



# A Leitura

Escola Judicial do Poder  
Judiciário do Estado do Pará



Escola Judicial do Poder Judiciário do Estado do Pará  
Doutor Juiz Elder Lisboa Ferreira da Costa

Volume 9 / Número 14

Dezembro / 2021



ISSN 1984-1035  
A Leitura: Belém, v.9, n. 14, p. 1-168, dez. 2021

Belém/Pará  
2021

A imagem que ilustra a capa deste volume de A Leitura é o detalhe de uma das colunas pertencentes ao prédio que hoje abriga o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJE, Des. Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele Poder.

Abaixo, a foto da qual o detalhe foi retirado, autoria de Elza Lima.



Equipe de Editoração

Editor responsável  
Jeferson Antonio Fernandes Bacelar  
(Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da EJPA)

Editoração Eletrônica  
Gabriela Pessoa Monteiro  
(Departamento de Comunicação do TJPA)

Ficha Catalográfica  
Maria da Conceição Ruffeil Moreira  
(Chefe da Divisão de Biblioteca e Videoteca da EJPA)

Revisão  
Laís Zumero

Projeto gráfico e capa originais  
Casa Brazilis Design

---

A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.  
Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – . Belém: ESM-PA, 2008 – .  
v. ; 28 cm.

Semestral

ISSN: 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05



## PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Presidente

Des<sup>a</sup>. Célia Regina de Lima Pinheiro

Vice-Presidente

Des. Ronaldo Marques Valle

Corregedoria Geral de Justiça

Des<sup>a</sup>. Rosileide Maria da Costa Cunha

Tribunal Pleno / Desembargadores

Des. Rômulo José Ferreira Nunes

Des<sup>a</sup>. Luzia Nadja Guimarães Nascimento

Des<sup>a</sup>. Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha

Des<sup>a</sup>. Vânia Lúcia Carvalho da Silveira

Des. Constantino Augusto Guerreiro

Des<sup>a</sup>. Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos

Des. Ricardo Ferreira Nunes

Des. Leonardo de Noronha Tavares

Des<sup>a</sup>. Célia Regina de Lima Pinheiro

Des<sup>a</sup>. Maria de Nazaré Saavedra Guimarães

Des. Leonam Gondim da Cruz Júnior

Des<sup>a</sup>. Diracy Nunes Alves

Des. Ronaldo Marques Valle

Des<sup>a</sup>. Gleide Pereira de Moura

Des. José Maria Teixeira do Rosário

Des<sup>a</sup>. Maria do Céu Maciel Coutinho

Des<sup>a</sup>. Maria Edwiges de Miranda Lobato

Des. Roberto Gonçalves de Moura

Des<sup>a</sup>. Maria Filomena de Almeida Buarque

Des. Luiz Gonzaga da Costa Neto

Des. Mairton Marques Carneiro

Des<sup>a</sup>. Ezilda Pastana Mutran

Des<sup>a</sup>. Maria Elvina Gemaque Taveira

Des<sup>a</sup>. Rosileide Maria da Costa Cunha

Des. José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior

Des<sup>a</sup>. Rosi Maria Gomes de Farias

Des<sup>a</sup>. Eva do Amaral Coelho

Unidades Administrativas

Secretaria de Gestão de Pessoas

Maria de Lourdes Carneiro Lobato

Secretaria de Administração

Débora Moraes Gomes

Secretaria de Planejamento, Coordenação e Finanças

Miguel Lucivaldo Alves Santos

Secretaria de Controle Interno

Tiago Silva Guimarães

Secretaria de Informática

Diego Baptista Leitão

Secretaria Judiciária

Jonas Pedroso Libório Vieira

Secretaria de Engenharia e Arquitetura

Silene Bessa Campelo de Souza



Escola Judicial do Poder Judiciário do Estado do Pará  
Doutor Juiz Elder Lisboa Ferreira da Costa

