do novo regime, deixou inequivocamente acentuado o efeito expansivo das decisões dele decorrentes para os demais recursos, já interpostos ou que vierem a sê-lo.<sup>47</sup>

Se a função do STF é a de conferir a definitiva interpretação à Constituição Federal então, nada mais razoável que, providenciando isso em recurso extraordinário representativo de controvérsia, a decisão assim proferida obrigasse efetivamente os demais órgãos da jurisdição, mesmo sem edição de súmula vinculante. Pedro Decomain destaca que o recurso extraordinário em geral não

47 Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 20.3.2014.

serve somente para corrigir eventual injustiça na decisão recorrida, mas funciona como mecanismo verdadeiramente de jurisdição muito mais objetiva que subjetivam destinando-se a uma finalidade que é de interesse geral, seguindo para além do interesse do recorrente: obter interpretação uniforme da Constituição.<sup>48</sup>

Quanto à atividade dos tribunais superiores, Eduardo Parente<sup>49</sup> ensina que como consequência da estrutura piramidal que atribui o poder de definir interpretação do direito às cortes mais altas, é no mínimo coerente que seu produto seja potencializado em relação aos demais. Suas decisões devem dar as instruções a serem seguidas, até porque, a rigor é de todo esperado que os magistrados que chegam aos Tribunais Superiores tenham mais experiência e condições pessoais (art. 101 e 104 da CF) para fazer as escolhas que devem prevalecer.

Nesse contexto, conclui-se que a objetivação dos procedimentos nos tribunais superiores é evidente, afastando-os paulatinamente da função de corte revisora, como é fácil deduzir da análise dos dispositivos inseridos pela Lei 11.672/08, que acrescentou ao procedimento do julgamento dos recursos especiais representativos de controvérsia a possibilidade de que o relator solicite informações aos tribunais inferiores acerca da controvérsia, a necessidade de oitiva do Ministério Público acerca da matéria e a admissibilidade de intervenção de *amicus curiae* no processo. Tudo para aumentar os elementos de convicção do tribunal para fins de fixação do posicionamento definitivo da corte acerca da questão de direito ali discutida, pois a tese que prevalecer há de ser bem definida para que seja aplicada por todos os tribunais e juízos inferiores nos casos posteriores.

Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil continua a contemplar o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, unificando o procedimento em seção específica, nos artigos 1036 a 1041, incorporando as regras citadas acima acerca do recurso especial, confirmando a tendência de conferir caráter genérico e abstrato às decisões dos tribunais superiores.

48 DECOMAIN, Pedro Roberto. Recurso ordinário representativo de controvérsia e decisão com eficácia *erga omnes*: o art. 52, X, da CF. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 126, p.94-123, set. 2013. p. 96.

49 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência**: Da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006. p. 5.

Ademais, o projeto originário previa que a observância das teses fixadas em recursos representativos de controvérsia seria obrigatória, visto que impunha ao tribunal ao quo (art. 957, II, do PLNCPC) e aos juízes de primeiro grau (art. 958 do PLNCPC) o dever de adequar os processos sobrestados e os supervenientes ao decido no recurso representativo, uma evolução louvável na busca de segurança jurídica e isonomia da prestação jurisdicional. Todavia, infelizmente tais dispositivos foram excluídos do projeto quando passou pelo crivo do Senado Federal, mantendo-se as regras nos mesmos moldes do sistema atual.<sup>50</sup>

## 5 REFLEXOS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A maior aproximação da justiça brasileira à doutrina do *stare decisis*, com a paulatina atribuição de maior força obrigatória aos precedentes por meio de diversos instrumentos processuais certamente não possui somente pontos positivos, todavia, cabe ao operador do direito, utilizando-se com razoabilidade desses, aperfeiçoar a mecânica de aplicação da doutrina em cada país, fazendo com que as vantagens superem satisfatoriamente as desvantagens.<sup>51</sup>

Argumentam os doutrinadores que resistem à adoção da teoria dos precedentes no Brasil, que a atribuição de força vinculante a determinadas decisões judiciais, tais como a súmula vinculante, confere ao Poder Judiciário verdadeira atividade legislativa, usurpando a função típica do Poder Legislativo, visto que impõem aos juízes dos tribunais superiores o dever de definir normas jurídicas gerais e abstratas aplicáveis a casos concretos que se assemelhem ao precedente, em patente afronta ao princípio da separação dos poderes.

Entretanto, Marinoni esclarece que fundamentalmente os precedentes não têm natureza legislativa, porque podem ser posteriormente revogados pelos tribunais e tem eficácia obrigatória sobre os próprios membros do Judiciário. Além disso, destaca que os precedentes se situam em um nível intralegal, haja vista que a lei é tipicamente uma prescrição original ou um *novum* na ordem

50 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2014. p. 756.

51 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá. 2006. p. 283.

jurídica positiva<sup>52</sup>, ao passo que aqueles se limitam a definir qual a interpretação adequada a ser dada à lei vigente. Pode se dizer que para a fixação do precedente é pressuposto indispensável a existência de uma lei aplicável à hipótese em análise, cabendo ao interprete fazer somente a individualização da norma jurídica extraída do dispositivo legal, razão pela qual a elaboração de precedentes e a atividade legislativa estão situadas em planos de atuação distintos.

Sobre o princípio da separação de poderes, Marcelo Souza segue posicionamento semelhante, ao qual nos alinhamos, destacando que até os dias atuais desenvolveu-se uma nova concepção do princípio da separação dos poderes. Trata-se de um novo constitucionalismo que se afasta da ideia da rígida *séparation des pouvoirs* e consagra a ideia de *sharing of powers*, devendo ser abandonada a referência quase religiosa a separação dos poderes, mormente porque são bastante conhecidas as hipóteses de exercício por um dos Poderes do Estado de função típica de outro, podendo ser citado como exemplo o próprio controle concentrado de constitucionalidade, que representa muitas vezes uma atividade legislativa negativa<sup>53</sup>.

Ademais, há de se considerar que se os tribunais são instituídos pelo Estado para administrar a justiça em seu nome nos moldes das atribuições dadas pela Constituição Federal, pode se dizer que são depositários de uma parte da autoridade pública, tendo o “poder” de estabelecer normas jurídicas universais através de seus precedentes, desde que respeitados os limites extraídos dos dispositivos constitucionais e da legislação aplicável a matéria objeto de julgamento.

É também crítica recorrente à teoria dos precedentes é a afronta à regra da persuasão racional e princípio da independência funcional do juiz. Argumenta-se que o foco exagerado nos tribunais superiores e a edição frequente de enunciados e teses com eficácia vinculante transformaria o juiz de primeiro grau e os tribunais de segunda instância em meros reprodutores mecanizados do precedente, tolhendo-lhe da sua função constitucional de julgador e aplicador da lei.

52 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 203.

53 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá. 2006. p. 295.

A doutrina tradicional assegura liberdade exegética ao julgador nas suas decisões, desde que devidamente fundamentadas e coerentes com as normas legais vigentes. A independência funcional, por sua vez, é garantia constitucional do magistrado a fim de que não sofra ingerências externas nocivas ao ato de julgar, visto que esse deve atenção ao princípio da imparcialidade.

Embora não se discuta a ampla liberdade do juiz quando da análise dos fatos da causa, bem como da associação desses fatos com direito aplicável, no que tange à interpretação jurídica dada aos textos legais, essa liberdade não é absoluta.

Como todos os princípios que regem o ordenamento jurídico, o livre convencimento do juiz deve ser compatibilizado com os demais princípios protegidos pela ordem constitucional vigente, em especial o da igualdade de tratamento perante a lei, já tratado nesse estudo, afastando-se gradativamente do apego exagerado à liberdade de convicção do juiz.

Com efeito, a persuasão racional do juiz deve receber um novo conceito, já que a racionalidade exige que se pense no Poder Judiciário como um todo e que se preserve esse sistema, sob pena de incorrer em morosidade, aumento de recursos, processos, acúmulo de serviço, dentre outras externalidades negativas. O juiz singular não pode ser visto como autoridade máxima dissociada do conjunto geral, visto que todos os órgãos Judiciários são peças dentro do sistema de distribuição de justiça, de modo que para que este sistema possa realmente funcionar em um Estado Democrático de Direito, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário cumpra seus deveres perante os cidadãos.

Sobre a independência do magistrado, merecem destaque as sábias palavras de Herval Sampaio, que defende inexistir violação à independência dos juízes, se a Constituição atribui aos tribunais superiores o acertamento do direito objetivo em suas respectivas áreas de atuação. Vejam:

A prerrogativa dessa independência é da sociedade e não individual do magistrado, e não tem nada a ver com a questão do não cumprimento das orientações dos tribunais superiores e sim para que o juiz não seja pressionado, e diz respeito aos fatos e particularidades de cada caso e não quanto à tese jurídica acertada pelos tribunais superiores, em especial o STJ e STF que têm em nosso sistema a função constitucional de dizer a última palavra sobre a

compreensão das leis federais e da Constituição respectivamente, fato que hodiernamente não vem sendo cumprido a contento.<sup>54</sup> (SAMPAIO JUNIOR apud ROSSI, 2001, p. 322).

Ademais, não prospera a afirmação que o juiz de primeiro grau teria sua função esvaziada com a maior eficácia dos precedentes, visto que cabe a ele a análise da situação jurídica posta no caso concreto e definir se aquele se enquadra perfeitamente na hipótese do precedente, fazendo um juízo de adequação, cabendo-lhe afastar a tese fixada no precedente se os fatos que deram origem a este não tem semelhança com os julgados ou se a questão de direito. Além disso, não se pretende aqui atribuir força obrigatória a todos os precedentes existentes no Brasil, mas especialmente àqueles emanados das cortes superiores pelos procedimentos indicados supra, oriundos de jurisprudência claramente dominante e consolidada nestas ou, ainda, extraídos de incidente de uniformização de jurisprudência.

Ademais, não se pretende tornar o direito imutável, privando os juízes e tribunais de enxergar-lo sob uma ótica nova, caso o entendimento adotado anteriormente se mostre superado pela conjuntura social vigente. O que se busca é atingir a ideia de estabilidade, adotando-se uma fórmula que impeça que a sorte dos litigantes fique a sabor das frequentes mudanças das composições dos tribunais e alterações de entendimento disso decorrente ou da simples distribuição do feito a esse ou aquele órgão julgador, ou, o que é mais grave, da vaidade e teimosia do juiz de um caso, que recusa-se a aderir ao entendimento dominante, obrigando a parte a desgastar-se recorrendo aos tribunais superiores.<sup>55</sup>

Por fim, critica-se a adaptação das regras do *stare decisis* ao ordenamento brasileiro sob o argumento de que levaria a um engessamento do sistema, diante da rigidez dessa doutrina, o que suscita uma preocupação com a estagnação do desenvolvimento do direito e, mais gravemente, perpetuação de erros e injustiças diante da insensibilidade em relação ao surgimento de novos valores e modificação de fatos ao longo do tempo.

54 SAMPAIO JUNIOR, José Herval. Jurisprudência e precedente vinculante: Uniformização no STF e STJ. In: ROSSI, Fernando et al. **O futuro do processo civil do Brasil: Uma análise crítica ao projeto do novo CPC.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 322.

55 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente Judicial à Súmula Vinculante.** Curitiba: Juruá. 2006. p. 293.

É certo que o direito é uma ciência dinâmica, que não pode ser engessada por nenhum enunciado linguístico, já que deve refletir a evolução da sociedade. Logo, não é objetivo deste estudo afirmar que a jurisprudência predominante nos Tribunais Superiores deva ser imutável ou que se perpetue *ad aeternum*.<sup>56</sup>

Todavia, a crítica que se faz parte de uma compreensão equivocada da doutrina do *stare decisis*, a qual também é dotada de certo grau de flexibilidade. Os precedentes não devem ser imutáveis, podendo ser excepcionalmente alterados ou superados reconhecendo que uma aderência muito rígida aos precedentes pode levar à injustiça em um caso concreto e também restringir excessivamente o devido desenvolvimento do direito.<sup>57</sup>

Considera-se pressuposto para que o julgamento de um caso esteja obrigado pela decisão de um precedente, que haja uma identidade – não necessariamente absoluta - de fatos entre eles. Nessa linha, denomina-se de *distinguishing* a situação em que houver diferença palpável entre o caso concreto em julgamento e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) do precedente, ou porque, a apesar de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.<sup>58</sup>

Trata-se da mais elementar e mais comum hipótese de não aplicação de um precedente, pelo simples fato de que ele não se coaduna com o caso concreto em julgamento, mas que demanda do magistrado uma maior atenção na análise dos fatos fundamentais de cada caso, bem como do precedente, fazendo verdadeira atividade interpretativa a fim de definir qual a *ratio decidendi* do precedente e se ela é aplicável na situação que lhe é posta, o que afasta a alegação de que o juiz que segue a teoria dos precedentes torna-se um autômato.

56 LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica: A urgente necessidade de estabilização da jurisprudência. In: ROSSI, Fernando et al. **O futuro do processo civil do Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 56.

57 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 191.

58 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 402.

Sobre o *distinguishing*, entretanto, Marcelo Souza faz uma ressalva<sup>59</sup>:

O poder de distinguir é importante – não se nega – como meio de dar flexibilidade ao sistema e de fazer justiça no caso concreto. Entretanto, não pode ser levado ao extremo, sobretudo por assim ferir, com uma injustiça gritante, o princípio da isonomia. Sem falar que o uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que, com certeza, não é o desejado (SOUZA, 2006, p. 145).

Além do *distinguishing*, a doutrina do *stare decisis* traz também técnicas de superação do precedente, merecendo destaque o *overruling* e o *overriding*. O *overruling* pode ser entendido como a revogação do precedente, que perde sua força vinculante e é substituído por outro, o que pode ocorrer porque está obsoleto, quando é absolutamente injusto ou incorreto, ou quando se revelar inexequível na prática. Além disso, pode ocorrer de forma expressa ou tácita.

O *overriding*, por sua vez, ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente em função da superveniência de uma regra ou um princípio legal. Inexiste, portanto, superação total do precedente, mas apenas uma espécie de superação (revogação) parcial.<sup>60</sup>

Em todas as hipóteses, a incorreção, injustiça ou inconveniência do precedente devem ser claramente constatadas, como também avaliado o prejuízo para a estabilidade e confiança, dano à eficiência do sistema e diminuição da previsibilidade das decisões.

Todavia, há de se reconhecer que a modificação de entendimento tem caráter excepcional e depende de mudança do *status quo* que deu ensejo ao precedente, visto que a alteração corriqueira de posicionamento por mera discricionariedade do órgão julgador gera insustentável insegurança jurídica. Logo, só pode ser operada pelo próprio órgão que criou o precedente e merece funda-

59 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá. 2006. p. 145.

60 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 406.

mentação em dobro, trazendo argumentos relevantes que não poderiam ter sido levantados quando da fixação da tese ora superada. Entretanto, infelizmente, o que se verifica no ordenamento pátrio é o descumprimento destes pressupostos, sendo fato corrente na jurisprudência inclusive dos tribunais pátrios a alteração reiterada e injustificada do posicionamento acerca de determinadas matérias.

Nesse sentido, a Lei 9.784/99 prevê expressamente a possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula vinculante emitida pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, destaque-se que correta aplicação da teoria dos precedentes, em especial no que tange à postura do magistrado frente a ampliação da força obrigatória das decisões judiciais perpassa, sem dúvidas, pela compreensão da regra da motivação das decisões judiciais.

O artigo 93, IX, da Constituição Federal trata do tema prescrevendo que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Todavia, sob a ótica da valorização dos precedentes, é necessário que se faça uma releitura dessa regra, conferindo a necessária importância à motivação da decisão.

Sobre o tema, segue a lição de Didier:<sup>61</sup>

Considerando que o precedente judicial é hoje uma realidade inexorável no nosso sistema jurídico, bem como que, em um sistema de precedente, a motivação é a pedra de toque, núcleo mesmo – até porque é nela que está o precedente –, é imprescindível exigir maior qualidade na fundamentação dos atos decisórios (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2011, p. 398).

Não se considera devidamente motivado e fundamentado o ato decisório que se limita a citar artigos de lei ou precedentes judiciais, sem fazer a devida adequação desses ao caso em análise, bem como fundamentação genérica. É o que define o art. 476, parágrafo único, do Projeto de Novo Código de Processo Civil.<sup>62</sup> Portanto, é imperioso que no corpo da decisão judicial seja possível iden-

61 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 398.

62 Numeração constante no projeto após modificações do Senado Federal, extraída do site <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>

tificar com facilidade as questões de fato que foram indispensáveis ao deslinde da causa, bem como a tese jurídica adotada para que se chegasse ao dispositivo da sentença ou acórdão.

Isso se dá em virtude da valorização da função extraprocessual da fundamentação que servirá de parâmetro a ser seguido por aquele órgão judicial nas suas próximas decisões sobre casos análogos, mantendo a coerência dos seus julgados, como também terá a função de estabelecer um modelo de conduta a ser adotado pelos indivíduos que não participaram daquele processo, mas se enquadram em semelhante circunstância fática.

Desse modo, a regra de que as decisões devem ser fundamentadas merece ampliação que gera consequências diretas na atividade de julgar. Pode se dizer que a fundamentação de cada decisão judicial passa a conter não somente um discurso voltado para o caso concreto, ou seja, a solução particular obtida, mas também um discurso para a ordem jurídica e para a sociedade, com a delimitação da *ratio decidendi*, tese jurídica do precedente a ser observada.

Assim, embora se tenha no atual sistema processual a obrigatoriedade de indicação expressa das teses jurídicas adotadas no julgado somente nos casos de recursos repetitivos (art. 543-B e art. 543-C do CPC), nos incidentes de uniformização (arts. 476 a 479 do CPC) e no incidente de decretação de inconstitucionalidade (arts. 480 a 482 do CPC), pelo exposto é salutar que os magistrados busquem sempre definir com a maior clareza possível as teses jurídicas utilizadas para fundamentar suas decisões.

Mister destacar, ainda, que a questão da fundamentação adequada e motivação detalhada das decisões a fim de definir a sua *ratio decidendi* ganha especial relevo quando se trata de acórdão proferido pelos tribunais superiores. É nesse contexto que exsurge a importância da participação de sujeitos externos à relação jurídica a fim de contribuir com o julgamento do mérito da causa. O principal desses sujeitos é o *amicus curiae*. O art. 543-A, § 6º, do Código de Processo Civil, reconhecendo a relevância das matérias afetas ao crivo do Supremo Tribunal Federal, prescreve que “O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.” O art. 543-B, por

sua vez, também admite a participação desses sujeitos nos recursos especiais repetitivos, já tratados.

O Supremo Tribunal Federal ao dispor sobre a matéria vai ainda mais além, admitindo que cabe a intervenção do *amicus curiae* em qualquer tipo de processo, desde que: a) a causa tenha relevância; e b) a entidade tenha capacidade de dar contribuição ao processo.

Nesse contexto, resta evidente a tendência de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e de aumento da força expansiva da jurisprudência dos tribunais, o que impõe aos seus componentes o debruçamento atento sobre as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso que servirá de precedente para os demais, a fim de que a tese nele fixada perdure no tempo, evitando uma modificação reiterada e nociva do entendimento jurisprudencial sobre determinada matéria e dotando o sistema de maior previsibilidade e estabilidade.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já mencionado, há um direcionamento irretornável de aproximação entre as famílias jurídicas do *common law* e *civil law*, considerando-se superada a ideia que o juiz da segunda escola estaria adstrito somente à lei. O precedente é inerente a todo e qualquer sistema jurídico que tem ampla produção judicial, como é o caso do sistema brasileiro, em especial em virtude da massificação dos conflitos e verificação da multiplicação de demandas tratando essencialmente sobre o mesmo tema.

Sendo o precedente, ou melhor dizendo, a *ratio decidendi*, verdadeira norma jurídica fruto da interpretação do texto legal aplicado ao caso concreto, imperioso que ordenamento qualquer que seja sua filiação teórica confira maior força obrigatória aos precedentes.

Todavia, consideradas as peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, em especial a falta de tradição e maior aprofundamento acerca da doutrina do *stare decisis* não se pretende aqui sugerir que todos os precedentes de tribunais superiores tenham eficácia absolutamente vinculante. Com a adoção irrestrita da teoria do *stare decisis*, sem qualquer discussão prévia e sem as devidas adaptações, estar-se-ia implantando uma sistemática contrária às tradições

e às realidades do nosso país, de dimensões continentais e com grande diversidade sociológica e cultural.

O que se sugere é a utilização mais frequente e adequada dos instrumentos processuais de uniformização da jurisprudência que já existem na legislação processual, tais como o julgamento de recursos repetitivos, a súmula vinculante, o incidente de uniformização da jurisprudência. Da forma como foram regulamentados pelo legislador, extrai-se que a norma jurídica ali emitida deve ser tida como de observância obrigatória por todos órgãos inferiores, sob pena de esvaziamento dos dispositivos legais que tratam da matéria e patente prejuízo à população, que clama por segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais.

Ademais, é salutar uma mudança de postura por parte dos magistrados e demais órgãos que compõem o Poder Judiciário, passando a compreender a função institucional de forma global, não havendo como conceber uma liberdade irrestrita quanto às suas razões de decidir. O Poder Judiciário é uno, devendo dar tratamento uniforme a situações análogas, pois da estrutura piramidal do sistema infere-se que o julgador deve sempre buscar o fundamento de validade de suas decisões tanto nas leis quanto nos precedentes dos tribunais superiores. Se a Constituição Federal e a legislação processual conferiram a estes a competência de definir o sentido da lei e das regras constitucionais, cabe aos demais, sempre que possível, seguir o entendimento consolidado nestes tribunais.

A atividade jurisdicional deve servir para a concretização de direitos e princípios fundamentais, em especial a igualdade, segurança jurídica e duração razoável do processo, o que somente se alcança com um sistema racional de prolação de decisões, que sigam uma coerência no tempo e no espaço. Existindo jurisprudência dominante sobre determinado tema nos tribunais superiores, não há razão de ser para que o juízo de primeiro grau, por exemplo, julgue em dissonância a esse entendimento o que, ao contrário de solucionar o conflito da causa, somente obriga as partes a recorrerem até a última instância, prolongando nocivamente o processo.

Os precedentes judiciais tem presunção de correção, somente podendo ser afastados excepcionalmente, desde que exaustivamente motivada a decisão, podendo ser utilizadas, para tanto, as técnicas de *distinguishing* e *overruling*, se cabíveis. A solução do problema perpassa, portanto, pela maior cautela tanto

dos tribunais superiores quanto dos juízes hierarquicamente inferiores quando do ato de decidir.

Os tribunais devem buscar sempre a estabilidade de sua jurisprudência, fixando de forma perene seu entendimento sobre os temas mais relevantes, através de elaboração de enunciados de súmulas ou afetação dos recursos extraordinários e especiais ao rito dos artigos 543-C e 543-B do CPC, por exemplo. Além disso, ao decidir matéria de claro interesse público, o que provavelmente afetará milhares de pessoas que se encontrem na mesma situação, deve enfrentar na maior medida possível, as diversas teses jurídicas aplicáveis ao caso, contando para tanto com a realização de audiências públicas e contribuição de *amicus curiae*, por exemplo, a fim de que num momento próximo, ainda no mesmo contexto histórico e social, não haja a modificação do entendimento fixado.

## REFERÊNCIAS

DECOMAIN, Pedro Roberto. Recurso ordinário representativo de controvérsia e decisão com eficácia *erga omnes*: o art. 52, X, da CF. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 126, p.94-123, set. 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

FUX, Luiz (coordenador). **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Direito em expectativa**. (Reflexões acerca do Projeto do Novo Código de Processo Civil). 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2011.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito**: Algumas considerações sob a ótica do novo CPC. 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial->

como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 08 out. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 53, p.5-33, mar/abr. 2013. Bimestral.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 2012. 308 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <[http://www.levysalomao.com.br/files/temp\\_ls/Tese-Deposito.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/temp_ls/Tese-Deposito.pdf)>. Acesso em: 08 out. 2014.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 45 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: Da divergência à uniformização**. São Paulo: Atlas, 2006.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 124, p.9-19, jul. 2013.p. 15.

ROSSI, Fernando et al (Org.). **O futuro do processo civil do Brasil:** uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente Judicial à Súmula Vinculante.** Curitiba: Juruá. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro:** Eficácia, Poder e Função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado. 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito.** São Paulo: RT. 2004.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre** a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/pt-br.php>>. Acesso em: 08 out. 2014.

# O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA: O “JUS POSTULANDI” E O PAPEL DO JUIZ ENQUANTO CONDUTOR DO PROCESSO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS

**Luiza Morais Rodrigues Mendes<sup>1</sup>**

**RESUMO:** No Brasil, os Juizados Especiais Estaduais foram inaugurados com o advento da Lei Federal n.º 9.099/95, a fim de dar vazão ao que a doutrina designou de litigiosidade contida. Nesse contexto, o presente trabalho foi realizado com o objetivo de verificar a compatibilização entre a outorga de capacidade postulatória plena às partes nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e o direito de acesso efetivo à justiça. No desenvolvimento do estudo, foi realizada pesquisa exploratória, através de análise bibliográfica e documental de livros, revistas, dissertações, artigos científicos e precedentes judiciais, bem como de diplomas normativos, em especial a Constituição Federal e a Lei nº 9.099/95. Ademais, foi levada a efeito pesquisa de campo quantitativa com universo composto de 400 (quatrocentos) processos arquivados no ano de 2013 em três Juizados Especiais Cíveis no Estado do Rio Grande do Norte. Após realizada a pesquisa de campo, verificou-se surpreendente equilíbrio entre as demandas em que o autor contou com assistência de advogado e aquelas em que se autorrepresentou em juízo. A pesquisa empírica, associada ao estudo e reflexão dos conceitos teóricos relacionados à matéria, permitiu a conclusão de que a concepção atual de publicização do processo exige do magistrado postura mais ativa na condução dos litígios, de modo que a atribuição aos juízes de maior liberdade e poder de iniciativa é condição “sine qua non” para que os Juizados Especiais Cíveis Estaduais colimem os fins constitucionais para os quais foram institucionalizados.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Juizados Especiais Cíveis Estaduais. “Jus postulandi”. Maior liberdade e iniciativa dos juízes.

## 1 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E AS TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Já no final do século XIX, a preocupação com as garantias contra a interferência de um Estado agressor na esfera privada do indivíduo, típica do modelo

1 Especialista em Residência Judicial (Pós-Graduação *Lato Sensu*) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) em parceria com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn).

liberal então vigente, passou a ceder espaço a uma nova figura de Estado, garantidora do bem-estar social.

A evolução das relações sociais no sentido de um crescente interesse solidário atraiu para o Estado uma maior responsabilidade por sua satisfação<sup>2</sup>. Com a ampliação do rol de direitos fundamentais dos cidadãos, não mais se exigia uma abstenção estatal, mas uma atuação progressivamente positiva, ou prestacional, dos Poderes Públicos.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho<sup>3</sup>, o capitalismo mercantil e a emancipação da sociedade burguesa estão para a consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, como a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas estão para a complementação, ou substituição, dos direitos do cidadão burguês pelos do homem total.

A consagração dessa inflexão social revelou que a mera declaração de uma nova gama de direitos, se desacompanhada de mecanismos a fim de garantir a sua realização, é insuficiente ao atendimento dos anseios sociais. Na lição de Luiz Guilherme Marinoni<sup>4</sup>, “ter direitos e não poder tutelá-los corretamente é o mesmo que não tê-los”.

As transformações sociais havidas, então, tiveram de ser acompanhadas pela reformulação das instituições processuais. Como bem aponta Cândido Rangel Dinamarco<sup>5</sup>, o processo do Estado Liberal não poderia sobreviver nos regimes socialistas ou estar presente no Estado ocidental contemporâneo, de cunho social.

Para o referido doutrinador, o processo é vetor dos valores que a ordem constitucional pretende privilegiar<sup>6</sup>. Nesse pórtico, a concepção do processo civil sob um enfoque exclusivamente técnico, denominada de fase autonomista

2 JELLINEK, Georg apud DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 17.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Lisboa: Almedina, 2002, p. 383.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 189.

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33.

6 MARINONI, op. cit., p. 317.

do direito processual, deu lugar à abertura para os preceitos constitucionais e, assim, também para as preocupações sociais.

Conquanto a abstração do processo e sua observação empírica tenham sido importantes para o amadurecimento do direito processual como ciência, principalmente por terem estabelecido as bases para a sua publicização, a necessidade inicial de isolamento em face do direito material ultimou por constituir o processo um fim em si mesmo.

A neutralidade perseguida pela lógica processual liberal, frente à nova realidade social que se apresentava, transformou-se em verdadeira indiferença ao direito material. O processo assumiu rigorismos e formalismos que, de tão exacerbados, findaram por afastar sobremaneira a jurisdição de sua principal finalidade, dar guarida aos direitos substanciais<sup>7</sup>.

Nesse contexto, é proposta a retomada de relações entre o processo e a tutela de direitos. Não se pretendia, contudo, desprocessualizar o ordenamento jurídico ou tampouco retroceder ao sincretismo de outrora, mas visava-se à conciliação entre direito processual e direito material, para que aquele viesse a servir à proteção deste último. A este pensamento, Dinamarco<sup>8</sup> dá o nome de “instrumentalidade do processo” – ou “instrumentalidade do sistema processual” – e lhe dedica uma obra inteira.

A ação, portanto, não era mais enxergada exclusivamente enquanto meio de defesa, mas também como instrumento necessário para assegurar o gozo de direitos fundamentais antes proclamados. Deixou de ser concebida enquanto um ato solitário, que se resume a invocar a jurisdição<sup>9</sup>, para ser o meio pelo qual o Estado outorga concretude à tutela de direitos prometida.

Com essa nova perspectiva do acesso à Justiça, caía por terra a premissa liberal segundo a qual as partes em litígio o disputavam em igualdade de condições.

Para Canotilho<sup>10</sup>, a igualdade pode e deve ser considerada um princípio de cunho social. Diferentemente da estrutura lógica formal de identidade, a

7 Ibid., p. 243.

8 Op. cit., 17-380 passim.

9 MARINONI, op. cit., p. 218-219.

10 Op. cit., p. 426-428.

igualdade, segundo ele, pressupõe diferenciações. No mesmo compasso, Robert Alexy<sup>11</sup> afirma não existir uma igualdade ou uma desigualdade em relação a todos os aspectos entre indivíduos e situações humanas, de modo que uma ou outra deve ser, necessariamente, valorativa.

E, assim, renasce o debate acerca do acesso à Justiça, em um cenário onde o processo foi concebido, segundo Dinamarco<sup>12</sup>, como miniatura do Estado democrático, ou microcosmos do Estado de Direito, pautado pela abertura à participação efetiva dos sujeitos, agora tratados sob as regras da isonomia ou da igualdade substancial.

Por sua vez, Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>13</sup> anotam que o acesso à Justiça pode ser classificado como o mais básico dos direitos humanos, requisito fundamental de um sistema jurídico “moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos<sup>14</sup>”.

## 2 OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS E O “JUS POSTULANDI” ATRIBUÍDO À PARTE

### 2.1 OS JUIZADOS ESPECIAIS NO CONTEXTO DAS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Consoante se iniciou a debater, Cappelletti e Garth<sup>15</sup> identificaram, em seus estudos, esforços ocorridos nos países ocidentais visando a proporcionar acesso efetivo à ordem jurídica. Essas mobilizações foram sistematizadas pelos autores em três momentos, as denominadas “ondas” de acesso à Justiça.

11 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 400.

12 Op. cit., 2008, p. 369.

13 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 12.

14 Embora tenham advertido, em sua obra, que a perfeita paridade de armas entre as partes é utópica – ou, em outras palavras, ser inalcançável a garantia de que, para a conclusão final do processo, seriam indiferentes os fatores estranhos ao direito –, Cappelletti e Garth (1988, p. 15) não entendem que essa constatação significa impeditivo para que sejam propostos avanços no sentido de minimizar os obstáculos enfrentados pelos litigantes a fim de obter acesso à Justiça.

15 Op. cit., p. 31-73 passim.

A primeira onda se concentra na assistência jurídica aos pobres, a fim de suplantar o obstáculo talvez mais óbvio de acesso à Justiça, os custos do processo<sup>16</sup>; a segunda, na representação dos interesses difusos; e a terceira, por eles designada “novo enfoque do acesso à Justiça”, consiste na proposta de reformulação “no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas<sup>17</sup>”.

À vista desse quadro, o advento da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) tem por missão atingir a terceira onda “cappelletiana”<sup>18</sup>, instituindo um procedimento voltado a atender causas com baixo valor econômico e menor complexidade.

Prima, assim, por tutelar pretensões que normalmente não seriam deduzidas em juízo não fosse o procedimento simplificado e a sua gratuidade em primeiro grau de jurisdição<sup>19</sup>. Em outras palavras, apresenta-se como canal de desafogo da litigiosidade contida, expressão cunhada por Kazuo Watanabe<sup>20</sup> para

16 Os custos devidos não se exaurem com as taxas endereçadas – muitas vezes em adiantamento – ao Poder Judiciário; compreendem também o pagamento de honorários de advogado, dos ônus da sucumbência e o dispêndio exigido com a produção de prova, os quais não se pode ignorar ao avaliar a viabilidade de propor uma ação, tendo em vista a incerteza do resultado final, inerente ao processo. Pode-se, contudo, ir além, pois em um país de dimensões continentais e com altos indicadores de desigualdade social, onde o processo de interiorização da jurisdição é incipiente e anda a passos curtos, nem mesmo os gastos com transporte ou alimentação devem ser desconsiderados. Não raro as partes têm de se deslocar a outra cidade para comparecerem em juízo, o que ocorre com maior frequência quando os litígios escapam à competência da Justiça Comum Estadual. O problema dos custos assume especial relevância quando envolve pequenas causas, uma vez que os valores despendidos para o ingresso e a permanência em juízo, se não superarem o proveito econômico, “podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade. Outro aspecto a ser considerado diz respeito à influência que o tempo é capaz de exercer sobre os custos, o que pode acabar pressionando o litigante economicamente mais vulnerável a abandonar a causa ou a aceitar acordos em valores bastante inferiores àqueles que teria direito. Em outras palavras, quando não impedem o cidadão de propor a ação, os entraves econômicos podem se impor no curso do processo, forçando, em qualquer dos casos, parte significativa da sociedade a abrir mão de seus direitos.

17 Ibid., p. 67-68.

18 Lagrasta Neto (apud DINAMARCO, 2008, p. 324) atenta para o fato de que o incurso na terceira onda através da criação dos Juizados Especiais deu-se de modo indissociado da segunda onda; vale dizer, que não pressupôs a superação das barreiras à tutela dos interesses difusos.

19 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais e federais**: uma abordagem crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 05.

20 Apud DINAMARCO, op. cit., p. 334.

denominar a resignação daqueles que, descrentes na pacificação estatal para o seu conflito, optam por se manter à margem do Judiciário, muitas vezes renunciando a seus direitos.

## 2.2 BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO

A criação dos Juizados Especiais tem previsão constitucional no art. 98, inciso I<sup>21</sup>, da Carta Republicana. Somente após o Supremo Tribunal Federal decidir, no Habeas Corpus n.º 71.713-6, que a competência legislativa para criar e regular o procedimento dos novos órgãos é exclusiva da União, a Lei Federal n.º 9.099/95 foi finalmente publicada, em 26 de setembro de 1995.

Preciso é o ensinamento de Luiz Felipe Salomão<sup>22</sup> quando atenta que o Diploma Federal em comento, conquanto seja o único veículo normativo para traçar normas gerais de processo e procedimento, não criou efetivamente os Juizados Especiais. Em vez disso, delegou ao legislador estadual a sua instituição, com possibilidade de estabelecimento de regras especiais, desde que estas, por óbvio, não venham a contrariar o regramento federal. No Rio Grande do Norte, a criação dos Juizados Especiais se deu com a entrada em vigor da Lei Estadual n.º 6.845<sup>23</sup>, de 27 de dezembro de 1995.

Contudo, data de momento anterior à edição da Lei nº 9.099/95 o primeiro registro da experiência pátria com os Juizados Especiais. Na década de 1980, foram instituídos no Rio Grande do Sul os Conselhos de Conciliação e

21 Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:  
(...)

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (...).

22 SALOMÃO, Luiz Felipe. **Roteiro dos juizados especiais cíveis**. São Paulo: Forense, 2009. p. 08.

23 Cria os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Estadual do Rio Grande do Norte, e dá outras providências.

Arbitramento, experiência pioneira que, em que pese não contasse com aparato legal ou função judicante, revelou-se bem sucedida<sup>24</sup>.

Os Conselhos eram compostos por pessoas da comunidade, preferencialmente membros aposentados de carreiras jurídicas e professores, que buscavam conferir soluções extrajudiciais a conflitos que versassem sobre direitos disponíveis<sup>25</sup>.

O sucesso da iniciativa gaúcha culminou na edição da Lei Federal n.º 7.244/84. Referido Diploma dispunha sobre a criação e o funcionamento dos Juizados Especiais de Pequenas Causas<sup>26</sup>, cuja competência foi estabelecida valendo-se de critério exclusivamente econômico, para processar e julgar causas de até vinte salários mínimos.

Foi só então que, inaugurada uma nova ordem constitucional em 1988, amparado na previsão contida no já mencionado art. 98, inciso I, da Carta Republicana, o legislador editou a Lei n.º 9.099/95, revogando expressamente a Lei Federal anterior que dispunha sobre os Juizados de Pequenas Causas, hoje não mais existentes.

Fala-se na doutrina<sup>27</sup> que a Lei dos Juizados Especiais promoveu uma remodelação do sistema anterior, com destaque para o alargamento da competência, agora definida a partir do valor da causa<sup>28</sup> e da complexidade da matéria posta em discussão.

24 CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. **O papel do condutor do processo (juiz togado, juiz leigo e conciliador) no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais**. 2010. 232 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/22022/DISSERTACAO%20-%20MESTRADO%20-%20GUILHERME%20AUGUSTO%20BITENCOURT%20CORREA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 abr. 2014. p. 26-28.

25 MARTINS, Queila Jaqueline Nunes; ANJOS, Ester Dorcas Ferreira dos. **Teoria da argumentação jurídica em Manuel Atienza e acesso à Justiça**: uma análise do *jus postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)> - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 02 abr. 2014, p. 1586.

26 SALOMÃO, op. cit., p. 08.

27 REINALDO FILHO apud MARTINS; ANJOS, op. cit., p. 1587.

28 Esta também ampliada para quarenta salários mínimos (art. 3º, I, Lei nº 09.099/95).

## 2.3 PRINCÍPIOS INFORMADORES

O sistema originado com os Juizados Especiais é informado pelos princípios enumerados no art. 2º da Lei nº 9.099/95, a saber: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e busca da autocomposição. Para Alexandre Freitas Câmara<sup>29</sup>, o caráter geral dos princípios ali elencados os torna vetores hermenêuticos, de modo que toda interpretação da Lei dos Juizados Especiais só será legítima se levá-los em consideração.

Antes de examinar os princípios um a um, importa frisar que, tendo por objetivo analisar o “jus postulandi” nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, o presente trabalho não comporta prolongamentos acerca dos princípios – ou de qualquer outro aspecto atinente à Lei nº 9.099/95 – à luz da matéria criminal. Limitar-se-á o estudo, portanto, à seara cível, em atenção ao problema de pesquisa proposto.

Estabelecidas essas premissas, merece análise a oralidade, que, na lição de Giuseppe Chiovenda<sup>30</sup>, é princípio que se desdobra em cinco postulados: a prevalência da palavra falada sobre a escrita, concentração dos atos processuais em audiência, imediatidade entre o juiz e a prova oral, identidade física do juiz e irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

O legislador buscou privilegiar o primeiro aspecto, atinente à predominância da palavra falada, ao estabelecer o procedimento oral para a realização de diversos atos processuais<sup>31</sup>.

A concentração dos atos processuais em audiência busca, por um lado, imprimir maior celeridade ao trâmite processual e, por outro, assegurar o contato imediato entre o juiz e as fontes de prova oral. No procedimento institucionalizado pela Lei nº 9.099/95, durante a fase de cognição, à exceção do ajuizamento da demanda, todos os demais atos deverão ser realizado nas audiências de con-

29 OP. CIT., P. 07.

30 APUD CÂMARA, OP. CIT., P. 08.

31 São eles: a outorga de advogado (art. 9º, § 3º), propositura da demanda (art. 14), oferta de defesa (art. 30), oposição de embargos declaratórios (art. 49), requerimento de execução de sentença (art. 52, IV) e oposição de embargos à execução (art. 53, § 1º). Há previsão, ainda, de que a prova oral colhida não será reduzida a escrito (art. 36).

conciliação e/ou de instrução e julgamento, previstas, respectivamente, nos arts. 21 e seguintes, e 27 e seguintes daquele Diploma. Consoante a dicção do art. 27<sup>32</sup> da Lei dos Juizados Especiais, as audiências de conciliação e instrução serão realizadas, sempre que possível, no mesmo dia.

Da imediatidade infere-se que deve haver contato direto entre o magistrado e as pessoas que irão prestar depoimento no processo<sup>33</sup>. Desse postulado, decorre a exigência de que o juiz que colheu a prova seja aquele a valorá-las para o fim de proferir sentença ou, em outras palavras, advém a necessidade de observância da identidade física do juiz.

Outrossim, vige no microsistema dos Juizados Especiais o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, estampado nos arts. 41<sup>34</sup> e 48<sup>35</sup> da Lei nº 9.099/95. Isso significa que uma vez proferida decisão interlocutória no feito não é cabível recurso, inexistindo previsão legal para interposição de agravo, ainda que derivada da subsidiariedade do Código de Processo Civil. Doutra banda, não se quer dizer que a irrecorribilidade, por si só, sujeita a matéria veiculada à preclusão, pois que ela pode ser novamente suscitada após o advento da sentença, junto às razões do recurso<sup>36</sup>.

A doutrina<sup>37</sup> aborda a informalidade e a simplicidade enquanto conformadoras de um único princípio, cujo principal escopo é o desapego ao rigor e ao formalismo nos atos processuais em prol do atendimento dos fins para os

32 Art. 27. Não instituído o juízo arbitral, proceder-se-á imediatamente à audiência de instrução e julgamento, desde que não resulte prejuízo para a defesa.

Parágrafo único. Não sendo possível a sua realização imediata, será a audiência designada para um dos quinze dias subsequentes, cientes, desde logo, as partes e testemunhas eventualmente presentes.

33 CÂMARA, OP. CIT., P.11.

34 Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

§ 1º O recurso será julgado por uma turma composta por três Juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 2º No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado.

35 Art. 48. Caberão embargos de declaração quando, na sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

Parágrafo único. Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

36 CÂMARA, op. cit., p. 14-15.

37 Ibid., p. 16.

quais foram pensados. Destaque-se, neste sentido, a possibilidade de intimação por qualquer meio idôneo de comunicação (art. 19<sup>38</sup>) e a sua realização, com frequência cada vez maior na praxis forense, via telefone ou *e-mail*.

A esse respeito, cumpre invocar as considerações de Dinamarco<sup>39</sup>, que afirma constituir a excessiva preocupação com os temas processuais condição favorável ao esquecimento da condição instrumental do processo. Em sua visão, o tecnicismo exacerbado tem o significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos de cada momento processual.

Por sua vez, Marinoni<sup>40</sup> diz que a deformalização constitui uma tendência diante do formalismo lento do procedimento comum, contribuindo para a facilitação do acesso à Justiça. Para ele, por não serem burocratizados e formais em mesmo nível que outros órgãos do Judiciário, os Juizados são mais simpáticos ao cidadão comum, que se revela menos intimidado.

O postulado acima debatido guarda íntima relação com a economia processual, a qual recomenda o aproveitamento máximo do resultado na atuação jurisdicional com o mínimo emprego possível de atividades processuais<sup>41</sup>. A instituição do pedido contraposto pela Lei dos Juizados Especiais (art. 17, parágrafo único<sup>42</sup>) otimiza o princípio em referência, pois permite que o demandado, a um só tempo, defenda-se das acusações autorais e deduza pretensão própria em juízo, extraindo-se vantagem maior de um só ato, com menor dispêndio de esforços e tempo de ambas as partes, bem como do Judiciário.

38 Art. 19. As intimações serão feitas na forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação.

§ 1º Dos atos praticados na audiência, considerar-se-ão desde logo cientes as partes.

§ 2º As partes comunicarão ao juízo as mudanças de endereço ocorridas no curso do processo, reputando-se eficazes as intimações enviadas ao local anteriormente indicado, na ausência da comunicação.

39 Op. cit., p. 316.

40 Op. cit., p. 210.

41 Salomão, op. cit., p. 27.

42 Art. 17. Comparecendo inicialmente ambas as partes, instaurar-se-á, desde logo, a sessão de conciliação, dispensados o registro prévio de pedido e a citação.

Parágrafo único. Havendo pedidos contrapostos, poderá ser dispensada a contestação formal e ambos serão apreciados na mesma sentença.

O desafio da *celeridade* traduz-se em equilibrar a máquina estatal a fim de que diga a jurisdição com segurança, justiça e rapidez. Ressalta Marinoni<sup>43</sup> que, em que pese a celeridade seja privilegiada no procedimento sumaríssimo, não pode a agilização do procedimento constituir a razão de ser dos Juizados.

Segundo o aludido jurista, a ideia de se pensar no Juizado como mero órgão destinado à aceleração de feitos é absurda, pois o seu maior escopo é o de garantir maior e mais efetivo acesso à Justiça. A celeridade seria, então, apenas um fator dentre vários outros voltados ao mesmo fim, de modo que uma prestação ágil, se desacompanhada de uma reordenação na mentalidade dos operadores do direito, findaria por revelar-se estéril.

Finalmente, em atenção ao princípio da conciliação, também denominado pela doutrina de busca da autocomposição<sup>44</sup>, o juiz e o conciliador devem zelar para que as partes, em consenso, encontrem um caminho para a solução de seus conflitos.

Cappelletti e Garth<sup>45</sup> sustentam que além do alívio que a conciliação confere à sobrecarga dos tribunais, o que consideram uma vantagem óbvia, as partes têm mais facilidade de aceitar um acordo do que um decreto judicial unilateral, uma vez que este geralmente declara uma parte vencedora e outra, vencida.

Assevera Luiz Felipe Salomão<sup>46</sup> que, ao dar ênfase à conciliação, a Lei dos Juizados Especiais não deseja “a mera tentativa pálida de acordo com simples indagação às partes sobre sua possibilidade”. Em seu entendimento, a lei exige uma maior interação entre as partes, o conciliador ou magistrado, que leve o Estado-juiz a abandonar a sua posição de inércia para intervir mais energicamente, formulando hipóteses, sugerindo alternativas e até mesmo aconselhando as partes sobre os riscos de suas escolhas. Para o Ministro, a mudança imbuída na Lei nº 9.099/95 não é só comportamental, mas, antes disso, de mentalidade.

43 MARINONI APUD MARINONI, OP. CIT., P. 210.

44 CÂMARA, OP. CIT., P. 20-21.

45 CAPPELLETTI; GARTH, OP. CIT., P. 83-84.

46 OP. CIT., P. 27.

## 2.4 O “JUS POSTULANDI” ATRIBUÍDO À PARTE (ART. 9º, LEI Nº 9.099/95)

No contexto de descomplicação do direito e com o afã de proporcionar uma maior aproximação entre a justiça e o cidadão, a Lei dos Juizados Especiais prevê, em seu art. 9º<sup>47</sup>, a possibilidade de o litigante fazer-se representar sem assistência profissional de advogado nas causas cujo valor não ultrapasse vinte salários mínimos.

A capacidade postulatória plena – ou o *jus postulandi* – da parte está adstrita ao primeiro grau de jurisdição, pois, consoante a redação do art. 41, § 2º<sup>48</sup>, da Lei nº 9.099/95, em sede de recurso, a presença do advogado é obrigatória para ambas as partes, independentemente do valor da causa.

Com efeito, Cappelletti e Garth<sup>49</sup> apontaram em sua obra que o pagamento de honorários aos advogados constitui importante barreira econômica ao acesso à Justiça. Segundo os estudiosos do Projeto de Florença, “a mais importante despesa individual para os litigantes consiste, naturalmente, nos honorários advocatícios”. Ademais, como já referido, sustentam que as causas que envolvem somas menores são as mais prejudicadas pelas barreiras dos custos, dada a desproporção entre os dispêndios que exige a sua apresentação em juízo e o proveito que são capazes de proporcionar.

Atento a essa realidade, o legislador de 1995 engendrou, com a regra inserta no art. 9º da Lei nº 9.099/95, esforço no sentido de garantir ao cidadão comum acesso aos órgãos do Poder Judiciário.

47 Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

§ 2º O juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.

§ 3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais.

§ 4º O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado, munido de carta de preposição com poderes para transigir, sem haver necessidade de vínculo empregatício.

48 Cf. nota de rodapé 52.

49 Op. cit., p. 15-20 passim.

Não se quer dizer com isso que o instituto do “jus postulandi” foi inaugurado em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei dos Juizados Especiais. O direito de litigar pessoalmente em juízo já era previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas, de 1943, precisamente em seu art. 791<sup>50</sup>; no art. 654<sup>51</sup> do Código de Processo Penal, datado de 1941; e no próprio Código de Processo Civil, de 1973, cujo art. 36<sup>52</sup> faculta à parte litigar em causa própria se tiver habilitação legal “ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

No processo civil, entretanto, representa importante inovação, tendo em consideração que a norma do *Codex* de 1973, por se tratar de exceção, não afasta a incidência da regra geral da assistência obrigatória. De modo diverso, conforme a regra do art. 9º da Lei dos Juizados Especiais, é lícito à parte dispensar a assistência de advogado ainda que não haja qualquer impedimento ou impossibilidade ao auxílio profissional.

Trata-se, como bem aduz Janete Ricken Lopes de Barros<sup>53</sup> em sua tese de mestrado, de uma atribuição de maior liberdade jurídica ao indivíduo por parte do legislador, na busca de garantir a eficácia do acesso à Justiça e dos demais direitos fundamentais, tuteláveis que são unicamente pelo Estado, detentor do monopólio da jurisdição.

50 Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

§ 1º - Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º - Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado.

§ 3º A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada.

51 Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

52 Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

53 BARROS, Janete Ricken Lopes de. **O acesso à Justiça o e jus postulandi**: advogado: imprescindível, sim; indispensável, não. 2010. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público - Idp, Brasília, 2010. Disponível em: <[www.idp.edu.br/component/.../177-o-acesso-a-justica-e-o-jus-postulandi](http://www.idp.edu.br/component/.../177-o-acesso-a-justica-e-o-jus-postulandi)>. Acesso em: 02 abr. 2014. p. 59-70 passim.