## ESCOLA JUDICIAL DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARÁ

Conselho Superior da Escola

Des<sup>a</sup>. Célia Regina de Lima Pinheiro

Des. Leonardo de Noronha Tavares

Des. Luiz Gonzaga da Costa Neto

Des<sup>a</sup>. Maria Filomena de Almeida Buarque

Des<sup>a</sup>. Maria de Nazaré Saavedra Guimarães

Presidência

Des<sup>a</sup>. Célia Regina de Lima Pinheiro

Diretoria-Geral

Des. Leonardo de Noronha Tavares

Diretoria-Geral Adjunta

Des. Luiz Gonzaga da Costa Neto

Secretaria-Geral

Cristhianne de Campos Corrêa

Diretoria do Departamento Acadêmico da EJPA

Paulo Victor Ramos Correa

Diretoria do Departamento de Ensino e Pesquisa

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar

Diretoria do Departamento Administrativo/Financeiro

Cilene Brito Anchieta

### REVISTA "A LEITURA"

Conselho Editorial

Des<sup>a</sup>. Célia Regina de Lima Pinheiro

Des. Leonardo de Noronha Tavares

Des. Luiz Gonzaga da Costa Neto

Milton Augusto de Brito Nobre

Frederico Antonio Lima de Oliveira.

Jean Carlos Dias

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar

# Sumário

<b>PALAVRA DA PRESIDENTE</b>	05
<i>Desa. Célia Regina de Lima Pinheiro</i>	
<b>EDITORIAL</b>	09
<i>Des. Leonardo de Noronha Tavares</i>	
<b>Entrevista com José Renato Nalini</b>	12
<i>Jeferson Antonio Fernandes Bacelar</i>	
<b>Para homenagear Zeno Veloso</b>	18
<i>Des. Milton Augusto de Brito Nobre</i>	
<b>ARTIGOS</b>	
<b>Processos coletivos e processos estruturais: semelhanças e diferenças</b>	28
<i>Agenor de Andrade</i>	
<b>O pedido de suspensão no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: competência e procedimento</b>	40
<i>Alexandre Augusto Lobato Bello José Henrique Mouta Araújo</i>	
<b>A Pedagogia da Esperança no atendimento de vítimas e testemunhas de atos infracionais: A experiência do Serviço Social na 2ª Vara de Infância e Juventude de Belém-PA</b>	52
<i>Assunta Maria Fiel Cabral</i>	
<b>Titularidade de empresas por servidores públicos: Uma análise exploratória dos posicionamentos mais recentes da Administração Pública</b>	62
<i>Caio Neno Silva Cavalcante Ophir Filgueiras Cavalcante Junior</i>	
<b>A decisão judicial de casos difíceis em tempos de Pandemia</b>	76
<i>Geraldo Neves Leite</i>	

# Sumário

<b>Política Judiciária de Justiça Restaurativa: dos marcos político-normativos nacionais à implementação no Tribunal de Justiça do Pará</b>	90
<hr/>	
<i>Josineide Gadelba Pamplona Medeiros</i> <i>Nirson Medeiros da Silva Neto</i>	
<b>O Novo Regime das Incapacidades: análise crítica sobre possíveis inconsistências</b>	102
<hr/>	
<i>Manoel Antônio Silva Macêdo</i> <i>Gabriela Mascarenhas Lasmar</i>	
<b>Em busca da tutela provisória perdida: sobre uma tutela provisória emergente para atendimento de direitos fundamentais</b>	114
<hr/>	
<i>Marcos Paulo Sousa Campelo</i>	
<b>Memórias afetivas de magistrados paraenses e o amor criativo em tempos de pandemia</b>	122
<hr/>	
<i>Maria Elizabeth Souza Muniz</i>	
<b>Recusa terapêutica: uma expressão dos princípios da autonomia pessoal do paciente e da dignidade da pessoa humana</b>	132
<hr/>	
<i>Natasha Costa Favacho</i>	
<b>Reflexões sobre justiça e cidadania a partir das perspectivas de Michel Foucault e de Pierre Bourdieu</b>	144
<hr/>	
<i>Patrícia Marques Freitas</i> <i>Rodolfo Silva Marques</i>	
<b>O processo estrutural na defesa dos direitos fundamentais da infância</b>	156
<hr/>	
<i>Renata Valeria Pinto Cardoso Lisboa</i>	



# Palavra da Presidente

**É** extremamente gratificante, como presidente do Tribunal de Justiça do Pará, acompanhar mais uma edição da Revista “A Leitura”, publicação científica coordenada pela Escola Judicial do Poder Judiciário do Pará e que tem como escopo trazer à tona pesquisas e artigos de opinião a respeito de pautas prioritariamente jurídicas.

A produção de conhecimento no contexto das teorias e da aplicação prática do Direito é algo essencial para que possamos nos atualizar de forma contínua e para que busquemos caminhos efetivos à prestação jurisdicional.

Na presente edição da Revista, temos uma entrevista especial, doze artigos muito bem produzidos e uma justa homenagem ao professor e jurista Zeno Veloso, falecido neste ano de 2021. A publicação traz, pois, um conjunto de trabalhos desenvolvidos por magistrados, servidores e pesquisadores, ampliando o arcabouço teórico das discussões sobre o Direito e a respeito da observância dos Direitos fundamentais.

Em um ambiente de enfrentamento da pandemia da Covid-19, com muitas perdas de parceiros de trabalho e de amigos queridos, retomar a publicação de “A Leitura” se tornou um grande desafio.

Além do contentamento, a minha palavra é de gratidão a todos os envolvidos na elaboração, produção

## Palavra da Presidente





e edição da Revista. Trata-se, dessa forma, de uma agenda permanente de geração de conteúdos jurídicos e, em consequência, na promoção do Estado Democrático de Direito.

Outro aspecto que gostaria de destacar é a inserção desse projeto editorial nos Macrodesafios da presente gestão, divididos nos eixos Sociedade, Processos Internos e Aprendizado e Crescimento. Nesse contexto específico, no eixo Sociedade, está o fortalecimento da relação institucional do Judiciário com a sociedade.

Por fim, encerro minhas palavras lembrando uma expressão do filósofo inglês, considerado o “pai do liberalismo”, John Locke: “O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade”.

Aos leitores e às leitoras desta edição da Revista, desejo que aproveitem a experiência.

**Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro**

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará





# Editorial

**S**uperando as limitações e os desafios impostos pela pandemia do vírus SARS-CoV-2, a Escola Judicial do TJPA retoma uma de suas atribuições mais relevantes: promover a publicação científica direcionada a temas jurídicos diversificados, mas em especial os relacionados à atividade jurisdicional, mormente de pesquisas dedicadas à realidade do nosso belo e imenso Estado do Pará.

Este é o 14º número de uma trajetória de produção acadêmica que começou em 2008, a qual pretendemos retomar com determinação, qualidade e regularidade. Na primeira edição de “A Leitura” o Desembargador Milton Nobre, então Diretor da Escola Superior da Magistratura, lembrou que “já houve quem dissesse que revistas como esta, tal qual acontece com as pessoas naturais, nascem, crescem, adquirem maturidade com o tempo e um dia terminam o seu ciclo de vida” e, naquele ano, semeou a esperança de que quanto ao novel periódico o ciclo fosse “bastante longo, pois a magistratura paraense há muito merecia a edição de um veículo como este”.

Voltaire escreveu que a “A leitura engrandece a alma”. É verdade, engrandece também nossa EJPA, e por isso assumimos o compromisso de garantir à revista, ora publicada, uma longa e bela existência.

Nesta edição tentou-se reforçar o caráter acadêmico da revista dando-se ênfase às pesquisas em andamento, ou já concluídas, de diversos profissionais do Direito, com ênfase para a produção de magistrados, magistradas, servidores e servidoras do Judiciário paraense. Ainda assim, não se prescindiu em

## Editorial



deixar registradas colaborações de grande relevância como a entrevista concedida pelo ilustre Desembargador aposentado do TJSP José Renato Nalini e a palestra proferida pelo Desembargador Milton Nobre, em evento promovido pela EJPA, a respeito da vida e obra do inesquecível jurista Zeno Augusto Bastos Veloso.