A atribuição de capacidade postulatória plena nos Juizados Especiais enfrenta resistência no mundo jurídico, em grande parte sob o argumento de que o art. 133<sup>54</sup> da Constituição Federal prega a indispensabilidade do advogado à administração da justiça.

A controvérsia chegou a ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 1539-7. O debate acerca do “jus postulandi” proposto neste trabalho, contudo, não tem como ponto central a figura do advogado ou possíveis agressões ao múnus público que ele exerce, em que pese sua indiscutível relevância.

Almeja-se analisar o instituto sob o enfoque do jurisdicionado, especialmente a fim de perquirir se a regra inscrita no art. 9.º da Lei dos Juizados Especiais, tal qual posta em prática, é capaz de lhe assegurar mais amplo acesso à Justiça. Deste modo, no tocante ao julgamento citado, importa ao estudo apenas ressaltar que a Corte Constitucional concluiu pela inexistência de incompatibilidade entre o art. 9º da Lei dos Juizados Especiais e o art. 133 da Constituição.

Nesse viés, cumpre gizar, em um primeiro momento, que a ampliação da esfera de autodeterminação do indivíduo consistente no “jus postulandi”, a fim de colimar o objetivo para o qual foi proposto, pressupõe a superação da barreira atinente ao conhecimento da população acerca de seus direitos – o que envolve, antes de tudo, a conscientização sobre o próprio direito à jurisdição. Em outras palavras, a atribuição de capacidade postulatória plena ao indivíduo exige que ele tenha compreensão do sistema para que com ele possa interagir de forma cidadã<sup>55</sup>. Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>56</sup>, “Direito Positivo não sabido é direito inexistente. Quem dele não sabe, não o reivindica; sem o seu conhecimento, não há seu exercício”.

Outro óbice ao acesso à Justiça, também já debatido acima, diz respeito ao ambiente formal e demasiadamente técnico que envolve o Poder Judiciário, transformando os tribunais em lugares que, de tão complexos, muitas vezes

54 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

55 MARTINS; ANJOS, op. cit., p. 1582.

56 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes apud BARROS, op. cit., p. 61.

parecem hostis ao cidadão comum. Tomem-se por exemplo as expressões em latim, comumente utilizadas nas petições endereçadas aos juízes. Além disso, uma vez suscitadas em matéria de defesa, as questões preliminares elencadas no art. 301 do Código de Processo Civil, de ordem eminentemente processual, exigem do demandante conhecimentos específicos para que possa rebatê-las com o mínimo de razoabilidade.

A esses aspectos deve-se somar o fato de que o microsistema dos Juizados Especiais foi todo ele – incluso, por óbvio, o instituto do “jus postulandi” – pensado para entregar a jurisdição às camadas menos favorecidas da população, em sua maioria consumidores e trabalhadores que se deparam, do lado adverso da lide, com grandes empresas ou organizações. Essas últimas, por sua vez, intituladas na obra de Cappelletti e Garth<sup>57</sup> de “litigantes habituais”, não bastasse a vantagem que impõem com o poder econômico que ostentam, contam com assistência jurídica especializada para defender seus interesses.

Consideradas essas questões, almeja-se investigar<sup>58</sup> com este trabalho se a liberdade jurídica traduzida no “jus postulandi” no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais pressupõe a capacidade do cidadão para exercê-lo. Vale dizer, propõe-se avaliar se, uma vez em juízo, livre do auxílio do advogado, o cidadão comum teria condições de litigar em paridade de armas com o seu adversário, intervindo ativamente na realização dos atos e na formação do convencimento do magistrado.

Mais do que isso, visa-se investigar o papel do juiz na condução dessas demandas, a fim de garantir que a regra inculpada no art. 9º da Lei nº 9.099/95 não seja apenas simbólica ou que importe, na prática, que a acessibilidade plena ao ordenamento jurídico justo está reservada aos litigantes esclarecidos e detentores de poder aquisitivo.

57 Op. cit., p. 25-26.

58 Ressalte-se, por oportuno: sem a intenção de exaurir a matéria, mas principalmente de propor uma reflexão aos operadores do Direito.

### 3 PESQUISA DE CAMPO: REFLEXOS DO “*JUS POSTULANDI*” NA PRÁTICA FORENSE SOB A ÓTICA DOS PROCESSOS FINDOS EM TRÊS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO RIO GRANDE DO NORTE

Neste capítulo, abordar-se-á a pesquisa de campo qualitativa realizada a fim de contribuir para a elucidação dos problemas de partida que moveram o presente trabalho. É sabido que a pesquisa científico-empírica nos estudos jurídicos não conta com o mesmo reconhecimento e força se comparada a outras áreas do conhecimento, o que se deve principalmente ao fato de que o direito não é uma ciência exata. No entanto, cumpre advertir que o intuito que ensejou a pesquisa desempenhada não foi o de substituir-se aos estudos teóricos, mas sim o de lhes oferecer complemento<sup>59</sup>.

Feitas essas considerações iniciais, convém explicitar a metodologia empregada, a qual compreendeu a observação, colheita e a posterior análise dos dados através de documentação direta, que conduziu à produção dos gráficos constantes do apêndice do trabalho.

A colheita de dados foi realizada por meio de formulários, os quais continham ambas perguntas abertas e fechadas. Fabio Appolinário<sup>60</sup> ensina que o formulário é um “instrumento de pesquisa, similar a um questionário, porém a ser preenchido pelo próprio pesquisador”.

O universo da pesquisa compõe-se de 400 (quatrocentos) processos que estiveram em trâmite perante três Juizados Especiais Cíveis de duas Comarcas do Rio Grande do Norte, a saber: 200 (duzentos) processos arquivados no 2º Juizado Especial Cível de Parnamirim/RN; 100 (cem), no 4º Juizado Especial Cível Central de Natal/RN (também designado Juizado da Microempresa); e 100 (cem), no 6º Juizado Especial Cível Central de Natal/RN (Juizado de Trânsito).

Os processos estudados foram escolhidos, aleatoriamente, dentre aqueles arquivados no ano de 2013. A seleção e análise dos feitos deu-se através do Sis-

59 Neste sentido, dispõe Bochenek (2013, p. 319-322 passim).

60 APPOLINÁRIO, Fabio. **Dicionário de metodologia científica**: um guia para a produção do conhecimento científico. São Paulo: Atlas, 2004. p. 100.

tema Virtual Projudi, o qual, consoante esclarece Alba Paulo de Azevedo<sup>61</sup>, foi desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça e implantado em 2007, tendo sido assim denominado em atenção às iniciais da expressão “Processo Judicial Digital”.

Quanto à representatividade do universo da pesquisa, tem-se que ele corresponde a 8,5% (oito vírgula cinco por cento) das ações arquivadas no ano de 2013 no Sistema Virtual Projudi perante aqueles Juizados<sup>62</sup>, como também que os processos foram divididos, em igual quantidade, entre órgãos especializados (4º e 6º Juizados Especiais Cíveis Centrais de Natal/RN) e não especializado (2º Juizado Especial de Parnamirim/RN) na apreciação de determinadas matérias.

Outrossim, cabe ressaltar que a pesquisa de campo não se propôs a estabelecer generalizações, mas tem caráter meramente exploratório, prestando-se a oportunizar uma maior familiarização com o “jus postulandi”, fenômeno objeto da presente investigação e cuja análise ainda é feita de modo acanhado na comunidade jurídica brasileira.

As perguntas formuladas visaram a responder o seguinte: (in)existência de patrocínio da causa por advogado, resultado da tentativa de conciliação, (in) existência de audiência de instrução, determinação contida no dispositivo da sentença, quantidade de dias em que o processo esteve em tramitação e se houve o alcance do bem da vida pelo autor. Buscou-se ainda estabelecer um comparativo entre as demandas onde houve o exercício da capacidade postulatória plena pelo autor e aquelas em que a parte promovente contou com assistência profissional.

Ao final da colheita e da análise dos dados, verificou-se que o “jus postulandi” foi exercido pelo autor em 44% (quarenta e quatro por cento) das demandas estudadas. Constatou-se, outrossim, um surpreendente equilíbrio no desenrolar dos processos em que ocorreu a autorrepresentação em relação às demais demandas ajuizadas. Dos seis índices colhidos, três revelaram percentuais

61 AZEVEDO, Alba Paulo de. **Processo penal eletrônico e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 14.

62 Segundo dados colhidos no Sistema Projudi mediante o uso de *login* e senha pessoais, em 2013, foram arquivados 2.333 (dois mil, duzentos e trinta e três) processos no 2º Juizado Especial Cível de Parnamirim/RN, 1.166 (mil cento e sessenta e seis) processos no 4º Juizado Especial Cível Central de Natal/RN e 1.225 (mil duzentos e vinte e cinco) processos no 6º Juizado Especial Cível Central de Natal/RN.

mais satisfatórios nos processos onde a parte autora exerceu o “jus postulandi” e três, nas demandas em que houve atuação de advogado.

O percentual de êxito dos esforços conciliatórios verificados foi maior nas causas em que o autor esteve desassistido por advogado. Os autores que se autorrepresentaram realizaram acordo em 38% (trinta e oito por cento) dos processos estudados, enquanto que naqueles com participação de advogado, o índice caiu significativamente: foram realizados acordos em apenas 19% (dezenove por cento) dos casos.

Em parte explicada pela maior incidência de acordos nos processos onde a parte autora exerceu capacidade postulatória plena, tornando desnecessária a dilação probatória, apenas em 8% (oito por cento) dos casos o promovente, desassistido de advogado, pôde provar o alegado através de contato direto com o juiz, em audiência de instrução. Nas demandas patrocinadas por “experts”, o índice foi de 13% (treze por cento).

O reconhecimento do direito afirmado na inicial nas causas onde houve exercício do “jus postulandi” pelo autor ocorreu em 60% (sessenta por cento) dos processos pesquisados, enquanto que naquelas demandas onde atuou o advogado, verificou-se um percentual de êxito de 43% (quarenta e três por cento).

A satisfação do direito material perseguido nas ações em que o autor esteve desacompanhado de advogado obteve o índice de 48% (quarenta e oito por cento) face a 38% (trinta e oito por cento) no que diz respeito às demais.

Foram ainda elaboradas estatísticas relacionadas às hipóteses em que a parte demandante obteve o direito afirmado reconhecido em juízo, mas em que o cumprimento da sentença ou a execução restaram frustrados. Elas apontaram que os meios executivos falharam em 20% (vinte por cento) dos casos para os promoventes desassistidos, enquanto que foram inexitosas em apenas 13% (treze por cento) das hipóteses quando o interessado contou com a orientação do procurador.

Finalmente, a duração do processo não revelou oscilações significativas entre os dois tipos de demandas estudados. A média de dias de tramitação encontrada foi de 316,1 (trezentos e dezesseis vírgula um) dias nas ações onde foi verificado o “jus postulandi” e de 300,1 (trezentos vírgula sete) dias naquelas em que houve a presença de advogado.

À vista desse quadro, pretende-se analisar no capítulo seguinte quais as implicações no papel do juiz contemporâneo na condução das demandas advindas das transformações ocorridas no direito processual civil com a adoção do modelo de Estado vigente. Em um segundo momento, visa-se estudar quais medidas podem ser adotadas pelo magistrado atuante nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais a fim de garantir a compatibilização entre a norma autorizadora do “jus postulandi” inserta no art. 9º da Lei nº 9.099/95 e a finalidade constitucional a que se propõe, vale dizer, assegurar o acesso à Justiça sob o ponto de vista substancial.

## 4 O PAPEL DO MAGISTRADO CONTEMPORÂNEO E O “JUS POSTULANDI” NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

### 4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Da evolução das leis processuais são deduzidas importantes implicações aos juízes. Quanto mais o legislador se valer de normas abertas, maior será a necessidade de uma postura ativa e criativa do juiz. O método clássico da simples subsunção do fato ao enunciado normativo, baseado na concepção liberal do julgador enquanto mero *bouche de la loi*, revela-se insuficiente. Demanda-se do magistrado contemporâneo interpretar o conteúdo das leis a fim de conformar suas disposições com as finalidades constitucionais ou, em outras palavras, dele se exige cada vez menos que “revele a lei” e cada vez mais que assuma a condição de concretizador da norma jurídica.

Com efeito, inarredável é a constatação de que se os pressupostos dos quais parte o nosso atual modelo de processo civil são verticalmente opostos àqueles adotados outrora, não se pode manter hígida a sua maneira de aplicação<sup>63</sup>. Em obra inteiramente dedicada aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, mas igual-

63 DOMIT, Otávio Augusto dal Molin. *Iura novit curia*, causa de pedir e formalismo processual. In: MITTIERO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 255.

mente interessante ao presente estudo, Joel Dias Figueira Júnior<sup>64</sup> assevera com propriedade que as alterações na legislação no afã de proporcionar uma revolução no acesso à Justiça não alcançarão seu desiderato se desacompanhadas da mudança de mentalidade dos operadores do direito, em especial dos magistrados.

Como braço do Estado que representam, os juízes, no exercício de sua atividade, não podem mais estar limitados ao papel de um “gedarme” ou “night watchman”<sup>65</sup>. Se antes era “quase escandaloso sugerir que os juiz criassem os direitos”<sup>66</sup>, hoje revela-se inadmissível a figura que a doutrina denomina de “juiz espectador”<sup>67</sup> ou “juiz Pilatos”<sup>68</sup>, descompromissado com a realidade concreta e com um ordenamento jurídico justo.

Se o processo passou a ser entendido enquanto instrumento de concretização política, o magistrado deve estar preparado para assumir o protagonismo que dele se espera, sob pena dessa omissão institucional tornar o Judiciário um poder “débil e quase marginal”<sup>69</sup> face aos agigantados Legislativo e Executivo.

Esse conservadorismo<sup>70</sup>, ainda atrelado às concepções liberais, refletiu na inicial – porém não totalmente superada – relutância do julgador em acompanhar a ordem constitucional e, enfim, encarar o processo enquanto mero instrumento, sob a justificativa de que essa novel visão poderia induzir a uma agressão

64 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais da Fazenda Pública**: comentários à Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 38-40.

65 Cappelletti, op. cit., p. 41.

66 LORD REID apud CAPPELLETTI, op. cit, p. 31.

67 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007. p 110.

68 DINAMARCO, op. cit., p. 348.

69 CAPPELLETTI, op. cit., p. 47)

70 Ainda sobre a postura do juiz, Cappelletti (1993, p. 120-121), parafrazeando Zweigert, Kötz e também René David, traz interessante comparativo entre “a sociologia judiciária” – termo que se refere àqueles que compõem o Judiciário – nos sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*. No primeiro, o juiz, dito “de carreira”, é nomeado membro da magistratura após aprovação em concurso e promovido em função de seu desempenho e produtividade. Segundo refere em sua obra, este magistrado não gosta de se colocar em evidência e tem criatividade oculta ou anônima. Noutra banda, em razão de a nomeação para os tribunais nos países de *Common Law* ser usualmente uma escolha política, o juiz desse sistema não se demonstra tímido ao fazer valer sua autoridade.

ao princípio dispositivo e à imparcialidade do juiz. Referido aspecto será novamente abordado ao tratar dos poderes do magistrado na instrução probatória.

Refere-se ainda ao temor consistente numa possível usurpação de competência legislativa pelo magistrado, baseado na concepção clássica de separação dos poderes e na alegação de que o Judiciário possui um déficit de legitimidade de origem.

A esse respeito, Marinoni<sup>71</sup> pondera que, ao exercer a jurisdição, o juiz não cria o direito: estará sempre subordinado às normas constitucionais e aos direitos fundamentais, zelando para que estes últimos sejam tutelados no caso concreto<sup>72</sup>. Ademais, pontua que a atuação jurisdicional distingue-se da do legislador ao passo que ao juiz não é dado criar uma norma de caráter geral com eficácia vinculante. Embora o citado processualista admita que a reiteração de casos, observados certos requisitos, possa fazer surgir uma jurisprudência consolidada, insiste que “ainda seria possível que um juiz, por vontade própria, divergisse frontalmente da jurisprudência que se formou”<sup>73</sup>.

A alegação de deficiência de legitimidade do juiz fundamenta-se igualmente no argumento segundo o qual os magistrados, diferentemente dos legisladores, não são eleitos pelo povo, o que lhe desautorizaria a controlar a decisão parlamentar, representativa que é da vontade da sociedade.

Não há que se falar em déficit. A legitimidade do juiz tem nascedouro na própria Constituição, que atribuiu aos órgãos do Poder Judiciário a incumbência de fazer valer os direitos, valores e políticas nela insertos. Ao passo que as disposições constitucionais adquirem normatividade e que é reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é possível deduzir direitos diretamente do texto constitucional e demandar a sua tutela em juízo em caso de violação ou omissão por parte dos Poderes Estatais<sup>74</sup>.

71 Ibid., p. 106-107.

72 Mesmo que para isso tenha que exercer um controle de constitucionalidade da legislação face à sua omissão, colmatando as lacunas deixadas pelo legislador infraconstitucional, como refere Marinoni (2007, p.106).

73 Ibid., p. 107.

74 BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2014, p. 5.

Além disso, a atuação do magistrado não está infensa a controle externo, devendo pautar-se por critérios objetivadores para que se possa aferir a sua legitimidade. Referidos critérios, conforme Marinoni<sup>75</sup>, têm natureza procedimental, pois pautados sobretudo no postulado do devido processo legal, e também caráter material, uma vez que decorrem da identificação do conteúdo do próprio direito fundamental.

O principal meio de controle do Judiciário, contudo, talvez seja aquele insculpido no art. 93, IX<sup>76</sup>, da Lei Maior, que exige dos magistrados o dever de fundamentar suas decisões. Essa norma constitucional estabelece importante ônus argumentativo ao juiz, cabendo-lhe convencer as partes – e cada vez menos simplesmente impor-lhes – de que aquela é a melhor solução possível ao litígio ou, se for o caso, “de que a decisão parlamentar, ou a representação política, não deve prevalecer sobre o direito fundamental”<sup>77</sup>.

Robert Alexy<sup>78</sup> fala na existência de uma representação da sociedade a cargo do Judiciário exercida pela argumentação, em contraponto à representação política consubstanciada na lei. Segundo seus préstimos doutrinários, a democracia não se resume a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela decisão da maioria.

Desses apontamentos, exsurge a importância do papel contramajoritário a encargo do Poder Judiciário, a quem compete salvaguardar os direitos postos em risco pelos abusos cometidos pelo Executivo e pelo Judiciário. O seu exercício, para que seja legitimamente democrático, pressupõe necessariamente a

75 Op. cit., p. 442-549 passim.

76 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:  
(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)

77 MARINONI, op. cit., p. 460.

78 Apud Marinoni, op. cit., p. 460-461.

tomada de decisões, cada vez mais políticas que são, num contexto dialógico, de inclusão e participação.

#### 4.2 ANÁLISE DA MATÉRIA SOB O ENFOQUE DO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS E DO MODELO COLABORATIVO OU COMPARTICIPATIVO DO PROCESSO

O caráter democrático da sociedade contemporânea, sobre o qual já se iniciou a discorrer nas linhas acima, deve ser refletido no âmbito do processo civil. Para além da viabilização da universalidade da jurisdição – quiçá o objetivo mais facilmente perceptível da instituição dos Juizados Especiais –, o dever do Estado é também o de assegurar a democratização do acesso à Justiça com a participação de forma plena dos litigantes e de eventuais interessados no procedimento jurisdicional.

A criatividade judiciária que se demanda com a nova conjuntura social e, por consequência, tampouco a outorga de decisões judiciais pode ser entendida como um ato solitário, exercido individual e unilateralmente pelo magistrado. Pelo contrário, o produto da jurisdição há de ser, na máxima medida do possível, construído dialeticamente entre os sujeitos do processo, sendo ofertada às partes a possibilidade de alegar, provar, discordar e, enfim, influir substancialmente no desenvolvimento e no resultado do processo<sup>79</sup>.

Fala-se, então, no princípio da cooperação ou no modelo participativo enquanto consectário da acentuação do caráter público do processo. Ensina Fredie Didier Jr.<sup>80</sup> que a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes e pela posição equidistante do juiz, que passa a ser, também ele, sujeito do contraditório. Trata-se, portanto, da formação de uma “comuni-

79 Certamente não se nega o poder-dever que o juiz tem de, na qualidade de condutor do processo, colocar limites à participação dos demais sujeitos. Essa imposição, contudo, deve ser realizada com vistas a assegurar a tutela prometida pelo direito material, finalidade máxima da jurisdição, o que ocorre, por exemplo, com a vedação da produção de provas meramente protelatórias. A redução do âmbito participativo dos litigantes, portanto, exige esforço argumentativo do juiz, a quem incumbe oferecer justificativa plausível e racional para a limitação da liberdade das partes, sob pena de que venha a ser exercida de modo autoritário e, consequentemente, ilegítimo.

80 Op. cit., p. 88-93 passim.

dade de trabalho” em prol de buscar a solução mais adequada ao caso concreto pela via jurisdicional.

A concretização desse princípio, caracterizado pelo redimensionamento do contraditório, depende da observância de alguns deveres processuais, divididos pelos estudiosos em deveres de esclarecimento, de proteção e de lealdade. Enquanto este último direciona-se precipuamente às partes, os demais deveres informam também o agir dos magistrados.

#### 4.2.1 Dever de esclarecimento e seus desdobramentos

Do dever de esclarecimento decorre para o juiz tanto a necessidade de buscar conhecer as razões dos litigantes como aquela de aclarar os seus próprios pronunciamentos aos jurisdicionados.

Como assevera Dinamarco<sup>81</sup>, a instrução probatória é vital para a efetividade da ação, bem como para o exercício adequado da jurisdição. Também nesse momento da lide, em razão da tendência publicista do processo, denota-se o paulatino abandono da teoria dos “fins limitados” do Estado. O citado doutrinador fala em uma escala inquisitiva do processo civil e nas consequentes mitigações do imobilismo do magistrado, “necessárias para a efetividade jurídica, social e política do processo”<sup>82</sup>.

Nesse ínterim, a curiosidade judicial deve ser vista como um elemento positivo. Notadamente nos Juizados Especiais Cíveis, favorecida pela simplicidade e informalidade do procedimento sumaríssimo, a liberdade investigativa do juiz encontra espaço para ser exercida – ainda que não livremente, reconheça-se – a fim de que se construa a almejada justiça-cidadã, próxima do jurisdicionado. Segundo Dinamarco<sup>83</sup>, a curiosidade judicial é a melhor fonte de instrução, de modo que “o juiz sempre pode e em alguns casos deve determinar [a produção de provas] *ex officio*”.

81 Op. cit., p. 336.

82 Ibid., p. 339.

83 Ibid., p. 341.

Nas ações em que se verifica o exercício do “jus postulandi”, portanto, onde cabe ao juiz zelar para que não haja descompensações entre os dois opostos da demanda, a iniciativa probatória do juiz – circunscrita aos limites impostos pelo direito material objeto de litígio na demanda – não só deve ser estimulada, como haverá casos em que se fará imprescindível.

Aliás, não se diga que a atuação de ofício se daria ao arrepio de autorização legal. A par dos princípios e direitos fundamentais legitimadores da conduta defendida pela doutrina, vê-se que o comando inserto no art. 5º da Lei nº 9.099/95<sup>84</sup> preceitua a “liberdade para [o juiz] determinar as provas a serem produzidas”, o qual, alinhado à regra contida no art. 130<sup>85</sup> do Código de Processo Civil – segundo a qual caberá ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo, inclusive de ofício – avaliza expressamente a iniciativa judicial.

De igual modo, partindo-se da premissa de que o direito à prova decorre do direito material, o seu exercício será variável conforme a natureza do bem jurídico para o qual se busca tutela. Desta feita, o juiz não pode circunscrever-se a, por exemplo, inverter o ônus da prova apenas em situações textualmente previstas em lei. O legislador certamente pode prever uma ou outra situação de direito material em que a inversão do ônus “probandi” se faz necessária, contudo não é capaz de se antecipar a todas as possíveis necessidades do direito substancial para que seja feita a justiça no caso concreto. A ausência de expressa previsão legal, portanto, não tem o condão de excluir a atuação judicial<sup>86</sup>.

Também as conversões do julgamento em diligência revelam-se providências sadias, havendo o julgador, entretanto, de orientar-se pela razoabilidade, a fim de que, ao delas valer-se, não acabe exclusivamente por tumultuar ou congestionar o processo<sup>87</sup>.

84 Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

85 Art. 130 Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

86 MARINONI, op. cit., p. 422.

87 DINAMARCO, op. cit, p. 341.

Assim, defende-se o rompimento do dogma segundo o qual a determinação de provas “ex officio” seria maléfica ao contraditório, bem como de que a produção de prova é monopólio das partes. Para Marinoni<sup>88</sup>, “parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, se queda inerte”. Não persiste, portanto, a correlação necessária entre o princípio dispositivo, a imparcialidade do juiz e a instrução probatória<sup>89</sup>.

Ainda sobre a prova, impende discorrer sobre o momento após o qual, uma vez colhida, deve ela ser apreciada pelo juiz. O já invocado art. 5º<sup>90</sup> da Lei dos Juizados Especiais prescreve, em seu trecho final, que o magistrado terá liberdade para apreciar as provas, “e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”. Disposição semelhante está inscrita no art. 131 do Código de Processo Civil<sup>91</sup>.

Essa “vagueza conceitual”, como refere a doutrina<sup>92</sup>, demonstra a clara intenção do legislador em ampliar os poderes probatórios do juiz. Isso em mente, não se pode olvidar que “todo juiz, antes de ser julgador, é um agente socio-político”<sup>93</sup>, cujos valores são produto do meio em que vive e das experiências angariadas ao longo da vida. A fim de evitar que a carga de subjetividade que inevitavelmente está imbuída em si produza distorções indesejáveis no processo, o juiz não pode se apartar do dever de fundamentação, decorrente do já citado art. 93, IX, da Constituição.

Aliás, o imperativo para o juiz de demonstrar satisfatoriamente suas razões – ou fundamentos – às partes é outra vertente do dever de esclarecimento, sobre o qual ora se debate. Impõe-se, primeiramente, delinear a necessidade de que

88 Op. cit., p. 422.

89 Neste sentido, BARBOSA MOREIRA apud FIGUEIRA JÚNIOR (2010, p. 167) e, ainda, FIGUEIRA JÚNIOR, (2010, p. 167).

90 Cf. nota de rodapé 109.

91 Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

92 FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 102.

93 Ibid., p. 37.

a parte seja devidamente comunicada dos atos processuais<sup>94</sup>. Os atos de comunicação, tais quais todos os outros inerentes ao procedimento contemporâneo, não podem ser aparentes, mas sim hábeis a atender a finalidade de produzir seu conhecimento real; vale dizer, devem ser capazes de levar o seu conteúdo à efetiva esfera de conhecimento de seu destinatário principal – o jurisdicionado –, de modo a lhe possibilitar uma intervenção tempestiva e eficaz no feito<sup>95</sup>.

Nas causas postas à apreciação dos Juizados Especiais, o magistrado, conforme discutido supra, deve ter por premissa o maior ônus argumentativo que lhe é imposto, recusando-se, por isso, a fundamentar suas conclusões através da simples indicação de comandos legais ou de jurisprudência. A questão, contudo, envolve outro fator, também já mencionado neste trabalho: o uso do vernáculo jurídico.

Para que o cidadão comum possa compreender o sistema – aqui entendido enquanto o microsistema dos Juizados e, em última análise, o processo, sistema do caso concreto –, ele há de falar a sua língua. Essa necessidade é ainda mais patente nas causas em que o jurisdicionado não pode contar com o auxílio daquele que, tradicionalmente, seria o seu “tradutor”: o advogado. A justiça cidadã, portanto, por ser pensada para atingir a universalidade das camadas sociais – nas quais se incluem, por óbvio, as menos favorecidas economicamente – não cede espaço para o rebuscamento nas palavras. O magistrado não mais pode pretender impor sua autoridade afastando-se dos litigantes, nem mesmo pelo uso do vernáculo. Pelo contrário, a autoridade do juiz contemporâneo e a legitimidade de suas decisões são aferidas em proporção direta à participação dialógica de todos os sujeitos do processo.

A noção de justiça democrática ou dialógica<sup>96</sup> guarda íntima relação com o dever de consulta, ao passo que prescreve não poder o julgador decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que essa última possa ser conhecida

94 MARINONI, op. cit., p. 422.

95 VIGORITU, Vincenzo apud MARINONI, op. cit., p. 422

96 DINAMARCO, op. cit., p. 350.

de ofício, sem ouvir previamente as partes<sup>97</sup>. Pertinente a lição de Dinamarco<sup>98</sup>, segundo o qual “o contato [do magistrado] com as partes não só na audiência deve ocorrer, mas a qualquer momento, quando o juiz resolver ouvi-las”.

Noutro passo, a ideia de democracia e de comunhão de esforços remete ao incentivo que deve ser engendrado pelo magistrado em prol da autocomposição, não só em audiência, mas em qualquer momento do processo, nos termos que comanda a própria lei<sup>99</sup>. A ênfase na conciliação – que, conforme já se destacou, requer mais que uma “tentativa pálida de acordo”<sup>100</sup> – não se revelou, na práxis jurídica, ameaça à posição de imparcialidade do juiz<sup>101</sup>.

#### 4.2.2 Dever de proteção e suas implicações

Importa tratar do dever de proteção e de sua variante denominada dever de prevenção, em cujos moldes ao magistrado compete apontar os defeitos de postulação das partes, a fim de que possam corrigi-los, evitando-se, com isso, que o êxito da demanda possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo<sup>102</sup>.

A análise da dispensa do advogado na esfera dos Juizados Especiais não pode apartar-se da constatação de que “a sociedade brasileira é formada por milhões de pessoas com baixo nível econômico, social e cultural, o que faz com que o conhecimento dos próprios direitos seja um luxo que poucos possuem<sup>103</sup>”.

Em decorrência disso, significativa parcela dos jurisdicionados que a esses órgãos recorre encontra dificuldades para, sem auxílio profissional, formular pedidos nas peças endereçadas ao juízo e, ao mesmo tempo, atender aos critérios formais estabelecidos em lei para a petição inicial. Guilherme Augusto Bitten-

97 DIDIER JR., op. cit., p. 91-92.

98 Op. cit., p. 340.

99 Lei nº 9.099/95, art. 2º: O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. (destacou-se)

100 Cf. nota de rodapé 64.

101 DINAMARCO, op. cit., p. 350.

102 DIDIER JR., op. cit., p. 93.

103 CORRÊA, op. cit., p. 139.

court Corrêa<sup>104</sup>, em estudo realizado nos Juizados Especiais Cíveis de Curitiba/PR, que culminou na elaboração de sua tese de mestrado, aponta que os problemas identificados no momento da construção do pedido autoral podem decorrer da inadequada qualificação e menção do endereço da parte ré, da inadequada exposição dos fatos e do desconhecimento dos direitos materiais e processuais quando da elaboração do pedido.

Com fundamento no princípio da demanda<sup>105</sup>, pode-se alegar que ao juiz seria defeso interferir nos termos em que foi apresentada a petição inaugural, uma vez que ela se constitui ponto de partida para a delimitação dos limites objetivo e subjetivo da lide e que é expressão da vontade do autor.

O referido princípio, bem como a imparcialidade e o princípio dispositivo têm nascedouro em um momento histórico diverso, onde um dos principais valores a ser resguardado era a liberdade contra as interferências estatais na vida privada dos cidadãos. Reinventada a sociedade, hão também eles que ser reformulados.

Deste modo, ao identificar o direito material para o qual se pede proteção, não há uma proibição absoluta para que o Judiciário venha a corrigir os pedidos inaugurais. Deve-se cuidar, contudo, em qualquer hipótese, para que a outra parte não seja surpreendida por essa correção, razão pela qual há de lhe ser sempre assegurado o contraditório.

A extinção do processo por questões eminentemente processuais não mais interessa ao direito processual, pois são inábeis a assegurar uma justiça efetiva. Há que se “operacionalizar o processo sem antepô-lo à justiça”<sup>106</sup>, de tal sorte que os equívocos cometidos pelas partes – mais frequentes quando desassistidas

104 Op. cit., p. 138-161 passim.

105 “Princípio da ação, ou princípio da demanda, indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. [...] E, enfim, como terceira manifestação do princípio da ação, decorre a regra pela qual o juiz – que não pode instaurar o processo – também não pode tomar providências que superem os limites do pedido”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrino; DINAMARCO, Cândido Rangel, **A teoria geral do processo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 57-60 passim).

106 DINAMARCO, op. cit., p. 318.

de advogado – só devem ser considerados relevantes quando implicarem consequências indesejadas pelo sistema<sup>107</sup>.

Transportando a questão para as causas em que os jurisdicionados exercem a capacidade postulatória nos Juizados Especiais Cíveis, depreende-se o dever do magistrado de promover o (re)equilíbrio das forças entre as partes.

Não se pode negar que, em que pese a regra do “jus postulandi” tenha sido importante para transpor a barreira econômica de acesso ao Judiciário, é de valor inestimável o auxílio de um “expert” para orientar as pretensões dos cidadãos, mormente enquanto técnico for o ambiente Judiciário, conforme já se debateu no Capítulo 3 deste ensaio.

Não por acaso o art. 9<sup>a</sup> da Lei n<sup>o</sup> 9.099/95<sup>108</sup>, em seus parágrafos primeiro e segundo, recomenda ao juiz que oportunize às partes o patrocínio por advogado quando as peculiaridades do caso concreto assim exigirem. No § 1<sup>o</sup> do dispositivo, a lei menciona que a assistência judiciária deverá ser “prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local”.

No Estado do Rio Grande do Norte, a exemplo de diversos outros Estados brasileiros, a lei local referida no Diploma regulador dos Juizados Especiais jamais foi editada. Esse fator, aliado a tantos outros, descortina que as normas de facilitação do ingresso em juízo não foram acompanhadas de uma reforma estrutural da Defensoria Pública e mesmo do Poder Judiciário, ambos com capacidade de absorção insuficiente para fazer frente às demandas ajuizadas em números cada vez maiores<sup>109</sup>.

Como bem aponta Marinoni<sup>110</sup>, esse déficit estrutural é, em verdade, uma inconstitucionalidade por omissão do Estado, a qual, uma vez configurada, não

107 BEDAQUE, op. cit., p. 103.

108 Art. 9<sup>o</sup> Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1<sup>o</sup> Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

§ 2<sup>o</sup> O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.

109 BEDAQUE, op. cit., p. 20-21.

110 Op. cit., p. 95-99.

deixa opção outra ao juiz a não ser dar efetividade à norma do art. 5º, inciso XXXV<sup>111</sup>, da Constituição, já negada ao jurisdicionado pelo Legislativo e pelo Executivo no que lhes cabia, respectivamente.

É aí que, na incumbência da árdua – e, por que não, injusta – missão de colmatar as lacunas ocasionadas pelos outros braços do Estado, o magistrado deve, mais do que em qualquer outra ocasião, despir-se de concepções clássicas que porventura ainda estejam arraigadas em sua mentalidade, sob pena de transformar-se, também ele, em óbice à realização do direito fundamental prometido pela Constituição.

Inexistindo paridade de armas entre os litigantes, se o magistrado, com receio de perder sua imparcialidade, adota ao longo do procedimento postura inerte e equidistante, está em verdade sendo parcial, pois permite a perpetuação de uma situação de desigualdade e, assim, injusta. Vale dizer, não só o juiz irá deixar de atingir seu objetivo com a omissão como, pelo contrário, produzirá justamente o resultado que visou repelir.

Vê-se que a ideia de justiça processual, porquanto hoje se traduz na busca por um direito efetivo, e não apenas aparente, cada vez menos se associa à concepção de inércia do Estado-juiz. Exige, pelo contrário, que o magistrado, ao exercer seu ofício, proceda às discriminações necessárias à consecução de um processo verdadeiramente democrático. Com o juiz imparcial não mais se confunde o juiz inerte.

Ao invés de simplesmente “dar cumprimento às regras do jogo”<sup>112</sup> pré-estabelecidas pelo legislador, o juiz é convocado para que passe a ser ele próprio a defini-las, valendo-se do contato com as partes que o ordenamento lhe oportuniza – em decorrência, principalmente, do privilégio à imediatidade no microsistema dos Juizados Especiais – para adequar o procedimento às necessidades do caso concreto, sempre atento às finalidades de um processo justo.

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

112 MARINONI, op. cit., p. 424.

Cappelletti<sup>113</sup>, aliás, a quem novamente se recorre, vai além, afirmando o seguinte:

Não vejo por que razão se deveria excluir, ‘a priori’, que os próprios tribunais sejam, ou tenham a potencialidade de ser, os melhores legisladores possíveis pna determinação e constante adaptação das regras técnicas do processo, técnicas com as quais, dia após dia, devem trabalhar (CAPPELLETTI, 1988, p. 80).

Oportuno destacar que a adaptabilidade aqui referida não deve se limitar à fase de cognição, mas exige, em igual intensidade, a criatividade do juiz no intuito de dar efetivo cumprimento às suas determinações.

Claro que não se nega que o esvaziamento da execução ou do cumprimento da sentença pode se dever, muitas das vezes, a fatores alheios às forças do magistrado, como, por exemplo, à inexistência de bens penhoráveis. De todo modo, esses índices podem ser capazes de ativar o “sinal de alerta” e, de algum modo, contribuir para que, naquilo que lhe compete, o julgador possa cada vez mais buscar meios alternativos – sejam eles propriamente executivos ou coercitivos – para satisfazer o direito material prometido a quem provou ter razão.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se de todo o exposto que pretender antever o procedimento ideal para cada hipótese posta à apreciação do Judiciário, notadamente quando se defende que sequer o legislador é capaz de fazê-lo, além de ser por demais presunçoso, constituiria inescusável contradição, porquanto iria na contramão das inflexões atualmente verificadas no direito, no sentido de se valer de normas abertas, permitindo maior criatividade ao julgador no cumprimento de seu mister.

Não faz sentido, portanto, empreender esforços no presente trabalho a fim de estabelecer um “manual” de postura ou de procedimento a ser obedecido pelos magistrados nos Juizados Especiais. Não é isso, frise-se, o que se propõe neste estudo. Caso envidada, essa tentativa estaria em verdade a pré-estabelecer limites rígidos à atuação do juiz, quando o seu compromisso deve se dar com a

113 *Op. cit.*, p. 80

criação do procedimento adequado ao caso concreto<sup>114</sup>. Possivelmente por essa razão, já se tenha afirmado que “o exame da História revela a busca do processo ideal, talvez ainda não encontrado”<sup>115</sup>.

Importante debater, contudo, alguns critérios gerais ou nortes, apontados pela doutrina para que neles juízes possam se inspirar na condução do processo. Foi esse o intento que moveu a presente investigação<sup>116</sup>, o que não significa – repese-se – a pretensão de esgotar a matéria, especialmente quando se tem a consciência de que as sociedades não mais são compreendidas sob um ângulo homogeneizador ou igualizador<sup>117</sup>, mas que estão em constante metamorfose.

Que não se entenda, outrossim, que a flexibilidade que aqui se advoga deve ser ilimitada, o que conduziria ao indesejável ponto de o magistrado tomar para si a iniciativa das partes. Tratar-se-ia, assim de uma interferência estatal indevida ou não autorizada na esfera de autodeterminação individual do cidadão<sup>118</sup>.

Noutra senda, existindo o consenso de que o direito de ação compreende o exercício da totalidade do demais direitos fundamentais, ao passo que se dirige ao Estado-juiz, obriga, em primeiro lugar, o magistrado. Pretendeu-se demonstrar que a participação ativa do juiz na condução do processo, especialmente quando há uma situação de fragilidade ou vulnerabilidade do litigante, reforçada quando ausente a assistência profissional prestada pelo advogado, não é incompatível com o contraditório ou com o dever de imparcialidade.

Pelo contrário, no contexto atual, onde há interesse público na realização da justiça, não é exagero afirmar que a curiosidade e a inquietude aqui debatidas são condições “sine qua non” para o exercício da jurisdição. Afinal, se “o sistema

114 DINAMARCO, op. cit., p. 343-345.

115 LOPES, João Batista apud BEDAQUE, op. cit., p. 31.

116 Afinal, ensina Marinoni (2007, p. 422), “não se deve pretender limitar o poder do juiz, mas sim controlá-lo, e isso não pode ser feito mediante uma previsão legal de contida judicial, como se a lei pudesse dizer o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas”.

117 MARINONI, op. cit., p. 94.

118 BARROS, op. cit., p. 65.

não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultivar”<sup>119</sup>, “os tribunais não existem apenas para resolver disputas, mas para dar sentido aos valores públicos”<sup>120</sup>.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPOLINÁRIO, Fabio. **Dicionário de metodologia científica**: um guia para a produção do conhecimento científico. São Paulo: Atlas, 2004. p. 100.

AZEVEDO, Alba Paulo de. **Processo penal eletrônico e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 14.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

BARROS, Janete Ricken Lopes de. **O acesso à Justiça o e jus postulandi**: advogado: imprescindível, sim; indispensável, não. 2010. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público - Idp, Brasília, 2010. Disponível em: <[www.idp.edu.br/component/.../177-o-acesso-a-justica-e-o-jus-postulandi](http://www.idp.edu.br/component/.../177-o-acesso-a-justica-e-o-jus-postulandi)>. Acesso em: 02 abr. 2014.

BARROSO, Luís. Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

119 DINAMARCO, op. cit., p. 369.

120 MARINONI, op. cit., p. 111.

\_\_\_\_\_. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <>. Acesso em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2014.

BARROSO, Marcelo Lopes. **A Lei dos Juizados Especiais e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=824>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Brasília, 11 jan. 1973; 152º da Independência e 85º da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).** Brasília, 4 jul. 1994; 173º da Independência e 106º da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Brasília, 26 set. 1995; 174º da Independência e 107º da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.** Brasília, 12 de julho de 2001; 180º da Independência e 113º da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Adin n.º 1127-8.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346838>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Adin n.º 1539-7.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385535>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis e federais: uma abordagem crítica.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Lisboa: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. **O papel do condutor do processo (juiz togado, juiz leigo e conciliador) no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais.** 2010. 258 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodvim, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>>. Acesso em: 05 abr. 2014.

MARTINS, Queila Jaqueline Nunes; ANJOS, Ester Dorcas Ferreira dos. **Teoria da argumentação jurídica em Manuel Atienza e acesso à Justiça: uma análise do jus postulandi nos Juizados Especiais Cíveis**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: <[www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 02 abr. 2014.

MITIDIERO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2010.

SALOMÃO, Luiz Felipe. **Roteiro dos juizados especiais cíveis**. São Paulo: Forense, 2009. p. 08.

STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** 2013. Consultor Jurídico. Senso incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 29 abr. 2014.



# A ASSISTÊNCIA E SUA REPERCUSSÃO NA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE DECISÕES PROFERIDAS PELO JUÍZO DA 6ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE NATAL/RN E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Susie Bezerra de Souza Sant'Anna<sup>1</sup>

**RESUMO:** O cenário vislumbrado hodiernamente pelos aplicadores do direito, no que tange as Ações Securitárias que envolvem apólices do SH/SFH, evidencia a necessidade de elucidar o instituto da assistência e a possibilidade do mesmo provocar o deslocamento da competência, quando o terceiro que ingressa como interessado na lide possui foro estabelecido pela Constituição Federal. Assim, o presente artigo analisa a quem compete apreciar pretensão, quando a Caixa Econômica Federal requer a intervenção assistencial no curso do processo, em face da alegada existência de interesse jurídico, numa tentativa de demonstrar o posicionamento mais adequado a ser seguido, em conformidade com os ditames legislativos e doutrinários. O estudo foi desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica e análise de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Natal/RN.

**Palavras-chave:** Assistência. Competência. Ações Securitárias. Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação. Interesse jurídico da CEF.

## 1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, as Constituições estão sendo notabilizadas pela grande expansão de suas funções, deixando de ser vistas apenas como lei básica do Estado, convertendo-se em estatuto fundamental do Estado e da sociedade, cenário no qual se inclui a Carta Magna Brasileira.

As normas constitucionais estão se irradiando por todos os domínios alcançados pelo sistema jurídico, gerando o fenômeno da Constitucionalização do

---

1 Especialista em Residência Judicial (Pós-Graduação *Lato Sensu*) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) em parceria com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn). Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Universidade Potiguar (UNP/RN). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UFRN. Advogada.

Direito, que implica no reconhecimento de que toda legislação infraconstitucional tem que ser interpretada à luz da Constituição.

Dessa forma, em razão da Constituição regular os diversos campos da sociedade, entre eles os direitos fundamentais dos indivíduos e a seara processual, imperioso se faz analisar a questão da repercussão da intervenção do assistente na competência jurisdicional, que além de produzir efeitos na esfera processual, pode refletir no âmbito social.

O interesse pelo tema surgiu em virtude do atual cenário vislumbrado pelos aplicadores do direito, no que tange as milhares de Ações de Indenização de Seguro Habitacional que estão pendentes de apreciação, em virtude da celeuma criada acerca da fixação da competência para apreciação da pretensão material destas demandas, quando a Caixa Econômica Federal – CEF, requer a intervenção assistencial no curso do processo alegando interesse jurídico.

A referida questão, nos últimos anos, já vinha sendo discutida pelo Superior Tribunal de Justiça e se tornou tormentosa após a edição da Medida Provisória nº 633, de 26/12/2013, atualmente convertida na Lei nº 13.000/2014, a qual passou a estabelecer que a CEF intervirá nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS - Fundo de Compensação de Variações Salariais -, fundo este que assumiu os direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação - SH/SFH, garantindo as apólices de natureza pública.

Neste diapasão, por se estender para além de um embate a ser resolvido por simples lições processuais, tendo em vista a complexidade que o tema vem alcançado, eis que envolve a guarida de direitos fundamentais e a repercussão das consequências sociais e processuais, é mister que o magistrado sopesse tais consequências, a fim de emitir uma decisão proporcional e razoável, revestida de efetividade.

Atento a isso, procurar-se-á, através de abordagem qualitativa, utilizando-se de pesquisa a nível exploratório, com base na revisão da doutrina existente sobre a temática, demonstrar que, em obediência as regras de competência estabelecida na Constituição Federal, no que atine a competência dos juízes federais (art. 109, I), os feitos em que a Caixa Econômica Federal for interessada na condição de assistente devem ser processados na Justiça Federal, em virtude de se tratar de competência absoluta, estabelecida em razão da pessoa, o que é uma exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

Verificar-se-á, inclusive, que a não observação de tal regra traduz-se em afronta aos pressupostos processuais, o que dá ensejo a prolação de uma sentença viciada por nulidade absoluta, que pode ter sua eficácia social atingida em decorrência de Ação Rescisória, em detrimento do direito dos segurados, em sua maioria manifestamente carentes.

A abordagem terá início com esclarecimentos acerca do instituto da assistência, seguido da análise da competência jurisdicional, a fim de facilitar a inteligência acerca do fulcro do trabalho. Tais temas serão apresentados de acordo com o que a doutrina corrente pátria aceita como válido, sem discussões mais aprofundadas sobre teorias divergentes.

Após, ingressa-se no cerne da problemática, quando, a partir da análise de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Natal/RN, serão traçadas as linhas básicas do que se entende acerca da possibilidade da intervenção do assistente provocar o deslocamento da competência, a fim de tentar demonstrar o posicionamento mais adequado a ser seguido, em conformidade com os ditames legislativos e doutrinários.

## 2 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS: ASSISTÊNCIA

Para se falar em intervenção de terceiros, impende, inicialmente, fixar o conceito de terceiros.

Terceiros são pessoas estranhas à relação processual de direito material deduzida em juízo e estranhas à relação processual já constituída. São sujeitos de uma outra relação de direito material que se liga intimamente àquela já constituída. É um conceito ao qual se chega por negação, significando, portanto, aquele que não é parte, ou seja, não é titular do direito discutido ou não tem autorização legal para litigar em benefício de outrem.

Estabelecido o conceito de terceiro, pode-se dizer que ocorre a intervenção de terceiro com o ingresso na lide daquele que não é parte.

Ocorrendo o ingresso de terceiro na lide, amplia-se subjetivamente a relação jurídica processual, modificando-se, por conseguinte, a sua configuração tríplice.

Como se sabe, é de tempos remotos a assertiva de que *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*, segundo a qual são três os sujeitos da relação jurídica processual: o juiz, que representa o Estado; o demandante; e o demandado.

Nesse prisma, é necessário compreender, conforme muito bem ressaltado por Dinamarco (2009b, p. 376 e 385), que a configuração tríplice representa os sujeitos parciais mínimos da relação jurídica processual, que não pode ser alterada para menos, mas para mais pode.

É justamente essa alteração “para mais” que ocorre quando o terceiro intervém na lide, variando, a posição a ser assumida por este, de acordo com a modalidade de intervenção adotada.

O Código de Processo Civil prevê as seguintes modalidades de intervenção de terceiros: assistência (CPC, arts. 50-55); oposição (CPC, arts. 56-61); nomeação à autoria (CPC, arts. 62-69); denunciação da lide (CPC, arts. 70-76); e chamamento ao processo (CPC, arts. 77-80).

Elucidando as posições que o terceiro pode assumir, Cândido Rangel Dinamarco assim aduz:

O terceiro que comparece mediante *intervenção litisconsorcial voluntária* torna-se parte na condição de autor ao lado dos autores iniciais, sendo portanto um litisconsorte ativo; o *chamado ao processo* será réu em litisconsórcio passivo com aquele que o chamou (arts. 78 e 80). Mas o *oponente*, embora se defina como verdadeiro autor, não será litisconsorte das partes originárias – ele é um autor todo peculiar, cujo ingresso cria um novo pólo na relação processual, figurando os opostos como réus em relação a ele. Muito peculiar é também a posição do *litisdenuciado* – que é réu na demanda de regresso deduzida pelo denunciante e, ao mesmo tempo, seu assistente na causa originária (art. 74). O *assistente*, não formulando demanda alguma, simplesmente aloja-se no mesmo pólo processual onde está o assistido, *ad coadjuvandum* (DINAMARCO, 2009b, p. 385).

Destarte, embora variem as posições assumidas pelo terceiro na relação jurídica processual, o que há de comum em todas as modalidades de intervenção é a aquisição da qualidade de parte.

Tradicionalmente, conceitua-se parte como sendo “aquele que pleiteia e aquele em face de quem se pleiteia a tutela jurisdicional” (CHIOVENDA, 1969, p. 68 apud CÂMARA, 2006, p. 234).

Ocorre que, tal conceito mostra-se insuficiente quando se refere à intervenção de terceiros. Nessa perspectiva, Câmara (2006, p. 155) seguindo a linha adotada por Cândido Rangel Dinamarco - optou por diferenciar “partes da demanda” de “partes do processo”, aduzindo que “partes do processo” é conceito muito mais amplo, vez que abrange todas aquelas pessoas que participam do procedimento em contraditório, inclusive aquelas que ingressam na relação processual alterando o esquema mínimo correspondente a configuração tríplice do processo; ao passo em que “partes da demanda” corresponde ao conceito tradicional, que abrange apenas o autor (aquele que ajuíza a demanda) e o réu (em face de quem a tutela jurisdicional é pleiteada).