Agradecemos a todos e a todas que enviaram artigos, atendendo ao Edital publicado pela Escola. A qualidade dos textos recebidos provocou no Conselho Editorial a acertada decisão de encaminhar os que não estão em “A Leitura” para comporem a “Revista Eletrônica” da EJPA, outro periódico que está sendo reorganizado e em breve estará à disposição da comunidade jurídica brasileira.

Carlos Drummond de Andrade alertava que: “A leitura é uma fonte inesgotável de prazer, mas por incrível que pareça, a quase totalidade, não sente esta sede”. Temos certeza de que os destinatários desta revista têm muita sede pela leitura, e que se saciarão com as ideias, teses e pensamentos aqui compartilhados!

Boa Leitura!

**Desembargador Leonardo de Noronha Tavares**

Diretor Geral da EJPA



# Entrevista

# Entrevista

## José Renato Nalini

Por Jeferson Antonio Fernandes Bacelar  
Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da Escola Judicial  
do Poder Judiciário do Estado do Pará



1. O senhor foi Presidente do Tribunal de Justiça e Secretário de Educação do Estado de São Paulo, como avalia o papel das Escolas Judiciais para a formação de magistrados, magistradas, servidores e servidoras?

R. As Escolas da Magistratura representaram a única verdadeira revolução na sempre prometida e ainda não cumprida “profunda reforma estrutural do Judiciário”. A Universidade não tem obrigação de entregar juízes prontos e preparados para a Magistratura. Esta é que sabe quais os atributos necessários a um desempenho compatível com a situação brasileira: República complexa, heterogênea e que vê crescerem as desigualdades. O Judiciário é também destinatário da proposta do constituinte de edificar uma Pátria justa, fraterna e solidária. Os juízes podem reduzir o fosso que existe entre os incluídos e os excluídos. Para isso, uma Escola Judicial que os sensibilize e invista na formação ética é um fator imprescindível de aprimoramento de todo o sistema Justiça.

2. Um dos grandes desafios das Escolas Judiciais é despertar o interesse de magistrados, magistradas, servidores e servidoras na formação continuada, como vencer acomodações e resistências?

R. A experiência mostra que os magistrados e servidores jovens já têm presente que o aprendizado é um compromisso para a vida. Um dia em que nada se aprende é um dia perdido. Assim como acontece com as outras profissões, o ritmo acelerado das transformações tecnológicas impõe a necessidade de se estar preparado para o inesperado. A capacidade de adaptação a novos instrumentos e ferramentas de trabalho é sentida por aqueles que têm discernimento, que passaram por uma Universidade e que não perderam a noção de que o grau superior é um pressuposto muito modesto para quem queira levar a sério sua profissão. Além da pós-graduação, é preciso abraçar outros conhecimentos. Conhecer mais informática, eletrônica, telemática, cibernética, comunicações, dominar mais de um idioma, incursionar pela filosofia, mas também

pela literatura, pela poesia, escrever. Sem isso, a tendência é bitolar-se. Resumir-se a um redator de despachos e decisões, com horizonte muito menor do que aquele vislumbrável por quem nunca está satisfeito com o que já sabe.

### 3. O senhor sempre defendeu a “cultura de pacificação”, qual sua análise quanto ao atual estágio do tema no âmbito do Poder Judiciário?