Assim, sob a óptica do conceito de “partes do processo”, indiscutivelmente, os terceiros intervenientes assumem a qualidade de parte, ainda que em posições distintas (como dito, a depender da modalidade de intervenção adota).

Feitas essas considerações aclaratórias acerca da intervenção de terceiros, passo a tratar da modalidade que interessa para os fins deste estudo: a assistência.

## 2.1 DEFINIÇÃO

Wambier e Talamini definem a assistência como:

(...) intervenção em que o terceiro, a que se denomina, num primeiro momento, genericamente, de assistente, ingressa em processo alheio com o fim de prestar colaboração a uma das partes, isto é, àquela a quem assiste, tendo em vista o alcance de resultado satisfatório, no processo, para o assistido (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 331).

De forma simplificada, Dinamarco (2009b, p. 394-395) afirma que “a assistência é, em si, a ajuda que uma pessoa presta a uma das partes principais do processo, com vista a melhorar suas condições para obter a tutela jurisdicional”.

Assim, a despeito de figurar em capítulo distinto no Código de Processo Civil, vez que foi incluída no capítulo sob a rubrica “Do Litisconsórcio e da Assistência” (arts. 46-55) e não no capítulo “Da Intervenção de Terceiros”, a assistência constitui modalidade de intervenção de terceiros. Ela ocorre quando um terceiro intervém voluntariamente no processo para prestar colaboração a uma das partes, visando a proteção dos seus direitos, que direta ou indiretamente poderão ser atingidos pelos reflexos jurídicos projetados pelos resultados do processo.

A legislação processual condiciona o exercício da assistência ao preenchimento dos seguintes requisitos específicos: a pendência da causa e a existência de interesse jurídico (art. 50 do CPC).

A pendência da causa será analisada no tópico 2.3, momento em que será abordado o limite temporal para admissão do assistente.

No que tange ao segundo requisito, será abordado no próximo tópico. É importante, nesse momento, apenas ressaltar que o único interesse que legitima o ingresso de terceiro como assistente é o jurídico. É que, o interesse econômico não se presta para tanto. Esclarecendo esse ponto, Dinamarco exemplifica com maestria que:

(...) Pretendendo que meu devedor seja vitorioso na ação reivindicatória que lhe é movida por outrem, porque seu eventual empobrecimento, em caso de procedência poderá deixá-lo sem patrimônio que garanta meu direito de crédito perante ele. Esse é o mero interesse econômico, que a ordem jurídica resguarda por outros modos, não mediante a assistência (DINAMARCO, 2009b, p. 396).

## 2.2 CLASSIFICAÇÃO

A assistência pode ser simples, esta também denominada de adesiva, ou litisconsorcial, também denominada de qualificada, a depender do interesse jurídico do assistente.

Limitando-se o Código de Processo Civil, em seu art. 50, a dispor que poderá intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, não resta alternativa, senão buscar na doutrina o conceito de interesse jurídico.

Dinamarco observa que:

O interesse que legitima a assistência é sempre representado pelos reflexos *jurídicos* que os resultados do processo possam projetar sobre a esfera de direitos do terceiro. Esses possíveis reflexos ocorrem quando o terceiro se mostra titular de algum direito ou obrigação cuja existência ou inexistência depende do julgamento da causa pendente, ou vice-versa.

(...)

É de *prejudicialidade* a relação entre a situação jurídica do terceiro e os direitos e obrigações versados na causa pendente. Ao afirmar ou negar o direito do autor, de algum modo o juiz estará colocando premissas para a afirmação ou negação do direito ou obrigação de terceiro – e daí o interesse deste em ingressar (DINAMARCO, 2009b, p. 395).

Nessa mesma linha, Wambier e Talamine lecionam que:

A perspectiva de que o terceiro inexoravelmente sofra efeitos indiretos da decisão que não foi proferida contra si é que dá a medida de seu interesse, legitimando, por assim dizer, seu ingresso em processo que corre entre A e B, de molde a que sua atuação possa influir no teor da sentença a ser ali proferida (WAMBIER; TALAMINE, 2014, p. 331).

De acordo com tais posicionamentos, pode-se concluir que o interesse jurídico consiste na possibilidade de o assistente ser atingido desfavoravelmente em sua situação jurídica. Funda-se, assim, na aquisição da tutela pretendida pela parte a quem assiste e na consequente sucumbência da outra parte litigante.

É de se salientar que parte minoritária da doutrina defende um conceito restritivo de interesse jurídico, vinculando-o a uma necessária relação jurídica entre o terceiro e a parte (nesse sentido, THEODORO JUNIOR, 2000, p. 124-125 e DONIZETTI, 2008, p. 87).

No entanto, prevalece o entendimento de que não se exige qualquer relação jurídica entre o assistente e as partes principais do processo, bastando que os efeitos reflexos da sentença tragam prejuízo ou vantagem para o interesse jurí-

dico do assistente (esposado por MARINONI, 2008, p. 135; NERY JÚNIOR, 2014, p. 344; entre outros).

## 2.2.1 Assistência simples

A assistência será simples quando o interesse jurídico do assistente for indireto, não vinculado diretamente ao litígio. Nessa hipótese, a sentença não atinge diretamente o terceiro, mas os seus efeitos irão inexoravelmente repercutir na esfera de interesses deste.

Nas palavras de Didier Júnior:

Na assistência simples o terceiro ingressa no feito afirmando-se titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida. O interesse jurídico do terceiro reflete-se na circunstância de manter este, com o assistido, relação jurídica que poderá ser afetada a depender do julgamento da causa. (...)

Fundamental perceber que, no processo, não se discute relação jurídica da qual faça parte este terceiro, bem como não tem ele qualquer vínculo jurídico com o adversário do assistido. O terceiro intervém para ser parte auxiliar – sujeito parcial mas que, em razão do o objeto litigioso do processo não lhe dizer respeito diretamente, fica submetido à vontade do assistido (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 357).

O exemplo clássico citado pelos doutrinadores para elucidar a hipótese de assistência simples é o do sublocatário que intervém numa Ação de Despejo em que são partes originárias o locador e o locatário. O sublocatário não é titular da relação deduzida no processo, mas certamente será atingido pela sentença desfavorável ao locatário, pois quem terá que desocupar o imóvel será quem nele estiver residindo, no caso, o sublocatário.

O assistente simples limita-se a auxiliar a parte principal, sujeitando-se aos mesmos ônus que o assistido, e podendo exercer os mesmos poderes (art. 52 do CPC). Ele atua no processo como legitimado extraordinário, na media em que, em nome próprio, auxilia na defesa de direito alheio.

Nos termos do art. 52, parágrafo único do CPC, “sendo revel o assistido, o assistente será considerado seu gestor de negócios”. De tal regra, entende-se que a revelia do assistido não produz efeitos ante a atuação do assistente. Este passa a ocupar a posição de substituto processual do assistido, assumindo o papel de gestor do processo, com restrições, vez que, serão aproveitados apenas os atos benéficos ao assistido, restringindo-se, ainda, a “gestão”, ao campo processual, pois não poderá praticar atos de disposição de direito material.

É de se ressaltar que a referida norma aplica-se apenas à assistência simples, tendo em vista que, como será melhor explanado mais adiante, assumindo o assistente qualificação posição semelhante a de litisconsorte, a contestação por ele oferecida impede a produção dos efeitos da revelia face ao assistido (art. 320, I, CPC).

A assistência simples não impede que a parte principal pratique atos dispositivos, como renúncia, desistência e outros equiparados, ficando o assistente sujeito a tais atos praticados pelo assistido, pois o objeto da relação jurídica discutida pertence a este (art. 53, CPC). Sua relação processual é dependente em relação à do assistido.

### 2.2.2 Assistência litisconsorcial

Configurar-se-á, por sua vez, assistência litisconsorcial, quando o interesse do terceiro for direto, ou seja, quando o assistente defender direito próprio. Neste caso, o assistente, mesmo não tendo ingressado originariamente como parte na demanda, também é titular da relação jurídica deduzida no processo. Em outras palavras, embora o terceiro não seja parte daquele processo, a sentença ali proferida irá afetar diretamente a relação jurídica de direito material entre ele e o adversário do assistido.

Dispõe o art. 54, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.

Assim, a assistência litisconsorcial ocorre, por exemplo, quando está sendo discutida em juízo a posse ou propriedade de um bem que tem mais de um proprietário ou possuidor. A lei autoriza que apenas um deles ajuíze ação reivindicatória ou possessória da coisa comum. Contudo, nada impede que todos os demais titulares adentrem no processo, caso em que figurarão como assistente litisconsorcial.

Em que pese ser nomeado de assistente litisconsorcial, o terceiro que ingressa na lide nessa qualidade não é verdadeiramente litisconsorte. Ele continua na posição de assistente, mas é tratado como se litisconsorte fosse.

Para elucidação desta questão, oportuna a transcrição do ensinamento de Câmara:

É de ser notar que, despeito da redação do art. 54 do CPC, o assistente qualificado não é litisconsorte, mas mero assistente. Não é litisconsorte, mas é tratado “como se fosse”. Em outras palavras, o assistente qualificado não adquire a posição de autor (não podendo, por isso, formular pedido em seu favor), nem tampouco a de réu (não podendo ser, e.g., condenado em favor do autor), mantendo-se como pessoa estranha à demanda. Torna-se parte apenas no processo, podendo exercer as mesmas faculdades que são outorgadas pelo sistema aos litisconsortes. Assim, por exemplo, assistente e assistido disporão de prazos em dobro, desde que tenham advogados distintos, para se manifestar no processo (art. 191 do CPC). Da mesma forma, a participação do assistente qualificado será essencial para a eficácia de atos como a convenção para a suspensão do processo, a transação e a desistência. Figure-se o seguinte exemplo: Num dado processo, pretende o demandante desistir da ação, sendo necessário o consentimento do réu, visto que este já oferecera sua contestação. Havendo assistência qualificada, o consentimento do assistente será também exigido para que a desistência da ação seja homologada por sentença, podendo assim produzir seus efeitos (CÂMARA, 2006, p. 188).

Diverge do referido entendimento Didier Júnior (2011, p. 362), ao afirmar que “a assistência litisconsorcial é hipótese de litisconsórcio unitário facultativo ulterior. Trata-se de intervenção espontânea pela qual o terceiro trans-

forma-se em litisconsorte do assistido, daí porque seu tratamento é igual aquele deferido ao assistido (...)”.

Destarte, mesmo existindo posições doutrinárias distintas acerca do papel que o assistente litisconsorcial irá assumir ao ingressar na lide, isto não influencia nos poderes que lhe serão atribuídos, pois, de uma forma ou de outra, sendo ele também titular de direitos discutidos em juízo pela parte assistida, deve ter os mesmos poderes que esta, sem ficar sujeito à sua atuação, e, portanto, sem quaisquer das restrições impostas ao assistente simples.

### 2.3 PROCEDIMENTOS CABÍVEIS E LIMITE TEMPORAL PARA ADMISSÃO DO ASSISTENTE

O procedimento para a admissão do assistente é o seguinte: o terceiro interessado em intervir na lide peticiona ao juiz, apresentando os fatos e fundamentos pelos quais considera ter interesse jurídico na demanda; ato contínuo, nos moldes do art. 51 do CPC, as partes serão intimadas para se manifestar, podendo, ou não, apresentar impugnação; se houver impugnação, o juiz mandará atuar o incidente em apenso e autorizará a produção de provas, decidindo o incidente em cinco dias, sem a suspensão do processo; não havendo impugnação no prazo de 5 dias, o pedido do assistente será deferido, desde que o magistrado verifique a existência de sua legitimidade para intervir.

Assim, em que pese o art. 51 do CPC afirmar que não havendo impugnação o pedido do assistente será deferido, cabe ao juiz averiguar se o interesse jurídico alegado dá, ao terceiro, aptidão para ingressar na lide. Dessa forma, ainda que as partes não tenham impugnado, poderá o juiz indeferir o pleito, se não vislumbrar a existência de interesse legítimo.

De acordo com o que preleciona o art. 50, parágrafo único, do CPC, a assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição, mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.

Em vista disso, tem-se que assistência é admissível no processo de conhecimento, seja adotado o procedimento ordinário, seja o sumário (art. 280 do CPC), e, também, nos procedimentos especiais, mas a Lei nº 9.099/1995, que

rege o procedimento sumaríssimo adotado no âmbito dos Juizados Especiais, a exclui dos processos sob sua regência (art. 10).

No que tange ao limite temporal para a intervenção do assistente, extrai-se do art. 50 do CPC que o assistente poderá intervir sempre que haja um “processo pendente”. Nesse diapasão, observa Dinamarco que:

A assistência tem por *limites temporais* o início do processo pela propositura da demanda e seu fim pelo trânsito em julgado da sentença que o declara extinto, com ou sem julgamento do mérito (processo de conhecimento) ou com ou sem a satisfação do credor (processo executivo).

Mais adiante o autor arremata:

Sempre que haja um processo pendente *já e ainda*, a assistência é oportuna. Ela é admissível mesmo antes da citação do demandado e, se este ficar revel, diz a lei que o assistente será considerado seu *gestor de negócios* (art. 52, par.). Admite-se em *qualquer grau de jurisdição* (art. 50, par.) inclusive perante os órgãos jurisdicionais de superposição (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Por isso o *assistente recebe o processo no estado em que se encontra* (art. 50, par.), i.é, sua intervenção não acarreta retrocessos no procedimento ou repetição de atos (DINAMARCO, 2009b, p. 398).

Portanto, o assistente poderá adentrar no processo desde a sua propositura, até depois de proferida sentença, o que engloba a fase recursal, desde que antes do trânsito em julgado.

### 3 JURISDIÇÃO: COMPETÊNCIA

#### 3.1 CONCEITO

A jurisdição é uma das funções básicas do Estado e, ao lado das funções executiva e legislativa, representa o exercício do poder soberano. Ela é conside-

rada instituto fundamental do Direito Processual, através da qual o Estado busca a realização prática das normas.

Na doutrina não há um consenso acerca do conceito de jurisdição. As duas concepções mais importantes, que de certa forma norteiam todas as outras, são a adotada por Giuseppe Chiovenda e a defendida por Francesco Carnelutti.

Para Chiovenda (1969, p. 3, apud FREITAS, 2006, p. 68), a jurisdição é definida como “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva”. Ele atribui à jurisdição caráter substitutivo, vez que afirma haver substituição da atividade das partes pela atividade estatal, que é limitada a declaração de direitos preexistentes, ditados pela legislação. Assim, mostra-se adepto da Teoria Dualista do ordenamento jurídico, segundo a qual há nítida cisão entre direito material e direito processual, cabendo ao primeiro ditar as regras abstratas, que se tornam concretas automaticamente, com a realização do fato enquadrado em suas previsões; já o processo, visa, apenas, à realização prática da vontade do direito (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2003, p. 39).

Carnelutti (1971, p. 62, apud CÂMARA, 2006, p. 69), por sua vez, a partir da idéia central de lide (definida como conflito de interesses degenerado pela pretensão de uma das partes e pela resistência da outra), vê na jurisdição um meio de que se vale o Estado para a justa composição daquela, ou seja, a atividade jurisdicional exercida pelo Estado, através do processo, visa à composição, nos termos da lei, do conflito de interesses submetido à sua apreciação. Dessa forma, revela-se partidário da Teoria Unitária do ordenamento jurídico, que tem o direito processual como complemento do direito material, pois reconhece que as leis materiais não são capazes de gerar automaticamente direitos subjetivos. Para esta teoria, o comando contido na lei é incompleto, sendo necessário o processo para a criação efetiva de direitos e obrigações, que nascem a partir de uma sentença (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2003, p. 39).

Portanto, tendo a jurisdição, por escopo jurídico, a atuação da vontade concreta da lei, através da atividade do juiz no processo, o Estado busca fazer

valer, em concreto, o direito material, mediante o efetivo exercício de seu poder pelos órgãos judiciais.

A fim de que essa função estatal (jurisdicional) fosse desenvolvida de forma satisfatória, o legislador constituinte originário a atribuiu a uma pluralidade de órgãos integrantes dos diversos escalões do Poder Judiciário (art. 92 da CF), cada qual deles apto a exercê-la nos limites impostos pela lei.

Tais limites legais impostos ao exercício válido e regular do poder jurisdicional são estabelecidos pela competência, ou, por outras palavras, a competência legitima o exercício do poder, pelo órgão jurisdicional, em um processo concretamente considerado.

Dessa forma, Câmara define competência como:

(...) o conjunto de limites dentre dos quais cada órgão pode exercer legitimamente a função jurisdicional. Em outras palavras, embora todos os órgãos do Judiciário exerçam função jurisdicional, cada um desses órgãos só pode exercer tal função dentro de certos limites estabelecidos por lei (CÂMARA, 2006, p. 98).

Então, a competência nada mais é do que a fixação das atribuições de cada um dos órgãos jurisdicionais, que tem como fonte a norma jurídica.

Somente a norma jurídica poderá atribuir competência aos órgãos jurisdicionais, jamais a vontade ou escolha das partes. Estas quando autorizadas a elegerem o foro competente, através da chamada “cláusula de eleição de foro”, o fazem com amparo na norma jurídica (art. 111 do CPC). Assim, as partes não criam competência, apenas a elegem dentre aquelas autorizadas pela norma.

A distribuição da competência é regulada por normas dos diversos níveis jurídico-positivos: a competência de cada uma das Justiças e dos Tribunais Superiores da União é determinada pela Constituição Federal; as regras de competência, principalmente as referentes ao foro competente das comarcas, estão na lei federal (Códigos de Processo Civil e Penal); nas Constituições estaduais é determinada a competência originária dos tribunais locais; nas Leis de Organização Judiciária estão as regras de competência de juízo (varas especializadas).

Todavia, a principal fonte de competência é a norma constitucional, visto que as demais normas a ela devem estar adstritas e com ela concordantes. A competência prevista na Constituição Federal não pode ser alterada por lei infraconstitucional. Em regra, a norma constitucional traça apenas as diretrizes e a norma infraconstitucional seguindo estas diretrizes estabelece e define a competência de cada órgão jurisdicional. Contudo, há casos em que a Carta Maior vai além das diretrizes e define a própria competência. Isso ocorre, por exemplo, em relação à competência dos juízes federais, que já é totalmente delimitada no art. 109 da CF.

### 3.2 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO

Para o profissional do Direito, tão importante quanto saber determinar a presença das condições da ação, indispensáveis à sua propositura, é saber, com precisão, perante qual órgão jurisdicional deve ser posta a demanda.

Para tanto, aponta a doutrina metodologia consistente em analisar, a partir de cada caso que deva ser submetido à apreciação do Poder Judiciário, se, primeiramente, está afeta a lide à competência do Poder Judiciário brasileiro, definindo, posteriormente, se a matéria é passível de apreciação por um dos órgãos da Justiça especializada ou da Justiça comum, em que circunscrição territorial deve a ação ser proposta e qual será o órgão jurisdicional a que corresponderá o processamento e julgamento da lide.

Assim, na análise dos critérios de fixação de competência a primeira questão a ser resolvida é a da chamada “competência internacional”, que é estipulada pelos arts. 88 e 89 do CPC. O art. 88 dispõe sobre a competência internacional concorrente e o art. 89 sobre a competência internacional exclusiva.

Verificada a competência internacional, e sendo certo que a demanda pode ser ajuizada perante autoridade judiciária brasileira, passa-se a análise da competência interna.

Para determinação da competência interna, o Código de Processo Civil adotou a teoria de Chiovenda sobre a fixação da competência, a qual leva em conta os seguintes critérios: objetivo, funcional e territorial.

Segundo afirma Didier (2011, p.144), “o critério objetivo é aquele pelo qual se leva em consideração a demanda apresentada ao Poder Judiciário como o dado relevante para a distribuição da competência”.

Nos moldes como previsto no Código de Processo Civil (arts. 91 e 92), o critério objetivo fixa a competência em razão do valor da causa ou da sua natureza (matéria). A doutrina incluiu, ainda, o critério em razão da pessoa.

A competência em razão da matéria é analisada a partir da causa de pedir, vez que é através deste elemento da demanda que se extrai a natureza da relação jurídica controvertida, definida pelo fato jurídico que lhe dá ensejo. É baseado neste critério que é possível a criação, pelas normas locais de organização judiciária, de juízos especializados, como por exemplo, a varas de família, cível e criminal.

No que tange à competência em razão do valor da causa, deve ser analisada a partir do pedido. Como se sabe, a toda causa cível deve ser atribuído um valor (art. 258 do CPC), definido a partir do pedido, assim, tal critério permite que as normas locais de organização judiciária estabeleçam uma divisão de tarefas que leve em consideração tal valor.

Atendendo à peculiaridade da justiça nacional que, por motivo de interesse público, concede a determinadas pessoas o foro especial, a doutrina criou a competência em razão das pessoas. Esta, como o próprio nome diz, leva em conta as partes envolvidas no processo. A Constituição Federal lança mão de tal critério para determinar, por exemplo, a competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 102, I, “e” e “f”) e a da Justiça Federal (art. 109, I e II).

O segundo critério, o funcional, relaciona-se com a distribuição das funções que devem ser exercidas em um mesmo processo (DIDIER, 2011, p. 146), ou seja, reparte-se a atividade jurisdicional entre órgãos que devam atuar dentro do mesmo processo. Ela pode ser vertical, atribuída levando em conta a coordenação hierárquica entre os órgãos jurisdicionais; ou horizontal, distribuída entre juízes do mesmo grau de jurisdição.

Por fim, tem-se o critério territorial, que utiliza puramente a questão geográfica. Ele determina em que território a causa deve ser processada.

### 3.3 COMPETÊNCIA RELATIVA E ABSOLUTA

Dentre os critérios de fixação de competência, existem aqueles criados para atender principalmente ao interesse público, denominados critérios absolutos, e para atender predominantemente ao interesse particular, critérios relativos.

Em regra, a competência será relativa quando determinada em razão do território ou do valor da causa, e será absoluta quando fixada em razão da matéria, da pessoa e do critério funcional (DONIZETTI, 2008, p.120).

A diferença entre as duas espécies de competência é importantíssima, sendo certo que a competência relativa admite prorrogação ou modificação, enquanto a competência absoluta não admite. Em relação a esta, o juiz pode conhecer de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição a incompetência, não há preclusão de alegação e não pode ser alterada pela vontade das partes. Já no que tange àquela, não pode ser reconhecida de ofício a incompetência, há preclusão se a parte não opuser exceção no prazo legal e há possibilidade de sua modificação pela vontade das partes.

O meio adequado para que a parte se insurja contra a situação de uma demanda ter sido promovida em juízo relativamente incompetente é a exceção, prevista nos arts. 304 a 311 do CPC. Como dito, quando a parte não faz uso deste instituto para se insurgir contra a incompetência relativa, ocorre a modificação da competência do juízo que, originariamente, fora incompetente e que terá sua competência prorrogada, não havendo mais oportunidade para que, durante o processo, se levante esse defeito (WAMBIER; TALAMINE, 2014, p. 138). Declarada a incompetência relativa, os autos devem ser remetidos ao juízo competente, aproveitando-se todos os atos praticados pelo juízo relativamente incompetente, inclusive os decisórios (CÂMARA, 2006, p. 112).

O mesmo não ocorre em relação à incompetência absoluta. Este vício pode ser arguido a qualquer tempo, por meio de simples petição, embora o momento adequado seja o da resposta do demandado em sede de contestação. Isso não implica que apenas a parte demandada possa apontar a existência de tal vício. A própria parte autora também pode arguí-lo, mesmo que tenha sido ela que tenha dado causa, hipótese em que poderá receber sanção, nos termos do art 18 do CPC, se verificada a má-fé.

Assim, importante consequência da diferenciação entre tais espécies, é que, nos casos de competência absoluta, o magistrado tem o poder-dever de fazer por si próprio o controle de sua competência, afirmando-se incompetente se for o caso, quer as partes tenham alegado ou não esta questão; o que não ocorre nos casos em que a competência é relativa, vez que é atribuído exclusivamente às partes a faculdade de fiscalizar a competência, que é prorrogada em caso de inércia.

Declarada a incompetência absoluta, a sistemática do Código de Processo Civil determina que os autos deverão ser remetidos ao juízo competente, anulando-se apenas os atos decisórios praticados pelo juízo absolutamente incompetente (art. 113, § 2º, do CPC). Note-se que apenas os atos decisórios são nulos, devendo-se ter como válidos os demais.

Imperioso ressaltar que mesmo que qualquer das partes não tenha alegado a incompetência absoluta, que o juiz não tenha se manifestado de ofício e que tenha havido decisão de mérito transitada em julgado, ainda assim, estar-se-á diante de sentença que pode ser rescindida por meio de Ação Rescisória, na forma do art. 485, II, do CPC.

Destarte, sendo a competência requisito processual de validade e a competência absoluta impossível de ser modificada, enquadra-se como verdadeira matéria de ordem pública, insuscetível, pois, de preclusão e categorizada como pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo.

### 3.4 PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS

O art. 87 do CPC trata da prevenção originária, aduzindo que a competência é determinada no momento da propositura da demanda (com a sua distribuição ou com o despacho inicial – art. 263 do CPC), sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão Judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

O referido dispositivo prevê a *perpetuatio jurisdictionis* (perpetuação da jurisdição). Trata-se de regra de estabilização do processo, que o legislador criou não só com o intuito de consolidar a competência, mas também a fim de que fosse possibilitado um deslinde mais célere para a causa.