R. Felizmente superou-se a fase de resistência a todas as modalidades de composição consensual de controvérsias, como se a obtenção de uma solução extra-juízo fosse uma *capitis diminutio* para o Judiciário. O Juiz precisa ser, antes de tudo, um ser sensível. Sensibilizar-se com a situação de milhões de brasileiros arremessados à miséria, à pobreza, ao desemprego, à falta de perspectivas. Principalmente estes, precisam de solução imediata para questões que nem sempre são exatamente jurídicas. Toda essa faixa de problemas tem condições de merecer encaminhamento mais eficiente quando tratados com o diálogo, não com o formalismo da soberania estatal que o Judiciário representa. Considero a solução negociada eticamente superior à decisão judicial. Aqui, a parte que precisa do equipamento estatal chamado Justiça é considerada “sujeito processual”, mas isso é um eufemismo. Na verdade, ela se torna objeto da vontade soberana do Estado Juiz. Quando ela tem condições de ouvir a parte contrária, de contra-argumentar com suas próprias palavras, o desfecho será mais legítimo porque houve efetiva participação. Isso lhe é negado no juízo. Só considero ainda tímido o direito brasileiro, ao estabelecer apenas a conciliação, mediação e arbitragem como fórmulas de se obter composição. Copiamos tanto os Estados

Unidos. Por que não nos servir das múltiplas modalidades das ADR – Alternative Dispute Resolutions, adaptando-as aos nossos costumes, ou então criando outras, já que o Código de Processo Civil propiciou essa abertura? Ao estimular essa estratégia, o Judiciário terá condições de examinar melhor as verdadeiras questões conflituosas e mais complexas. E o cidadão é duplamente beneficiado. Não tem de percorrer o calvário de uma Justiça com quatro instâncias e se submeter a um caótico sistema recursal, que permite reapreciação do mesmo tema por dezenas de vezes.

### 4. Em recente obra o senhor apresentou o conceito de “licença social”. Qual seria o papel do Poder Judiciário na difusão e implementação deste pacto entre a sociedade e o Estado?

R. O Juiz que se considerar apenas um prolator de decisões e que mergulhar na anacrônica e superada fase do “*fiat justitia, pereat mundus*”, ou seja: não me interessa o que acontece depois de proferido o meu veredito, não está cumprindo com o papel do Judiciário num período tão conturbado como aquele em que estamos vivendo. O consequentialismo é mandamento ético – está no artigo 25 do Código Nacional da Magistratura editado pelo CNJ em 2008 e precisa ser levado a sério. A jurisdição não é mero cumprimento de um dever funcional que se confunde com a ficção da “segurança jurídica”, mas é uma forma de oferecer à sociedade brasileira uma alternativa à polarização, ao fortalecimento de uma cultura adversarial irada e cada vez mais perigosa, quando o armamento é estimulado por altas esferas. O Judiciário é garante e fiador da Democracia. Precisa estar atento e adotar táticas preservadoras daquilo que o povo decidiu, quando



outorgou ao constituinte a missão de instituir um Estado de direito de índole democrática. Há muitos outros caminhos. O integrante do Judiciário, seja magistrado, seja servidor, precisa ser ousado e audacioso. É o que o presente momento histórico deseja dos verdadeiros patriotas.

**5. No seu festejado texto: "ÉTICA E DIREITO NA FORMAÇÃO DO JUIZ" o senhor defendeu que ao juiz do futuro incumbiria alavancar o referencial ético da sociedade. Sua percepção mudou ou se mantém?**

R. Em tese, continuo acreditando. Mas ainda sou crítico do sistema de recrutamento. Aliás, isso vale para todas as carreiras jurídicas. Não é possível selecionar alguém que precisa ser um repositório de atributos ou de virtudes, mediante provas que só avaliam a capacidade mnemônica. Assim como a educação brasileira, sobretudo a estatal, negligenciou as chamadas competências socioemocionais, preocupando-se apenas com o adestramento do educando, fazendo-o decorar informações que encontra mediante mero "clique" numa bugiganga eletrônica, o Judiciário já deveria atuar como a iniciativa privada o faz. Esta contrata empresas especializadas, usa dos "headhunters" para encontrar os melhores quadros. Quem permanece muito tempo decorando todo o acervo enciclopédico da legislação, da doutrina e da jurisprudência, pode perder o contato com a realidade e não será um julgador da estatura de que o Brasil necessita. A ética é o parâmetro. Quem ingressa no sistema Justiça desprovido dessa preocupação com o próximo, sem compaixão, sem comiseração, sem gostar de gente, poderá ser um gênio – e temos tantos! – mas não será alguém que transforme, para melhor, a convivência entre os humanos.