Nessa ordem, observa Daniel Amorim Assumpção Neves que:

A regra de perpetuação da competência impede que o processo seja itinerante, tramitando sempre aos sabores do vento, mais precisamente aqueles gerados por mudanças de fato (por exemplo, domicílio) ou de direito (por exemplo, uma nova lei afirmando que todo torcedor da Portuguesa deve ser demandado no foro do seu domicílio). A fixação, por outro lado, serve também para evitar eventuais chicanas processuais de partes imbuídas de má-fé, que poderiam gerar constantemente mudanças de fato para postergar a entrega da prestação jurisdicional (NEVES, 2010, p. 158).

A despeito da importância da regra, o próprio legislador estabeleceu exceções, plenamente justificáveis à luz de um mais escorreito e eficaz desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Assim, duas situações de fato e de direito legalmente previstas vão autorizar que o processo, apesar de originariamente distribuído para dado juízo, seja encaminhado para outro juízo, em contrariedade, assim, ao ideário da *perpetuatio*.

A primeira diz respeito à extinção do órgão competente e a segunda, que é a que interesse a presente análise, alude a modificações supervenientes da competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Impende salientar que, embora o art. 87 do CPC só fale em alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, é evidente que a intenção do legislador era abarcar, sob a situação excepcional, todas as regras de competência absoluta. A toda evidência, o objetivo da medida de exceção é o de tutelar o interesse público que há por detrás das regras de competência desta natureza, prevalecente sobre o interesse privado que originou a regra da perpetuação da jurisdição. Assim, certamente, qualquer modificação de competência absoluta (em razão da matéria, pessoa ou de caráter funcional) será exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

Abalizando esse sentir, Fredie Didier Jr. esclarece que:

Frise-se que a interpretação da segunda das ressalvas deve ser sistemática e extensiva, pois, a todas as luzes, o legislador, ao restringir as exceções à “competência em razão da matéria ou da hierarquia”, quis referir-se, em verdade, a todas as modalidades

de competência absoluta, cometendo a mesma gafe dos arts. 102 e 111 do CPC (DIDIER, 2011, p. 130).

Portanto, a regra da *perpetuatio jurisdictionis* não incide quando se trata de competência absoluta.

### 3.5 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A jurisdição federal é exercida pelos juízes federais em primeira instância, tendo como órgãos de segunda instância os Tribunais Regionais Federais. Sua competência define-se, em quaisquer causas, pela presença da União, de suas autarquias ou empresas públicas, como autoras, réus ou intervenientes (CARNEIRO, 2012, p. 54).

No art. 109 da Constituição Federal, encontram-se as previsões referentes à competência de primeiro grau da Justiça Federal, que, na área civil ora são determinadas em razão da pessoa, ora em razão da matéria.

Estabelece o art. 109, I que:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réus, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Assim, existindo interesse de um destes referidos entes, a competência para processar e julgar a ação será da Justiça Federal.

Cumpra assinalar que o interesse a que se refere o citado artigo não se restringe ao jurídico. É que a Lei nº 9.469/1997, que regulamenta, entre outras coisas, a intervenção da União nas causas em que figurarem como autores ou réus entes da administração indireta admite, em seu art. 5º, parágrafo único, a intervenção da União em demandas em que figurarem como parte autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas, mesmo que tal intervenção esteja fundada em mero interesse econômico. O que, por óbvio, não se refere à assistência, que exige a presença de interesse jurídico.

A teor do que prescreve a Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça, somente o juiz federal poderá avaliar se existe interesse jurídico dos citados entes na lide, *ipsis litteris*: “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.”.

Mesmo existindo divergências, a doutrina majoritária aponta que a assistência poderá ser tanto simples como litisconsorcial (NEVES, 2010, p. 145), pois o artigo 109, I, da CF, refere-se expressamente à existência de interesse dos entes federais citados na condição de assistentes, sem restringir a uma determinada classificação de assistência, do que se denota que intervindo tais entes como assistente simples ou litisconsorcial a competência para processar e julgar será absoluta (em razão da pessoa) dos juízes federais.

#### **4 APLICAÇÃO PRÁTICA: ANÁLISE DE DECISÕES PROFERIDAS NO ÂMBITO DAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO DE SEGURO HABITACIONAL EM QUE A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL AFIRMA POSSUIR INTERESSE EM ATUAR COMO ASSISTENTE**

A Segunda Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp nº 1.091.393, processado segundo a sistemática do art. 543-C, § 2º, do Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, em acórdão proferido em 11/03/2009, que o julgamento de ações envolvendo Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) é de competência da Justiça Estadual.

Fundamentou que nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro adjeto a contrato de mútuo, por envolver discussão entre seguradora e mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), inexistente interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a sua intervenção.

A Caixa Econômica Federal opôs embargos de declaração em face do referido acórdão, sobrevindo, em 09/11/2011, decisão que, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, para, nos termos do voto da Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, determinar que os seis autores cujos contratos de seguro estavam vinculados à Apólice Pública, Ramo 66, efetivassem, às suas expensas, o desmembramento dos autos na origem, com a remessa para a Jus-

tiça Federal, anulando-se todos os atos decisórios proferidos após o pedido de intervenção da CEF na qualidade de assistente simples.

A Ministra Relatora entendeu existir contradição e obscuridade no acórdão embargado, e abalizou seu voto no sentido da existência de interesse jurídico da CEF, em intervir como assistente simples nas lides que envolvam apólices vinculadas ao ramo público, na medida em que obrigada pela legislação em vigor desde 1988 (Decreto-lei 2.476/1988, seguindo-se a Lei 7.682/1988, que deu nova redação ao Decreto-lei 2.406/1988), a assumir os riscos da apólice, repassando a seguradora os recursos do FESA/FCVS para a cobertura, valendo-se até mesmo de recursos orçamentários da União, se necessário. Ressaltou que “a circunstância de o FESA ser constituído do valor dos prêmios recolhidos dos segurados, não desnatura sua condição de Fundo público, subconta do FCVS. Aliás, o próprio FCVS também tem como fonte de recursos a contribuição dos mutuários e das instituições financeiras, além de dotação orçamentária da União Federal. Os recursos orçamentários da União respondem pelo déficit do FESA (riscos do seguro), na medida em que se trata de subconta do FCVS.”. Vejamos a ementa:

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SEGURO HABITACIONAL. APÓLICE PÚBLICA. FESA/FCVS. APÓLICE PRIVADA. AÇÃO AJUIZADA CONTRA SEGURADORA. INTERESSE JURÍDICO DA CEF. RECURSO REPETITIVO. CITAÇÃO ANTERIOR À MP 513/2010 CONVERTIDA NA LEI 12.409/11.

1. Ação ajuizada antes da edição da MP 513/2010 (convertida na Lei 12.409/2011) contra a seguradora, buscando a cobertura de dano a imóvel adquirido pelo autor no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. Pedido de intervenção da CEF, na qualidade de assistente simples da seguradora.

2. O Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS) administrado pela CEF, do qual o FESA é uma subconta, desde a edição do Decreto-lei 2.476/1988 e da Lei 7.682/1988 garante o equilíbrio da Apólice do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (Ramo 66), assumindo integralmente os seus riscos. A seguradora privada contratada é mera intermediária, prestando serviço mediante remuneração de percentual fixo dos

prêmios de seguro embutidos nas prestações.

3. Diversamente, no caso de apólices de seguro privadas, cuja contratação no âmbito do SFH somente passou a ser admitida a partir da edição da MP 1.671, de 1998, o resultado da atividade econômica e o correspondente risco é totalmente assumido pela seguradora privada, sem possibilidade de comprometimento de recursos do FCVS.

4. Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro privado, apólice de mercado, Ramo 68, adjeto a contrato de mútuo habitacional, por envolver discussão entre a seguradora e o mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), não existe interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento.

Ao contrário, sendo a apólice pública, do Ramo 66, garantida pelo FCVS, existe interesse jurídico a amparar o pedido de intervenção da CEF, na forma do art. 50, do CPC, e remessa dos autos para a Justiça Federal.

5. Hipótese em que o contrato de seguro adjeto ao mútuo habitacional da única autora foi celebrado em condições de mercado, não sendo vinculado à Apólice Única do SH/SFH. Inexistência de interesse jurídico da CEF. Competência da Justiça Estadual.

6. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos modificativos do julgado no caso concreto, apenas para fazer integrar os esclarecimentos acima à tese adotada para os efeitos do art. 543-C, do CPC (STJ - EDcl no REsp 1091363/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, julgado em 09/11/2011, DJe 28/11/2011).

Ato contínuo, foram propostos embargos de declaração nos embargos de declaração contra acórdão relativo aos anteriores aclaratórios, suscitando a existência de obscuridades no julgado. Os Ministros integrantes da Segunda Seção do STJ decidiram, em 10/10/2012, por maioria (6X2), acolhê-los parcialmente, sem efeitos infringentes, tão somente para integração do julgado com base nos fundamentos contidos no voto divergente da Ministra Nancy Andri-

ghi, que assumiu o posto de relatora para o acórdão. O recurso contou com a seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SFH. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INTERESSE. INTERVENÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC.

1. Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional - SFH, a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 - período compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/1988 e da MP nº 478/09 - e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66).
2. Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide.
3. O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior.
4. Evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir na lide como assistente, não poderá a CEF se beneficiar da faculdade prevista no art. 55, I, do CPC.
5. Na hipótese específica dos autos, tendo o Tribunal Estadual concluído pela ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexistente interesse jurídico da CEF para integrar a lide.
6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes (STJ - EDcl nos EDcl no REsp 1091393/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção, julgado em 10/10/2012, DJe 14/12/2012).

Desta feita, foram estabelecidos limites e condições para a intervenção da CEF nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do SFH, vez que restou admitido que esta possui interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples apenas em relação aos contratos celebrados de 02/12/1988 a 29/12/2009, período durante o qual conviveram apólices públicas e garantia pelo FCVS. Isso porque, desde a criação do próprio SFH, por intermédio da Lei nº 4.380/64, até o advento da Lei nº 7.682/1988, as apólices públicas não eram garantidas pelo FCVS. Por outro lado, com a entrada em vigor da MP nº 478/09, ficou proibida a contratação de apólices públicas.

No que tange às condições, ficou estabelecido que o ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do FESA. Ingressará colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior.

No entanto, esta ainda não foi a estaca que pôs fim a tal debate. Sucederam terceiros embargos de declaração, interpostos pela Caixa Seguradora S.A. e pela Caixa Econômica Federal S.A., as quais se serviram das alegações de que o acórdão embargado padecia de omissões, obscuridades e contradições, motivo pelo qual requereram que fosse restabelecido o acórdão anterior.

O voto de vista proferido pela Ministra Maria Isabel Gallotti, que abriu a divergência, contemplou três pontos principais: a ausência de discussão nas instâncias inferiores sobre o interesse jurídico da CEF em contratos de Seguro Habitacional pactuados antes de dezembro de 1988, o que impede o STJ de decidir tal questão com efeito repetitivo; defendeu que para se aferir a legitimidade da intervenção da CEF, como representante do FCVS, é suficiente a verificação de que o resultado da demanda poderá vir a afetar o Fundo, cabendo ao próprio STJ definir a natureza do FCVS e reconhecer o seu caráter deficitário, e não relegar tal exame de matéria estritamente de direito para apreciação em cada processo individualmente por juízes e tribunais de todo o país; e, por fim, sustentou que a posição processual assumida pela CEF, na condição de repre-

sentante do FCVS, em ações ajuizadas anteriormente a edição da MP 478/09, deve se dar na qualidade de assistente simples, porque nesse momento o seu interesse jurídico se limitava à vitória da seguradora a fim de evitar ou diminuir o pagamento da indenização que seria computada no acerto de contas periódico entre a seguradora e o FCVS, já no caso de ações ajuizadas após as MPs 478/09 e 513/2011 (esta convertida na Lei nº 12.409/11) defendeu que a posição da CEF será de assistente litisconsorcial, pois argumentou que esta além de garantir, por meio do FCVS, o equilíbrio da apólice do seguro habitacional, passou a exercer a própria regulação do sinistro, assumindo o papel de deferir ou negar as coberturas, bem como cumprir diretamente eventual sentença condenatória.

Por acirrada disputa, a Segunda Seção do STJ decidiu, em 11/06/2014, com voto de desempate proferido pelo Ministro Sidnei Beneti, presidente da Seção, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Ministra Nancy Andrighi, relatora para o acórdão.

Em síntese, hoje vigora no C. Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a CEF só detém interesse jurídico para intervir nas ações que tenham como objeto contratos vinculados a apólices públicas (do ramo 66), celebrados de 02/12/1988 a 29/12/2009, devendo tal interesse estar condicionado à demonstração de comprometimento do FCVS e ser alegado tempestivamente, a fim de que não fique caracterizada a desídia ou conveniência na sua demonstração tardia. Admitido o interesse jurídico da CEF, esta intervirá no processo no estado em que este se encontrar, sem anulação de nenhum ato anterior.

Instado a se pronunciar diante de toda esta celeuma criada pelo C. STJ em torno das ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do SFH, o Magistrado titular da 6ª Vara Cível da Comarca de Natal proferiu decisão determinando a remessa dos autos para o Juízo Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, para que este se pronunciasse acerca do pedido de ingresso formulado pela referida Empresa Pública.

Pautou seu entendimento tanto na disciplina exarada pela Medida Provisória 633/2013, atualmente convertida na Lei nº 13.000/2014, e pela Lei nº 12.409/2011, como em regras constitucionais e lições comezinhas de Direito Processual.

A tese defendida pelo Ilustre Magistrado reporta a três principais fundamentos: a literalidade do art. 109, I, da Constituição Federal, que atribui expressamente aos juízes federais competência absoluta para processar e julgar as causas em que empresa pública federal for interessada na condição assistente; a inaplicabilidade das preclusões processuais aos critérios de competência absoluta, em virtude de estes configurarem pressupostos de validade do processo, portanto, matéria de ordem pública, passíveis de reconhecimento em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, mediante provocação da parte interessada, ou de ofício pelo juiz; e a inaplicabilidade do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* aos casos de competência absoluta, devendo, a intervenção do assistente com foro estabelecido na Constituição Federal, deslocar o processo para o juízo competente.

Revelado através de caso concreto, o atual cenário encontrado pelos aplicadores do direito no que tange ao tema ora analisado, passe-se, nesse momento, a partir das noções expostas nos itens anteriores, a traçar as linhas básicas do que se entende acerca da possibilidade da intervenção do assistente provocar o deslocamento da competência, a fim de tentar demonstrar o posicionamento mais adequado a ser seguido, em conformidade com os ditames legislativos e doutrinários.

Analisando, a princípio, o papel assumido pela CEF na lide, tem-se que esta não está a defender direito próprio, visto que não é a titular da relação jurídica deduzida no processo. Segurado e seguradora restringem-se a discutir em juízo a efetivação do contrato de seguro, com o fornecimento da cobertura securitária, que pode vir a produzir reflexos no FCVS, que está sob a administração da CEF.

Tanto é assim que, em que pese a Lei nº 12.409/2011, recentemente modificada pela Lei nº 13.000/2014, autorizar o FCVS a assumir os direitos e obrigações do SFH e a oferecer cobertura direta aos contratos de financiamento habitacional averbados na extinta apólice pública (art. 1º, I e II), não atribuiu ao segurado a faculdade de interpor a ação de seguro diretamente em face da CEF, pois afirmou expressamente que esta “intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas” (art. 1-A). Desse modo, não há regulação do sinistro pela CEF, tal regulação continuou a cargo das seguradoras, que podem recorrer

ao FCVS, em caso de apólices públicas, ou seja, a condição de administradora do FCVS não confere à CEF o direito de figurar sozinha no pólo passivo, porque ela não assumiu diretamente as obrigações correntes das seguradoras.

Portanto, não estando em causa a relação jurídica ou o próprio direito de titularidade do assistente, sem dúvida se está diante de assistência simples, pois, como visto (tópico 2.2.2), a assistência litisconsorcial requer um vínculo direto e imediato com a relação jurídica. Assim, a única modalidade interventiva a ser adotada pela CEF quando do ingresso nas lides relacionadas a seguro habitacional é a assistência simples.

Abalizando o que aqui se sustenta, seguem trechos do voto de vista da Ministra Nancy Andrighi, do voto do Ministro Luis Felipe Salomão e do voto de vista do Ministro Marco Buzzi, quando da análise dos segundos embargos declaratórios (STJ - EDcl nos EDcl no REsp 1091393/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção, julgado em 10/10/2012, DJe 14/12/2012):

Min. Nancy Andrighi: Em primeiro lugar, como nos seguros habitacionais inexistente relação jurídica entre o mutuário e a CEF (na qualidade de administradora do FCVS), conclui-se que a intervenção da instituição financeira se dará na condição de assistente simples e não de litisconsorte necessária.

Min. Luis Felipe Salomão: A controvérsia é centrada no seguinte tema: necessidade de intervenção da Caixa Econômica Federal na ação principal, tendo em vista que a discussão travada restringe-se à cobertura securitária, relação jurídica entre segurado e segurador, de cunho privado.

Min. Marco Buzzi: (...) Restou também delineada a existência de interesse jurídico da Caixa Econômica Federal, como gestora do SFH, a possibilitar a intervenção nos processos que envolvam apólices públicas, na qualidade de assistente simples (art. 50 do CPC).

O interesse jurídico da CEF, indubitavelmente, existe, posto que afirmado pela própria Lei nº 12.409/2011. A controvérsia se assentou na forma como esse interesse jurídico deve ser demonstrado.

Nesse ponto, acertada a decisão do STJ ao estabelecer que o interesse jurídico deve ser demonstrado mediante o comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice – FESA. Inclusive, em perfeita harmonia com a atual redação do § 1º do art. 1º-A, da Lei nº 12.409/2011, recentemente modificada pela Lei nº 13.000/2014, que admite o interesse jurídico da CEF nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas.

Ato contínuo, manifestando a CEF seu interesse jurídico em ingressar na lide como assistente simples, estar-se-á agora diante de questão que alude à fixação da competência.

Como explicado anteriormente (tópico 3.6), em causas que empresa pública federal for interessada na condição de assistente, a competência é dos juízes federais, estabelecida pelo art. 109, I, da Constituição Federal.

Trata-se de competência em razão da pessoa, portanto absoluta, podendo ser reconhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que antes do trânsito em julgado, inclusive em sede de cumprimento de sentença ou no bojo de demanda executiva, não havendo preclusão de alegação.

Nos moldes da interpretação atribuída ao enunciado no art. 87 do CPC, à competência absoluta (que, como ressaltado no tópico 3.4, foi ao que verdadeiramente o legislador quis se referir ao tratar expressamente da competência em razão da matéria e da hierarquia, posto que visa à tutela do interesse público que está entranhado nas regras de competência desta natureza), não se aplica a regra da perpetuação da competência.

Assim, chegando ao ápice da presente análise, pode-se concluir que a intervenção da CEF como assistente, em processos que estejam tramitando perante a Justiça Estadual, tem a aptidão de deslocar a competência para a Justiça Federal.

Daí porque Dinamarco faz essa percuciente observação:

Mas há uma norma superior estabelecendo a competência absoluta da Justiça Federal para os casos em que seja parte a União ou uma de suas autarquias, empresas públicas ou fundações públicas (Const., art. 109, inc. I). Por isso, se uma dessas entidades intervier em processo pendente perante outra Justiça – e qualquer que seja o título da intervenção – a competência passa a ser da Justiça Federal e para ela o processo se desloca (DINAMARCO, 2009b, p. 386-387).

Nesse mesmo sentido ensina CARNEIRO (2012, p. 256) que:

Se a União intervier como assistente ou oponente (ou outra forma de intervenção de terceiro) em demanda que esteja correndo *em primeira instância* perante a Justiça comum, o processo passa à competência da Justiça Federal (competência absoluta, *ratione personae*), e os autos são remetidos ao juiz federal respectivo (...) (CARNEIRO, 2012, p. 256).

Não diverge do que ora se sustenta a determinação exarada pela Lei nº 12.409/2011, que em seu art. 1º-A, §§ 6º e 8º, estabelece que a CEF deverá ser intimada nos processos que tramitam na Justiça Comum Estadual que tenham por objeto a extinta apólice pública do SFH, para que manifeste o seu interesse em intervir no feito, devendo ser remetidos à Justiça Federal os pleitos fundados em apólices do ramo público.

Sendo o interesse jurídico requisito imposto pelo próprio art. 109, I, da CF ao fixar a competência material da Justiça Federal, cumpre a ela decidir sobre a existência ou não do interesse da referida Instituição no feito. Tal entendimento encontra-se absolutamente pacificado, sendo, inclusive, consubstanciado na Súmula nº 150 do STJ.

Destarte, não cabe ao juiz estadual verificar se estão presentes os requisitos para intervir, mas sim ao juiz federal, motivo pelo qual existindo simples petição da CEF apresentando os fatos e fundamentos pelos quais considera ter interesse jurídico na demanda, os autos devem ser remetidos à Justiça Federal, que dará seguimento aos procedimentos destinados à verificação dos requisitos para intervir.

Não havendo que se falar, então, em apreciação do interesse jurídico pelos juízes ou tribunais estaduais, irretocável a posição assumida pelo Magistrado titular da 6ª Vara Cível, que, diante de petição através da qual a CEF informou seu interesse jurídico, determinou a remessa dos autos à Justiça Federal, esta a competente para decidir sobre sua própria competência, dentro dos limites interpretativos já fixados pelo STJ, que, como visto, delimitou a situação em que há efetiva subsunção do fato à norma, quando estará autorizada a sua incidência.

Posicionamento este recentemente confirmado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em sede de acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível, nos autos do Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2014.009548-0, que restou ementado da seguinte forma:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SEGURO HABITACIONAL. O JULGADOR A QUO DECLINOU DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A CAUSA, DETERMINANDO A REMESSA DO FEITO À JUSTIÇA FEDERAL. INOVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA. CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 633/2013 NA LEI Nº 13.000/2014, QUE ALTEROU A LEI Nº 12.409/2011, MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E DA UNIÃO FRENTE ÀS AÇÕES DE SEGURO HABITACIONAL GARANTIDOS PELO FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS (FCVS). DETERMINAÇÃO LEGAL DE INTIMAÇÃO DA CAIXA PARA MANIFESTAR INTERESSE NO FEITO. AUTARQUIA PETICIONOU NOS AUTOS DA AÇÃO PRINCIPAL INTERESSE DE INTERVIR NO FEITO. APLICAÇÃO DA LEI 13.000/2014 E DA SÚMULA Nº 150 DO STJ. RECURSO CONHECIDO DESPROVIDO (TJ/RN - Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2014.009548-0, Rel. Des. Dilermando Mota, 1ª Câmara Cível, julgado em 04/09/2014).

Em sequência, não vislumbrando o juiz federal que a CEF evidenciou seu interesse jurídico na ação, correto será o indeferimento do pedido de intervenção, com o retorno dos ao juízo estadual.

Por outro lado, sendo admitido o ingresso da CEF, esta vai receber o processo no estado em que se encontra (não se descurando do que prevê o art. 50, parágrafo único, do CPC) sem, no entanto, que sejam anulados os atos decisórios, o que se torna uma exceção ao teor do art. 113, § 3º, do CPC, que se mostra proporcional, em observância ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

Note-se, por fim, que diante do princípio constitucional do juiz natural, que garante ao indivíduo o direito de ter sua lide resolvida por juiz investido de competência para tanto, e a sua vertente que deságua no princípio da indisponibilidade da competência, de acordo com o qual as competências constitucionalmente fixadas não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribui, não se pode deixar de atentar para o fato de que é sim dos juízes federais a competência atribuída constitucionalmente para processar e julgar os feitos em que há interesse jurídico da CEF apto a integrá-la na lide como assistente, a fim de que seja assegurada uma adequada prestação jurisdicional.

De tal modo, não se pode negar que o processo instaurado perante juízo incompetente constitucionalmente, e a sentença por ele proferida, por uma questão de lógica e de adoção do que rege as condições prévias para a formação definitiva de toda relação processual, estampadas como sendo pressupostos processuais, deve ser tida como contaminada pela nulidade absoluta.

Destarte, é de ser cogitada a possibilidade de rescisão da sentença proferida pelo juízo constitucionalmente incompetente, a teor do que prescreve o art. 485, II, do CPC, o que acarretaria não só a perda da sua eficácia jurídica, mas, principalmente, da eficácia social, com a retirada de sua aptidão para produzir efeitos na realidade dos fatos. Isso prejudicaria imensamente os mutuários, em sua maioria pessoas manifestamente carentes, vez que, protelaria ainda mais a solução a ser dada a causa, o que agravaria a situação estrutural dos imóveis, que muitas vezes já se apresentam na iminência de desabamento, violando, até mesmo, a dignidade da pessoa humana (princípio fundamental da República

Federativa do Brasil), em sua vertente social que assegura o direito fundamental à moradia e à vida digna (art. 6º da CF).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em regra, a intervenção de assistente em processo em curso não tem o condão de provocar o deslocamento da competência jurisdicional, visto que o legislador estabeleceu no art. 50, parágrafo único, do CPC, que o assistente deve receber o processo no estado em que se encontra. Arelado a isso, há o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, verdadeiro preceito de estabilização do processo, que o legislador criou não só com o intuito de consolidar a competência, mas também a fim de que fosse possibilitado um deslinde mais célere para a causa.

No entanto, a regra comporta exceções, dentre as quais se enquadra a hipótese em que o terceiro, interessado em ingressar na lide na condição de assistente, possui prerrogativa de foro estabelecida pela Constituição Federal.

É exatamente esse o caso da Caixa Econômica Federal. Em virtude de ela ser empresa pública federal, submete-se ao critério de competência absoluta estabelecido no art. 109, I da CF. Assim, em processos que estejam tramitando perante a Justiça Estadual, a intervenção da CEF como assistente provoca, indubitavelmente, o deslocamento da competência para o juízo federal.

Em relação às Ações envolvendo Seguro Habitacional ligado ao Sistema Financeiro de Habitação, como a CEF assumiu a condição de gestora do FCVS, está obrigada a ressarcir eventuais indenizações advindas da constatação de vícios construtivos, decorrendo daí o interesse jurídico no resultado da causa, e, por conseguinte, a autorização para o seu ingresso nestas lides, na condição de assistente simples. Tudo isso com calço no preceptivo constitucional acima citado e corroborado pela previsão infraconstitucional introduzida com a edição da Lei nº 12.409/2011, recentemente modificada pela Lei nº 13.000/2014.

Deste modo, há de se concluir que a admissão da intervenção da CEF como assistente simples nos referidos processos, gera o necessário deslocamento da competência para o juízo federal, o que deve ser reconhecido pelos magistrados como forma de evitar maiores danos aos jurisdicionados após decisão de um

juízo constitucionalmente incompetente, de tal sorte que o processo sirva não só às partes, mas também, e, sobretudo, à sociedade, de forma efetiva.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil - Tutela Jurisdicional Executiva**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e Competência**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed. Vol. I. Bahia: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de Terceiros**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2009b.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Lumen Juris: 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 14 ed. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.



# A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Vanessa Gonçalo Guedes<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar a audiência de instrução e julgamento tal como prevista no Código de Processo Penal. Para tanto, retrata o modo como a opção legislativa por uma reforma tópica aproximou o referido ordenamento dos direitos e garantias instituídos na Constituição Federal de 1988, sem retirar a unidade e homogeneidade do sistema processual. Posteriormente, analisa os principais atos a serem realizados em audiência, dando enfoque às últimas mudanças legislativas. Verifica, ainda, como a concentração dos atos, a valorização da oralidade e da imediatidade proporcionaram uma maior efetividade e celeridade ao processo criminal. Por fim, reconhece que há resistência à mudança e que esta precisa ser superada, tendo em vista, sobretudo, a razoável duração do processo.

**Palavras-chave:** Código de Processo Penal. Reforma tópica. Audiência. Concentração de atos. Celeridade.

## 1 INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, mais conhecido como sendo o atual Código de Processo Penal brasileiro, entrou em vigor somente em 1º de janeiro de 1942, em meio ao chamado Estado Novo, quando o então presidente Getúlio Vargas outorgou a Constituição de 1937 e, inspirado no regime fascista, suprimiu os partidos políticos, anulou a separação dos Poderes e concentrou o poder em suas mãos.

Desde então, outras três constituições já foram promulgadas, alterando completamente o cenário sócio-político do país. A vigente Constituição de 1988, por exemplo, por muitas chamadas de constituição cidadã, ampliou as liberdades civis e os direitos e garantias individuais, instaurando uma ordem jurídica-institucional completamente diversa da que se via na década de 1940.

---

1 Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio. Especialista em Residência Judicial (Pós-Graduação *Lato Sensu*) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) em parceria com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn). Bacharel em Direito pela UFRN. Assessora Jurídica Ministerial no Ministério Público do Rio Grande do Norte.

Com o passar dos anos, a necessidade de atualização do Código de Processo Penal, adaptando-o à nova conjuntura, se tornou cada vez maior. Por um lado, o ordenamento pátrio evoluiu sob a ótica normativa e principiológica, por outro, as inovações tecnológicas passaram a permitir um processo mais célere e seguro. Soma-se a isso o inegável crescimento do número de processos sob a responsabilidade do Poder Judiciário, ao qual não restou alternativa senão dinamizar os ritos, tornando-os mais eficientes.

No caso do processo criminal, optou-se por uma reforma tópica, de modo a atingir institutos processuais inteiros, e não dispositivos isolados. Assim, foi possível promover mudanças profundas, tanto no processo de conhecimento quanto no cautelar, nas fases pré-processual, postulatória, probatória e decisória, sem ferir a unidade do sistema processual penal.

Tal opção se deu, sobretudo, pela morosidade da tramitação legislativa dos Códigos. É que, na prática, é muito mais difícil para o Congresso Nacional aprovar um estatuto por inteiro, de modo que uma reforma global poderia atrasar (e muito) uma mudança que já se fazia necessária.

Um total de onze propostas foram então agrupadas em sete projetos de lei, conforme bem relaciona o professor e juiz federal Silva Júnior:

- i) PL nº 4.203/2001, transformado na Lei nº 11.689, de 09/06/2008 (Tribunal do Júri): vigência a partir de 10/08/2008.
- ii) PL nº 4.204/2001, transformado na Lei nº 10.792/2003 (Interrogatório e defesa efetiva), em vigor a partir da data de publicação.
- iii) PL nº 4.205/2001, transformado na Lei 11.690, de 09/06/2008 (Provas): vigência a partir de 10/08/2008.
- iv) PL nº 4.206/2001 (Recursos e ações de impugnação).
- v) PL nº 4.207/2001, transformado na Lei nº 11.719, de 20/06/2008 (Suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos): vigência a partir de 23/08/2008.
- vi) PL nº 4.208/2001 (Prisão, medidas cautelares, fiança e liberdade).
- vii) PL nº 4.209/2001 (Investigação criminal)<sup>2</sup> (SILVA JUNIOR, 2009a, p. 79).

2 Atualmente, o Projeto de Lei nº 4.208/2001 foi transformado na Lei nº 12.403/2011, enquanto que os Projetos de Leis n.º 4.206/2001 e 4.209/2001 aguardam retorno do Senado Federal.

No presente estudo, passaremos a analisar a audiência de instrução e julgamento no Código de Processo Penal, dando enfoque às últimas mudanças legislativas e o modo como estas promoveram uma profunda alteração no perfil da audiência criminal, possibilitando maior celeridade no trâmite processual.

## 2 AS ÚLTIMAS MUDANÇAS LEGISLATIVAS E A ALTERAÇÃO DO PERFIL DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

A reforma processual penal promoveu uma significativa mudança nos ritos processuais, em especial no comum, disposto entre os artigos 394 e 405 do CPP. Buscou-se, com isso, aproximar o ordenamento processual penal da Constituição Federal de 1988, em especial dos direitos e garantias fundamentais nela assegurados, sem, contudo, “perder de vista a maior eficácia e celeridade na composição dos litígios” (SILVA JÚNIOR, 2009b, p. 71).

Neste sentido, também dispõem Távora e Alencar:

A noção que norteia a reforma é a de traçar regras que autorizem julgamento mais célere e que possibilite cumprimento aos preceitos constitucionais. Permeiam a interpretação do rito os princípios da economia processual, da celeridade, da concentração dos atos processuais em audiência e da identidade física do juiz (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 782-783).

Em vista disso, e seguindo o que já vinha sendo adotado nos países da América Latina, deixou-se de lado um modelo inquisitivo, escrito, burocrático e moroso, para adotar um modelo do tipo acusatório, simplificado, transparente e oral, atribuindo ao Ministério Público a função que verdadeiramente lhe compete no processo penal: a de parte (SILVA JÚNIOR, 2009b).

Em sua redação original, o Código de Processo Penal previa, nos processos de rito ordinário, três audiências distintas, sendo uma para interrogatório, uma para inquirição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e outra para as da defesa. O procedimento era predominantemente escrito, devendo tudo que era tratado em audiência ser reduzido a termo. Além disso, as partes

não formulavam perguntas diretas às testemunhas, o requerimento de diligências e as alegações finais eram escritas e a sentença era proferida em gabinete.

Com a reforma, o perfil da audiência, que era só de instrução, mudou completamente, passando a ser também de julgamento. Adotou-se, definitivamente, o sistema acusatório, ao passo que se simplificou o processo, com a unificação da audiência, valorização da oralidade, da imediatidade e da identidade física do juiz, viabilizando, assim, uma resposta judicial dentro de um tempo verdadeiramente razoável.

### 3 AS ALTERAÇÕES MAIS SIGNIFICATIVAS NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

#### 3.1 A AUDIÊNCIA UNA

Uma das mudanças mais significativas na dinâmica da instrução criminal ocorreu com a promulgação da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que alterou os artigos 394 a 405 do Código de Processo Penal. Como será visto adiante, a antiga sistemática, adotada na redação original do CPP, previa a realização de três audiências distintas, tendo a referida alteração reduzido para uma, a chamada “superaudiência”.

É que antes, ao receber a denúncia, o juiz já aprazava o interrogatório, que seria o primeiro ato da instrução. Logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, o réu ou seu defensor poderia oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas. Apresentada ou não a defesa, partia-se para a inquirição das testemunhas, ouvindo-se primeiro as da acusação. A audiência para oitiva das testemunhas da acusação deveria ser aprazada para até 20 (vinte) dias, no caso de réu preso, ou 40 (quarenta) dias, no caso de réu solto, a contar da data do interrogatório ou do tríduo para defesa prévia.

Assim, a instrução era repartida em três audiências distintas: uma para o interrogatório do acusado, outra para a oitiva das testemunhas da acusação e outra para as da defesa. Tal dinâmica, por óbvio, tendia a estender a instrução e retardar o resultado final do processo.

Com a reforma, tornou-se possível a realização de uma instrução mais célere, sobretudo em razão da observância do princípio da concentração dos atos processuais, reunindo em uma única audiência o que antes era feito em três.

Para tornar isso possível, o legislador promoveu ainda uma série de mudanças nos atos que antecedem a audiência de instrução e julgamento. Inicialmente, antes de receber a denúncia ou queixa, deve o juiz verificar se não é caso de rejeição preliminar da peça acusatória, o que acontece quando se verifica que a mesma é manifestamente inepta, falta pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal ou mesmo quando resta ausente a justa causa. Caso contrário, o juiz recebe a acusação e manda citar o acusado para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar defesa escrita, onde poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à defesa.

A defesa escrita passou a ser obrigatória, tanto que, se não apresentada pelo réu citado, o juiz nomeará defensor para que o faça, após o que poderá absolver sumariamente o réu se verificar a existência de manifesta causa excludente de ilicitude, de culpabilidade (salvo a inimputabilidade), que o fato narrado não constitui crime ou se extinta a punibilidade do agente.

Não se enquadrando o caso em nenhuma das hipóteses acima, aí sim o juiz, confirmando o recebimento da denúncia, designa data para a audiência una e determina a intimação das partes. Tal audiência deverá ocorrer no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, estando fixados no art. 400 do CPP os atos que nela deverão ocorrer. Antes de elencá-los, cumpre ressaltar que, ultrapassado esse prazo, somente se configura constrangimento ilegal quando o excesso for motivado pelo descaso injustificado do juízo, visto que, conforme aponta o Superior Tribunal de Justiça:

Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, porquanto variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os têm mitigado à luz do princípio da razoabilidade (RHC 44.513/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 01/07/2014).

Voltando-se agora para o art. 400, destacam-se oito atos instrutórios a serem realizados na audiência una de instrução e julgamento, a saber: declarações do ofendido, inquirição das testemunhas arroladas pela acusação, inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, esclarecimento dos peritos, acareações, reconhecimento de pessoas, reconhecimento de coisas e interrogatório do réu.

Conforme se vê, a ordem das oitivas privilegiou ainda mais o princípio do contraditório e da ampla defesa, sobretudo ao deslocar o interrogatório para o último ato da instrução, não o último da audiência. Isso porque, assim sendo, o acusado já estará ciente de todas as acusações que pairam sobre si, podendo se defender de tudo o que fora alegado em juízo.

Encerrada, pois, a instrução, tanto o Ministério Público quanto o querelante, o assistente e o acusado poderão requerer diligências ao juiz, mas somente aquelas cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução, o que exclui, portanto, as que foram olvidadas pelas partes na ocasião da apresentação da denúncia/queixa ou defesa escrita.

Isso porque, como regra, as alegações finais deverão ser proferidas oralmente, tanto pela acusação quanto pela defesa, dentro de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez). Em seguida, deve o juiz preferir a sentença ainda em audiência, intimando desde já todos os presentes.

Excepcionalmente, conforme previsto no ordenamento processual, a audiência poderá ser encerrada sem julgamento, o que é possível quando há diligências consideradas imprescindíveis ou mesmo nas hipóteses do §3º do art. 403 do CPP, isto é, em razão da complexidade do caso ou do número de acusados. Nesses casos, as alegações finais deverão ser apresentadas no prazo sucessivo de 05 (cinco) dias, após o que o magistrado terá 10 (dez) dias para proferir a sentença em gabinete.

Visto isso, não é difícil compreender o porquê da audiência de instrução e julgamento no processo criminal, com a reforma promovida pela Lei nº 11.719/08, ser chamada de “superaudiência”. A concentração de diversos atos em uma única audiência foi, portanto, um dos meios encontrado pelo legislador de tornar o processo mais célere, sem olvidar do devido processo legal e dos princípios correlatos.

### 3.2 A INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS

No que diz respeito às testemunhas no processo criminal, as mudanças mais significativas foram implementadas pelas Leis n.º 11.690, de 09 de junho de 2008, e n.º 11.719, do dia 20 do mesmo mês. A primeira alterou alguns dispositivos do Capítulo que trata “Das Testemunhas” como meio de prova (Capítulo VI, do Título VII, do Livro I); a segunda alterou o Capítulo que trata “Da Instrução Criminal”. Outras mudanças, de impacto menor, conforme será visto adiante, foram promovidas pela Lei n.º 11.900, de 08 de janeiro de 2009.

Inicialmente, vale dizer o momento correto para apresentação do rol de testemunhas, qual seja, a primeira ocasião em que cada parte se manifesta na ação penal. Assim, a acusação o faz logo que oferecer a peça inicial (art. 41, CPP), enquanto que a defesa deverá relacioná-las já na defesa escrita obrigatória, requerendo, inclusive, a intimação destas, caso se faça necessário (art. 396-A, CPP). Não sendo observado o momento processual adequado, e não havendo justificativa plausível para a extemporaneidade da apresentação do rol, ocorrerá então a preclusão temporal.

Comparecendo à audiência, as testemunhas, em regra, serão ouvidas no mesmo dia e de forma individual, de modo que uma não saiba nem ouça o depoimento da outra, devendo o juiz adverti-las da pena cominada ao falso testemunho. Para assegurar isso ainda mais, a Lei n.º 11.690/08 acrescentou o parágrafo único ao art. 210 do CPP, determinando que antes e durante a audiência seja assegurada a incomunicabilidade das testemunhas. Neste ponto, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que eventual nulidade somente restará configurada se a parte que a alega demonstrar efetivo comprometimento da cognição do magistrado (STJ, HC 166.719/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 11/05/2011).

Em que pese tenha havido a concentração dos atos instrutórios, a quantidade de testemunhas a serem inquiridas no processo comum não foi alterada, continuando vigente o limite de 08 (oito) para cada lado, sem contar as que não prestam compromisso e as referidas. Além disso, permanece o direito das partes de desistirem das testemunhas arroladas, podendo, entretanto, tais serem ouvidas como testemunha do juízo.

Quanto à ordem de inquirição, o art. 400 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08, deixou claro que primeiro serão inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e só depois as da defesa, não observando essa ordem tão somente as que residirem fora da jurisdição do juiz, as quais serão ouvidas em separado, seja por carta precatória ou mesmo rogatória.

Por oportuno, ressalte-se que a carta precatória não suspende a instrução criminal e, findo o prazo razoável dado pelo juiz para o seu cumprimento, poderá realizar-se o julgamento normalmente, juntando a carta assim que devolvida (art. 222, CPP). Nesse contexto, a Lei nº 11.900/09 acrescentou duas novidades: a possibilidade de realizar a oitiva da testemunha por meio de videoconferência e a expedição de carta rogatória para ouvir testemunha somente mediante demonstração de sua imprescindibilidade, arcando a parte que a requerer com todos os custos.

Ainda quanto à ordem, embora, como regra, a oitiva das testemunhas da acusação preceda a da defesa, a inversão, excepcionalmente, é possível com o fim de assegurar a observância ao princípio da economia processual, o qual, aliás, norteou as últimas reformas do CPP. Neste sentido, bem assevera Nucci:

A inversão da ordem de inquirição das testemunhas, como regra, não deve ocorrer, mas, eventualmente, em homenagem ao princípio da economia processual (hoje, constitucionalmente previsto no art. 5º, LXXVIII, CF) e não havendo insurgência das partes, é possível. Imagine-se terem sido ouvidas todas as testemunhas da acusação, exceto uma. A última faltante, intimada, não compareceu. Será conduzida coercitivamente. Pode, pois, o juiz, com a concordância das partes, marcar audiência para ouvir a prova final da acusação e já dar início à colheita da prova de defesa. E mais: caso a mencionada testemunha não seja encontrada para a condução coercitiva realizar-se, estando todas as testemunhas de defesa presentes, podem as partes aquiescer sejam ouvidas as que compareceram ao fórum, designando-se uma data para nova de condução da recalcitrante testemunha de acusação. É uma inversão de ordem excepcional e justificada pela economia processual, sem ferir direito de qualquer das partes (NUCCI, 2011, p. 683).

A oitiva das testemunhas sem o acusado, estando este devidamente citado e intimado, além de ser possível quando o réu opta por não comparecer ao ato, também o é em outras duas ocasiões, as quais independem de sua vontade: quando o acusado causa temor ou sério constrangimento à testemunha; e quando, ausente prejuízo, há a anuência do defensor constituído.

O primeiro caso está expressamente previsto no art. 217 do CPP, que, com a alteração promovida pela Lei nº 11.690/08, determina a inquirição da testemunha por videoconferência quando verificada que a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha, de modo a comprometer a verdade do depoimento e, somente não sendo esta possível, que se proceda a retirada do acusado, permanecendo na sala de audiência o seu defensor.

O segundo pode muito bem acontecer quando, por exemplo, o réu preso, por motivos diversos, não é conduzido à audiência. Nesta hipótese, ainda em observância à economia processual, pode-se proceder a inquirição das testemunhas, aprazando-se nova audiência para continuar a instrução. Todavia, vale lembrar que isso só é possível com a expressa anuência do defensor constituído, de modo que a celeridade não atrole a ampla defesa.

A esse respeito, inclusive, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

[...] 3. O sistema processual penal, forte no direito constitucional à ampla defesa (art. 5.º, LV, da Constituição Federal), assegura o direito de presença do acusado nas audiências judiciais. 4. Consentindo o defensor constituído na realização da audiência sem a presença do acusado, não há vício ou nulidade a ser reconhecida. 5. O princípio maior que rege as nulidades é o de que sua decretação não prescinde da demonstração do prejuízo, conforme o art. 563 do Código de Processo Penal. Não se prestigia a forma pela forma, com o que, na ausência de prejuízo, o ato deve ser preservado. [...] (STF, HC 119732, Relator(a): Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 20/05/2014, DJe 20/06/2014, publicado em 23/06/2014).

Superado tais pontos, parte-se agora para o modo como a inquirição propriamente dita deve ser conduzida. É que, se em sua redação original, o CPP determinava que as perguntas das partes seriam requeridas ao juiz, que, por sua vez, as formularia às testemunhas, com a alteração promovida pela Lei nº 11.690/08 no art. 212, as perguntas passaram a ser formuladas de forma direta, sem o intermédio do juiz, o qual apenas poderá intervir para inadmitir as que “puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”.

Assim, nesta etapa, o legislador deixou de lado o sistema presidencialista, para adotar o *cross examination*, através do qual as perguntas são dirigidas diretamente às testemunhas. Neste caso, a parte que arrolou o depoente deverá iniciar com as perguntas, para só depois se passar a palavra à parte contrária. Por exemplo, sendo a testemunha da acusação, o promotor deverá formular as perguntas por primeiro, sendo seguido pelo advogado de defesa; sendo da defesa, proceder-se-á justamente o contrário. Havendo assistente de acusação, este atuará sempre após o órgão acusatório. O juiz, por sua vez, não fica alheio ao processo, podendo, ao final, esclarecer algum ponto não elucidado.

### 3.3 O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

O Capítulo que rege o interrogatório do acusado, conforme opção feita pelo legislador original do Código de Processo Penal, encontra-se inserido no Título VII do Livro I, que trata da prova. Essa localização se deve, sobretudo, à natureza que se buscava impor ao referido ato processual, o qual era tido, inegavelmente, como um verdadeiro meio de prova.

É que na antiga sistemática do diploma processual, o art. 186 era claro ao dizer que, embora o acusado não estivesse obrigado a responder as perguntas formuladas pelo juiz, o silêncio poderia ser interpretado em seu próprio prejuízo, devendo ser-lhe feita essa advertência antes do início do interrogatório. Assim, estava evidente que o principal objetivo de tal ato era o de colher a confissão do acusado e, com isso, fortalecer ainda mais a acusação.

Isso demonstra a forte inspiração inquisitiva da qual se revestia o Código de Processo Penal, compatível com a época na qual fora elaborado. Acontece que

com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e a consequente preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, o direito ao silêncio passou a ser visto como extensão do direito à ampla defesa.

Visando adaptar o sistema normativo à ordem constitucional, foi então promulgada a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que, conforme será visto a seguir, não somente assegurou ao acusado o verdadeiro direito ao silêncio, como também delineou um processo com linhas claras do sistema acusatório, separando as funções de acusar, defender e julgar.

A referida lei, no contexto da reforma tópica do CPP, alterou por completo o procedimento seguido no interrogatório do acusado, atribuindo-lhe uma natureza diversa da que se tinha até então. Se antes o interrogatório judicial era tido como meio de prova, após a Lei nº 10.792/03 passou a ser encarado como meio de defesa, pois restou expressamente consignado no art. 186 não somente que o acusado tem o direito de permanecer calado, como também que o seu silêncio não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa, evidenciando-se, assim, o direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo.

Duas discussões relevantes passaram então a rodear tal dispositivo: primeiro, se o comparecimento do réu em audiência seria obrigatório; segundo, se ele teria também o direito de mentir.

Quanto ao primeiro ponto, prevalece o entendimento de que o não comparecimento do réu ao interrogatório, estando ele devidamente citado, não é causa de nulidade, devendo ser dado prosseguimento normal ao feito, inclusive podendo ser prolatada na própria audiência a sentença condenatória. Claro que para isso é necessária a presença do advogado do réu ou mesmo que seja nomeado defensor dativo, assegurando, ao menos, a defesa técnica, sob pena de nulidade absoluta do feito.

Importante destacar, também, o entendimento já acentuado no Superior Tribunal de Justiça de que:

Não há no processo penal revelia, propriamente dita, visto que a ausência do réu, devidamente citado, nos atos processuais, desde o interrogatório, não implica em confissão dos fatos narrados na denúncia, nem ficará ele indefeso no curso da ação penal, poden-

do comparecer aos atos posteriores e inclusive ser interrogado, se comparecer no curso do processo. (STJ, HC: 111.469, Relatora: Min. Jane Silva, 6ª Turma, Data de Julgamento: 20/11/2008, Data de Publicação: DJe 09/12/2008)

Ademais, conforme ensina Nucci:

*Se o réu não comparecer à audiência de instrução e julgamento, onde também seria interrogado, deve-se entender ter optado pelo direito ao silêncio, abrindo mão, inclusive, do seu direito de audiência. Entretanto, se a sua presença for indispensável – para um reconhecimento, por exemplo -, pode ser conduzido coercitivamente a juízo, caso tenha sido intimado e não tenha comparecido. (grifo nosso) (NUCCI, 2011, p. 684).*

Quanto ao segundo ponto – se o réu, comparecendo, teria o direito de mentir – verifica-se que há certa divergência doutrinária. Nucci (2011), por exemplo, defende que o réu tem o direito de mentir tanto no interrogatório de individualização quanto no de mérito, sob os argumentos de que: a) ninguém é obrigado a se autoacusar; b) o direito à ampla defesa não exclui a possibilidade de narrar inverdades; e c) o que não é vedado pelo ordenamento, é permitido. O mesmo autor aponta que, em sentido contrário, inadmitindo o direito de mentir, estão Tornaghi, Camargo Aranha e Mirabete.

Com a devida vênia, parece ser mais razoável o segundo entendimento. É que, na verdade, não há um direito de mentir propriamente dito, embora seja possível mentir em juízo. A inverdade, quando dita para se proteger, se enquadra no contexto do princípio da não autoincriminação, amparado no direito à ampla defesa. Nesse caso, a mentira é plenamente justificável, não havendo de ser objeto de punição estatal.

O mesmo não ocorre quando o réu, na primeira parte do interrogatório, ao ser indagado sobre questões alheias ao fato da acusação, se atribui identidade falsa, praticando assim um fato típico. Isso porque, nessa etapa, não está o acusado evitando se autoincriminar, mas sim fornecendo os elementos necessários para a sua correta identificação no processo. Dessa forma, o réu pode se furtrar da verdade sobre os fatos, mas não de ser quem realmente é.

Outro argumento que afasta a ideia de que o acusado teria o direito de mentir gira em torno do crime de autoacusação falsa. Não é permitido, pois, ao réu assumir falsamente a autoria de um crime, induzindo o Estado a punir um inocente e deixar livre o verdadeiro culpado. Mais uma vez, não está o acusado amparado no princípio da não autoincriminação.