**6. Ainda no tema da ética, aplicada à questão ecológica, é possível reverter-se a degradação que atinge o meio-ambiente global?**

R. Veja como tudo é uma questão de educação! Seres humanos educados para um convívio civilizado saberiam administrar as quatro esferas de relacionamento imprescindíveis ao equilíbrio pessoal: consigo mesmo, com o próximo, com a natureza e com a transcendência. Desses, a relação dos homens com o ambiente oferece um quadro desolador. Para os brasileiros, significa uma ignorância atroz: antes mesmo de conhecer a potencialidade do nosso imenso tesouro da biodiversidade, ele é exterminado. O aquecimento global é o maior desafio que a humanidade enfrenta. Há quem diga que já foi ultrapassado o ponto de inflexão. Que não há mais retorno. A esperança é que a iniciativa privada, que não tem por si o Erário, traga juízo aos governos. Estes parecem preocupados mais com as próximas eleições e com aquilo que eu chamo de "matriz da pestilência", que é o malfadado e nefasto instituto da reeleição.

**7. Como defensor e precursor das audiências de custódia o senhor considera a prática exitosa?**

R. Sim. Por vários motivos. Primeiro, porque não é justo, nem digno, deixar no cárcere quem não precisa estar nele. Somos atrasados nessa cultura. No Primeiro Mundo, há sanções de "uma hora" de prisão. Para um homem de brio, ser preso por uma hora já é uma indelével mácula. Segundo, porque somos o terceiro país que mais aprisiona. O dispêndio com os presídios é crescente. As prisões permitem que o jovem – o crime é um fenômeno que ocorre entre 15 e 24 anos – (pouco importa que chamemos de "infração" o que é perpetrado antes da maioridade legal) – tenha contato com a criminalidade experiente. Na verdade, as organizações criminosas su-

---

prem o papel do Estado que ignora o dispositivo fundante de que o preso terá respeitada a sua dignidade e cuidam de sua família, garantem sua segurança na cadeia. Só que há um preço: quando sair, ele está filiado à facção. Estamos perdendo a melhor mocidade para a delinquência. A audiência de custódia pode não ser a única e mais eficiente solução. Mas mitiga essa realidade.

### 8. Afinal, a Inteligência Artificial substituirá magistrados e magistradas?

R. Se as decisões forem aquele padrão de mencionar o precedente e se resumir à aplicação literal do texto normativo, não tenho dúvidas de que os algoritmos produzirão decisões mais rápidas e melhores do que os humanos. Daí a necessidade de as Escolas da Magistratura se empenharem na preparação de profissionais que sejam humanos, sensíveis, éticos, saibam que o Judiciário é instrumento para reduzir o grau de angústias, sofrimentos, desconfortos causados a quem se sente injustiçado e tem de recorrer a um serviço público. Muitos magistrados não gostam disso. Mas o Judiciário é serviço público. Pago pelo povo. Um povo que não tem teto, nem emprego, nem saneamento básico, nem saúde, nem educação. Um povo que merece uma justiça que venha a modificar tal ignominiosa situação. Se os magistrados forem assim, não haverá IA que possa substituí-los e, por consequência, suprimi-los.





Para homenagear  
Zeno Veloso

**Milton Nobre**

# Para homenagear Zeno Veloso<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Palestra de abertura do webinar, realizado pela Escola Judicial do Poder Judiciário do Estado do Pará, em 09/08/2021, para homenagear o Professor Doutor Zeno Veloso.

Boa tarde a todos que participam deste oportuno e justo evento em homenagem póstuma ao professor-doutor Zeno Augusto de Bastos Veloso, meu estimado amigo, a respeito de quem, como escrevi anteriormente, guardo no baú das minhas saudades, as melhores lembranças.