Conclui-se, portanto, que a mentira não constitui um direito do acusado, apenas sendo possível quando serve à sua não autoincriminação, como forma de assegurar efetivamente o direito constitucional à ampla defesa. Caso contrário, apresentando fundamento diverso e não sendo justificável por outro direito, a mentira passa a ser penalmente punível.

Pois bem. Compreendida a alteração promovida na natureza do interrogatório, passemos a analisar os principais pontos do procedimento a ser seguido. Inicialmente, tem-se que a Lei nº 10.792/03 introduziu expressamente no CPP o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor antes do ato ora analisado. Segundo o Supremo Tribunal Federal (HC 112.225 – 1ª Turma, Ministro Luiz Fux, DJe 22/08/2013), essa entrevista “tem como escopo facultar à defesa a possibilidade de orientar o réu a respeito das consequências das declarações que vier a proferir” e sua ausência, tendo em vista que vigora o princípio *pas de nullité san grief*, somente é causa de nulidade se houver efetivo prejuízo à defesa, devidamente demonstrado.

Em seguida, o réu deve ser qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, sendo ainda informado, pelo juiz, do seu direito de permanecer calado e de não responder as perguntas que lhe forem formuladas. Somente então é que se dá início ao interrogatório propriamente dito, nos termos do art. 187 do CPP, por meio do qual, além da confissão do acusado, poderão ser aferidas circunstâncias judiciais que lhe sejam favoráveis ou desfavoráveis.

Verifica-se, pois, que o legislador repartiu o interrogatório em dois momentos, fixando antecipadamente e de forma genérica, os pontos a serem esclarecidos. Em todo caso, é necessário que o magistrado aja com o máximo de minúcia e cautela possível ao obter as declarações do réu, visando preservar sempre a ampla defesa e o devido processo legal, até porque, conforme lembra Nucci (2011), embora vigore o princípio da identidade física do juiz no ordenamento proces-

sual, é possível que outro magistrado julgue o caso, como ocorre, por exemplo, quando o interrogatório é realizado por carta precatória.

Destaque-se, ainda, outra relevante mudança advinda com a Lei nº 10.792/03: a possibilidade de as partes participarem do interrogatório, apontando para o juiz algum fato que faltou ser esclarecido. Em sua redação original, o art. 187 do CPP determinava que “o defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas”, texto esse que foi suprimido com a reforma. O novo art. 188, de maneira totalmente diversa, estabeleceu que “após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

Conforme se depreende da nova redação, somente após o juiz finalizar suas indagações, ele perguntará às partes se restou algum fato a ser esclarecido, estas, por sua vez, não formularão perguntas diretamente ao réu, mas por intermédio do juiz, a quem caberá julgar a pertinência e relevância da pergunta para só então fazê-la ao acusado. Caso a negue, deverá o magistrado fundamentar imediatamente o motivo à parte, evitando, com isso, posterior alegação de nulidade por cerceamento de defesa ou de acusação.

Observe-se aqui que, diferente do que ocorre na inquirição das testemunhas, adota-se no interrogatório o sistema presidencialista, através do qual, em regra, as perguntas são feitas por intermédio do juiz, devendo as respostas a este ser direcionadas. Aliás, embora haja quem sustente que o sistema presidencialista restou superado com a Lei nº 11.690/08, que admitiu a interpelação direta das testemunhas, esta definitivamente não foi a intenção do legislador.

Como visto, a reforma do CPP ocorreu de forma tópica, atingindo institutos processuais inteiros para manter a unidade e homogeneidade do sistema processual. Por essa razão, vários projetos de lei foram elaborados no ano de 2001, dentre os quais estão o n.º 4.204/01 e o n.º 4.205/01. O primeiro se transformou na Lei nº 10.792/03; o segundo, na Lei nº 11.690/08. Assim, constata-se que, embora as referidas leis tenham sido promulgadas em épocas distintas, suas origens foram contemporâneas e, assim sendo, se fosse da vontade do legislador adotar o sistema do *cross examination* tanto para o interrogatório quanto para

a inquirição das testemunhas, ele o teria feito expressamente quando da elaboração dos projetos.

Além disso, a própria natureza dos atos justifica a adoção de sistemas distintos, pois enquanto as testemunhas constituem um tipo de prova, a qual, como regra, é apresentada pelas partes, o interrogatório constitui meio de defesa, devendo o interrogante ser neutro, absolutamente imparcial, caso em que somente se encaixa o juiz.

Por fim, tem-se que a Lei nº 11.900/09, aderindo às inovações tecnológicas no intuito de aprimorar o processo penal, alterando o art. 185 do CPP, admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de realizar o interrogatório do réu preso por meio de videoconferência ou outro recurso de transmissão de vídeo e imagem em tempo real.

O §2º do referido dispositivo, em seus incisos, foi taxativo ao descrever as hipóteses em que isso é possível, quais sejam: I) prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II) viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III) impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; e IV) responder à gravíssima questão de ordem pública.

Apesar de haver divergência doutrinária no que tange à violação da ampla defesa do acusado se o interrogatório for feito por esse método, há de se destacar que se trata de um meio excepcional, tendo o legislador se preocupado em preservar os direitos do réu, tais como o de acompanhar os demais atos da audiência, o de entrevista prévia e reservada com o seu defensor e a presença de defesa técnica tanto no presídio quanto na sala de audiência.

### 3.4 AS ALEGAÇÕES FINAIS ORAIS

A já mencionada Lei nº 11.719/08, ao alterar o art. 403 do CPP, reformulou as alegações finais no âmbito criminal, dando um único sentido às alegações

de ambas as partes e valorizando a oralidade na composição de um processo mais célere.

É que antes da reforma, os arts. 499 e 500 do CPP, determinavam que, encerrada a inquirição das testemunhas, acusação e defesa teriam o prazo sucessivo de 24 (vinte e quatro) horas para requerer diligências cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Somente após esgotado o prazo, ou cumpridas as diligências, é que seria dado vista dos autos às partes para que, no prazo de 03 (três) dias, também sucessivo, fossem apresentadas as alegações escritas.

Agora, encerrada a instrução e não havendo requerimento de diligências, ou sendo estas indeferidas, ainda na audiência dá-se início às alegações finais orais, tendo tanto a acusação quanto a defesa, nesta ordem, 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), para se manifestarem. Havendo assistente de acusação, este terá 10 (dez) minutos para falar logo após o Ministério Público, ocasião em que será acrescido tal tempo à defesa.

Embora seja essa a regra a ser observada, o legislador, sensível à realidade, previu também que, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, poderá o juiz conceder o prazo sucessivo de 05 (cinco) dias às partes para apresentarem suas alegações por memorial, ocasião em que a sentença, obviamente, também será postergada, devendo ser proferida no prazo de 10 (dez) dias. Da mesma forma se procede as alegações quando houver realização de diligências.

Visto isso, duas observações relevantes merecem ser feitas em torno da reforma: primeiro, quanto à função das alegações finais; e segundo, quanto à sua forma.

Verifica-se, pois, que, nos termos originais do CPP, as alegações finais tinham uma função para a acusação e outra para a defesa. Enquanto a denúncia ou a queixa se mostravam como a principal peça da acusação, visto que deveria necessariamente conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos para identificá-lo, além da classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas (art. 41, CPP), as alegações escritas (ou defesa prévia) não eram tão abrangentes, sendo até mesmo dispensáveis.

A antiga redação do art. 395 do CPP dizia que a defesa poderia oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas logo após o interrogatório (que ocorria no início da instrução) ou no prazo de 3 (três) dias. Porém, mesmo não sendo esta apresentada, proceder-se-ia a inquirição das testemunhas.

Assim sendo, as alegações finais do Ministério Público ou querelante não passavam de um ato acusatório complementar à denúncia ou queixa, possibilitando reafirmar a acusação e, mais ainda, reforçá-la tendo por base as provas colhidas em instrução. Por outro lado, as da defesa constituíam o principal ato defensivo, onde se abordava praticamente toda a matéria que lhe fosse relevante.

Com a reforma, recebida a inicial e feita a citação, o acusado passou a ter 10 (dez) dias para responder a acusação, podendo “arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documento e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário” (art. 396-A, CPP). Assim, as alegações finais passaram a ter para a defesa função semelhante a que tinha para a acusação, isto é, a de reafirmar, no caso, a tese defensiva, reforçando-a com base nas provas colhidas em instrução.

Já no que diz respeito à forma, ressalte-se que, com a nova redação, adotou-se a oralidade como regra. É claro que essa mudança tirou todos de uma certa zona de conforto (inclusive o juiz, com a consequente sentença em audiência), o que, na prática, gerou muita resistência das partes. No entanto, tal forma se mostra fundamental para a realização de uma audiência verdadeiramente una, não só de instrução, mas também de julgamento.

Observe-se, pois, que o novo artigo 403 do CPP é claro ao determinar que “não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais”. A opção de fazê-las por memoriais, nestas circunstâncias, cabe ao juiz, o qual deverá considerar a complexidade do caso ou o número de acusados.

Além desses casos, a opção por memoriais deve também ser feita no caso de ser nomeado defensor *ad hoc*, evitando assim alegações orais genéricas e assegurando a ampla defesa do acusado. Neste sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL). DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADVOGADO AD HOC. DISPENSA DE PROVAS. ALEGAÇÕES FINAIS GENÉRICAS OFERTADAS ORALMENTE. PREJUÍZO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua deficiência, para ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Ainda que a ausência do advogado constituído não tenha sido justificada, não se mostra prudente delegar ao defensor ad hoc a responsabilidade de conduzir a defesa do acusado na sua plenitude, admitindo-se, inclusive, que desista da produção das demais provas requeridas e ofereça alegações orais genéricas na própria audiência para a qual foi designado, como ocorreu na hipótese, circunstâncias que revelam o prejuízo ao trabalho defensivo e autorizam a declaração de nulidade do ato, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal. (STJ, HC 280.901/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 5ª Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 29/04/2014)

Sobre as alegações orais, Nucci reforça que:

A busca pela celeridade deve contar com a firme direção do magistrado para que os debates orais se façam, realmente, na forma oral, evitando-se a apresentação das alegações por escrito e o ditado das alegações para constar no termo de audiência. Por isso, o método para registro da audiência deve ser, preferencialmente, o de gravação ou método similar (art. 405, §1º, CPP). Não sendo possível, tudo será reduzido a termo em forma resumida (art. 405, *caput*, CPP). Quanto às alegações finais, devem constar apenas os pedidos finais no termo de audiência (NUCCI, 2011, p. 682).

Em que pese a firme atuação do magistrado seja realmente decisiva para que as partes façam as alegações de forma oral, estas não necessariamente precisam ser gravadas. Isso porque o registro audiovisual de que trata o §1º do art. 405 do CPP, com o fim de obter maior fidelidade das informações, refere-se tão somente a atos praticados com viés probatório, ou seja, aos depoimentos do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas.

E há uma razão para não incluir as alegações finais neste rol: é que diferente dos depoimentos e interrogatórios, que constituem meio de prova inerente ao processo, devendo o acompanhar em todas as instâncias; as derradeiras alegações se destinam precipuamente à formação do convencimento do magistrado específico que julgará a demanda em audiência.

Além disso, nas demais instâncias, as razões e contrarrazões recursais reunirão novamente os argumentos acusatórios e defensivos, assumindo assim a função anteriormente dada às alegações finais.

### 3.5 A SENTENÇA PROFERIDA EM AUDIÊNCIA

Com o advento da Lei nº 11.719/08, a sentença também passou a ser proferida em audiência. Assim como não previu a gravação audiovisual das alegações finais, o legislador também o fez no que diz respeito ao principal ato decisório. Neste caso, tal como dispõe a regra do *caput* do art. 405 do CPP, deve o seu conteúdo constar do termo lavrado, o qual será assinado pelo juiz e pelas partes.

Desse modo, para seguir o disposto no ordenamento processual e, consequentemente, atender ao princípio da celeridade, norteador de toda a reforma, deve o magistrado publicar a sentença já em audiência, ficando as partes, desde já, cientes do seu inteiro teor. Feito isso, tem início o prazo recursal, dispensando as intimações posteriores e reduzindo o tempo do processo.

Para tanto, é aconselhável que haja um trabalho prévio do juiz, o qual poderá se antecipar em analisar a prova documental constante dos autos, elaborando, dentro do possível, uma minuta a ser complementada com a prova oral a ser colhida em audiência. É que já nesta etapa, pode-se adiantar boa parte do relatório, das fundamentações fática e jurídica e até mesmo da parte dispositiva.

E não se fale aqui em antecipação do julgamento, afinal, a sentença somente é proferida em audiência, podendo (e devendo) ser alterada até então.

O que tem se observado do novo rito processual é que, assim como já era a inicial acusatória, a defesa escrita passou a ser mais abrangente, tendo o acusado a oportunidade de arguir preliminares e alegar tudo o que lhe interesse, oferecendo documentos e justificações, especificando as provas pretendidas e arrolando testemunhas. Com isso, pode-se dizer que, em grande parte dos processos, as “surpresas” em audiência diminuíram, já que nesta oportunidade serão colhidas somente a prova oral, devendo estar as demais provas já acostadas aos autos.

É plenamente admissível que, mesmo quando as mudanças são pequenas, o juiz precisa ter uma certa agilidade para reduzir a termo os depoimentos e interrogatórios, estar atento às alegações finais e, simultaneamente, ir adaptando a sentença. É claro que essa é uma habilidade que vem com a experiência e, embora inicialmente assustadora para quem terá que desenvolvê-la, a prática, já adotada em algumas varas criminais, vem demonstrando que isso é possível e contribui em muito para a celeridade do processo.

Entretanto, há casos em que o desfecho do processo muda completamente, tornando impossível o aproveitamento de qualquer minuta que eventualmente se tenha feito. Neste caso, assim como nos casos previstos no §3º do art. 403 do CPP – considerando a complexidade do caso ou o número de acusados -, recomenda-se, por prudência, que as alegações sejam apresentadas por memoriais e, somente após, no prazo de 10 (dez) dias, seja proferida a sentença.

Ressalte-se, por fim, que a unificação da audiência tornou possível a aplicação do princípio da identidade física do juiz ao processo penal, o qual, inclusive, passou a ser expressamente previsto no art. 399, § 2º, do CPP, acrescentado pela Lei nº 11.719/08. É que antes, com a instrução desmembrada, era bem mais comum que o juiz proferisse a sentença sem ter colhido a prova. Agora, em que pese a regra seja a aplicação do princípio, há casos em que esta precisa ser excepcionada e, não havendo previsão legal das hipóteses em que isso ocorre, pode-se, por analogia, observar as exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil.

## 4 A IMPLANTAÇÃO DAS ALTERAÇÕES E SUAS DIFICULDADES

A reforma que vem sendo implementada no Código de Processo Penal, como visto, vem causando profundas transformações na audiência de instrução e julgamento. Tais transformações exigem dos sujeitos processuais uma atuação muito mais dinâmica do que se via anteriormente, pautada na imediatidade e na oralidade.

Inicialmente, questionou-se até a possibilidade de realizar a “superaudiência” nos termos do ordenamento processual. Para muitos, seria impossível realizar oito atos instrutórios, além das alegações finais orais e da sentença em uma única audiência. E se assim fizesse o magistrado, teria ele que reservar uma manhã inteira de sua agenda para conduzir o ato, o qual poderia se estender pelo turno seguinte.

Questionou-se, ainda, se a lei seria necessariamente ignorada pelo Poder Judiciário, que continuaria a fazer o possível, em detrimento da legalidade. Ou mesmo se a justiça buscaria o impossível cumprimento da lei, mesmo tornando a prestação jurisdicional mais morosa, já que seria realizada, no máximo, uma audiência por dia.

Enfim, foram muitos questionamentos em torno das mudanças. No entanto, a prática vem demonstrando que a lei não ficou tão alheia à realidade e que a resistência dos sujeitos processuais em se adaptar pode ser o verdadeiro empecilho à visualização dos benefícios da reforma em muitas varas criminais.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que é possível realizar todos os atos legalmente previstos em uma única audiência sem que, para isso, tenha que se gastar um dia inteiro de trabalho. Nem mesmo é necessário se limitar a um único processo por dia, até porque a grande maioria das instruções não exigem a realização de todos os atos previstos no art. 400 do CPP, isto é, em grande parte dos casos não há, por exemplo, esclarecimento dos peritos, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas, nem mesmo é comum a oitiva de 16 (dezesseis) testemunhas, 08 (oito) para cada parte.

Normalmente, quando a instrução envolve todos esses atos e o limite máximo de testemunhas, trata-se de feitos mais complexos, o que foge à regra,

podendo o magistrado não só desmembrar a audiência, como também conceder prazo para memoriais e proferir sentença no seu próprio gabinete.

Em todo caso, é preciso, pelo menos, duas análises prévias dos processos que estão com audiência aprazada: uma pela Secretaria, de modo a verificar a regularidade das citações e intimações; e outra pelo Gabinete, para se ter ideia do que é passível de sentença em audiência e desde já elaborar uma minuta da forma mais completa possível.

Já durante a audiência, pode-se relacionar as principais dificuldades verificadas na adaptação às novas regras. Enquanto os membros do Ministério Público e os advogados de defesa resistem a fazer as alegações finais na forma oral, os magistrados se deparam com a dificuldade de proferir sentença pouco tempo após encerrada a instrução. Em todo caso, é válida a observação de Baltazar Júnior (2009, p. 296), que diz: “correm-se, claro, maiores riscos de erros e imprecisões, os quais poderiam, de todo modo, ser minimizados mediante uma boa preparação para o ato”.

No que diz respeito à dificuldade em oferecer as alegações orais, é importante destacar que as referidas alegações, como regra, não são uma opção do juiz, mas uma determinação legal, da qual depende a prolação da sentença em audiência. Além disso, boa parte do que nela deve constar está na inicial acusatória, na defesa escrita e nos demais documentos juntados aos autos, os demais fundamentos foram apresentados na instrução que acabara de encerrar, estando, portanto, recentes na memória de todos. Assim, não devem as partes negar-se a oferecê-las sem uma justificativa plausível, já que cabe ao magistrado a condução da audiência e a análise da oportunidade e conveniência de serem apresentados os memoriais.

Quanto à atuação do magistrado, onde talvez tenha recaído o maior impacto da reforma, verifica-se que lhe foi exigido uma atuação bem mais dinâmica em audiência. É que agora, além de estar atento a tudo o que for dito, conduzindo a sequência dos atos e intervindo quando necessário, deverá também já transcrever as declarações relevantes para complementar a fundamentação da minuta de sentença previamente elaborada. Deve, ainda, adaptar os pormenores da decisão, rebater novos argumentos suscitados em sede de alegações, rever a sentença e proferi-la, publicando, de imediato, seu inteiro teor. Em compensa-

ção, evitam-se retrabalhos (como, por exemplo, rever os depoimentos gravados) e encerra-se o processo já em audiência.

Como se vê, as dificuldades realmente existem, mas elas são maiores durante o período de transição, de adaptação às mudanças. Após isso, os benefícios prevalecem e evidenciam que a reforma, de fato, era necessária.

## 5 OS IMPACTOS DA REFORMA NA CELERIDADE PROCESSUAL

A reforma implementada no Código de Processo Penal aproximou o referido ordenamento dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988, sobretudo o previsto no art. 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A promoção da celeridade é, pois, uma forma de assegurar a razoável duração do processo, constituindo-se num dos maiores desafios dos processualistas, principalmente em face da crescente demanda que se impõe ao Poder Judiciário. Como bem colocou Pedro Abramovay, ao apresentar a obra coordenada por Moura (2008, p. 11), “um processo penal mais célere [...] é requisito fundamental para a efetividade do sistema penal e para a redução da sensação de impunidade no Brasil”.

Nesse contexto, a concentração dos atos instrutórios e a prevalência da oralidade contribuíram em muito para a formação de um processo criminal mais célere, atento às necessidades atuais.

Como visto, na redação original do CPP estavam previstas três audiências distintas: uma para interrogatório do acusado, outra para oitiva das testemunhas de acusação e outra para as da defesa. Somente depois, em regra, é que seria aberto prazo sucessivo para requerer diligências, apresentar as alegações escritas e, por fim, proferir a sentença.

Com a reforma, todos esses atos foram concentrados em uma única audiência, tendo o legislador fixado prazo máximo de 60 (sessenta) dias para que a mesma seja realizada. Além disso, sendo proferida sentença em audiência e,

desde já, colhendo-se a ciência das partes, prescinde-se da intimação pessoal, dando início ao prazo recursal.

Aliados à concentração dos atos estão os princípios da oralidade e da imediatidade (ou imediação). Para Demercian e Maluly (2009, p. 12), “no processo oral é imprescindível a concentração dos atos de tal forma que as impressões colhidas pelo magistrado – ou juízes leigos – não se esvaíam com o tempo”. O mesmo vale para a acusação e a defesa, que terão de oferecer as alegações finais orais e, para isso, poderão embasar-se nas provas recém-produzidas.

Assim, pode-se dizer que, ao se concentrar os atos, tornou-se possível desenvolver um processo muito mais oral do que se via antes. A inversão da ordem de oitivas, ao colocar o interrogatório como último ato, além de reforçar o cunho defensivo deste, também contribuiu para isso. É que tanto o acusado pode se defender do que foi dito contra si, como o juiz passa a interrogá-lo em conformidade com as provas que acabaram de ser colhidas, possibilitando um melhor embasamento de sua decisão.

A imediatidade ou imediação, por sua vez, apresenta-se como consequência do processo oral, implicando no contato direto do juiz com as partes e as provas. Segundo René Ariel Dotti:

A imediação significa essencialmente que a decisão jurisdicional só pode ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa, mas significa também que na apreciação das provas se deve dar preferência aos meios de prova que se encontrem em relação mais direta com os factos probandos (v.g., preferência das testemunhas presenciais às de ‘ouvir dizer’, dos documentos originais às das suas cópias etc.) e seja feita o mais brevemente possível, logo que finda a audiência de julgamento (DOTTI apud DEMERCIAN e MALULY, 2009, p.14).

Portanto, tem-se que a concentração dos atos de instrução e julgamento em uma única audiência permitiu uma maior oralidade e imediatidade ao processo penal, o que resultou numa maior celeridade da prestação jurisdicional, em consonância com a nova ordem constitucional.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, há de se concluir que a reforma tópica do Código de Processo Penal foi a opção legislativa feita diante da necessidade de aproximar o referido ordenamento dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988. Para tanto, visando promover um processo mais célere e efetivo, alteraram-se institutos processuais por inteiro, sem, contudo, atingir a unidade e a homogeneidade do Código.

Especificamente no que tange à audiência de instrução e julgamento, que foi objeto do presente estudo, verificou-se que algumas mudanças foram fundamentais para que a reforma atingisse seu objetivo, mudanças estas que traçaram um novo perfil do ato instrutório. Exemplo disso foi a concentração de atos instrutórios em uma única audiência, a inquirição das testemunhas pelo sistema do *cross examination*, o reconhecimento do amplo direito ao silêncio do acusado, a fixação do interrogatório como meio de defesa, o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor antes do interrogatório, a preservação do sistema presidencialista na condução do interrogatório, o requerimento de diligências em audiência, o oferecimento de alegações finais orais e a sentença proferida em audiência.

Além disso, demonstrou-se que a concentração dos atos em uma única audiência não só é possível como também apresenta resultados bastante positivos no que diz respeito à celeridade processual e que, embora exista certa resistência à mudança, principalmente em face da maior oralidade, tal dificuldade pode ser superada mediante uma análise prévia do processo.

Em que pese haja exceções, em que as alegações podem ser oferecidas por memoriais e a sentença proferida em gabinete, o que normalmente ocorre considerando a complexidade do caso ou o número de acusados, a regra, de fato, deve ser a concentração e a oralidade, tal como prevista no Código de Processo Penal. Afinal, o processo célere contribui para tornar o sistema penal mais efetivo, reduzindo a sensação de impunidade.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR JR., José Paulo. A sentença penal de acordo com as leis de reforma. In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**: Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.900, de 08 de janeiro de 2009**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**: HC 111469 SP 2008/0161434-5. Rel. Min. Jane Silva (Des. Convocada do TJ/MG). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2008290/habeas-corpus-hc-111469-sp-2008-0161434-5/inteiro-teor-12225006>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus:** HC 166719 SP 2010/0052594-8. Rel. Min. Gilson Dipp. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19088566/habeas-corpus-hc-166719-sp-2010-0052594-8/inteiro-teor-19088567>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus:** HC 280901 ES 2013/0360797-9. Rel. Min. Jorge Mussi. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25060546/habeas-corpus-hc-280901-es-2013-0360797-9-stj/inteiro-teor-25060547>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinario em Habeas Corpus:** RHC 44513 SC 2014/0010098-9. Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25186306/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-44513-sc-2014-0010098-9-stj/inteiro-teor-25186307>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus:** HC 112.225. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21337202/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-112225-df-stf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus:** HC 119.732. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25132754/habeas-corpus-hc-119732-sp-stf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas no processo penal:** as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009a.

BRASIL. Reforma do Código de Processo Penal: Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008. In: **Reforma Infraconstitucional: Processo Penal**. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. 2009b.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.





Rua Promotor Manoel Alves Pessoa Neto,  
1000 - Candelária | CEP 59065-555  
Telefax: (84) 3215-1866  
E-mail: [esmarn@esmarn.tjn.jus.br](mailto:esmarn@esmarn.tjn.jus.br)  
[www.esmarn.tjn.jus.br](http://www.esmarn.tjn.jus.br)

Agência Brasileira do ISBN  
ISBN 978-85-61690-03-8