Devo, nestas palavras introdutórias, logo agradecer aos queridos colegas Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro, Presidente do e. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, e ao Desembargador Leonardo



Des. Milton Augusto de Brito Nobre



Professor Doutor Zeno Veloso.

de Noronha Tavares, Diretor Geral da Escola Judiciária Juiz Helder Lisboa, pelo honroso e gentil chamamento que enseja a minha participação neste webinar, bem ainda, e sobretudo, por terem-me confiado a missão de proferir sua fala de abertura.

De igual modo, agradeço ao Professor Doutor Jeferson Bacelar, Diretor de Ensino da EJPA, pelo convite e confesso ser seu devedor de um pedido de desculpas, por não ter atendido sua solicitação de fornecer o tema escolhido para a minha exposição. Faço, porém, questão de explicar ao eminente professor e aos que me distinguem com suas audiências, as duas razões que me levaram a assim ter procedido:

- A primeira, decorreu do fato de ter sido chamado a proferir uma conferência magna, o que me pareceu além das minhas possibilidades de cumprir, obedecendo aos protocolos acadêmicos de que se revestem os pronunciamentos para atender a esse propósito, uma vez que, embora tendo sido professor de direito por

mais de trinta anos, não me sinto habilitado para realizar a contento incumbência com tal magnitude;

- E a segunda, por ter a convicção de que o nosso Zeno, tendo sido, notoriamente, uma personalidade simples, destituída de pretensões às grandezas e vaidades que, não raro, predominam nos ambientes das universidades, será melhor reverenciado com uma exposição mais coloquial, no estilo conversa, como ele adotava em suas palestras e conferências quando sempre repetia ser um contador de histórias, sobre o que vou melhor tratar adiante.

Na realidade, vou fazer breves considerações com dois focos: o primeiro sobre a figura do nosso homenageado; e o seguinte, com a finalidade essencialmente provocativa, ou melhor, convidativa a reflexões dos ouvintes, a respeito de **alguns impactos** (ressalto que estou dizendo alguns e **não todos**, vale dizer, portanto sem qualquer compromisso com a totalidade) do paradigma tecnológico, decorrente da tão hoje propalada era digital, no pensamento filosófico e dogmático do direito na atualidade.

Ainda nesta introdução, quero saudar os professores doutores Maria Berenice Dias, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, aplaudidos civilistas e doutos mestres, todos diletos amigos do nosso homenageado, que falarão em seguida, estes sim, verdadeiramente responsáveis por assegurar magnitude ao evento.

A respeito do nosso homenageado, resalto inicialmente que as minhas considerações serão feitas menos com a razão e mais com o coração.

Conheci Zeno Veloso, antes de ingressarmos no Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará.

Fomos contemporâneos no então chamado Curso Clássico do centenário e tradicional Colégio Estadual Paes de Carvalho, muito referenciado só com a sigla CEPC, onde ele pertencia a uma turma à frente da minha e, por isso, fui seu calouro no Curso de Graduação.

Nascido em julho de 1945, e eu em 1946, Zeno foi um expressivo exemplo da nossa geração, chamada dos Baby Boomers, da explosão de nascimentos a partir do final da 2ª Grande Guerra, que acompanhou o surgimento da televisão, a guerra do Vietnam, os anos de ansiedade da guerra fria, as primeiras viagens do homem ao espaço e seus integrantes participaram, como espectadores ou protagonistas, do movimento Hippie. Enfim, no plano interno nacional, viveram a juventude romântica dos chamados Anos Dourados e as inquietações dos rotulados Anos de Chumbo do movimento de 1964, mas também tiveram a felicidade de participar, de algum modo, ainda que só torcendo, da redemocratização do país e até mesmo emprestar sua contribuição aos trabalhos da Constituinte.

Destaco, quanto ao último ponto, que Zeno Veloso teve participação relevante na Constituinte de 1988, assessorando os trabalhos do Deputado Federal Jorge Arbage, então 2º Vice-presidente da Assembleia Nacional Constituinte, bem ainda foi, como Deputado Estadual, o principal redator e sistematizador da vigente Constituição do Estado do Pará.

Os sociólogos costumam indicar como características dos pertencentes a essa geração serem predominantemente focados em autorrealização, politizados e antenados, na maioria otimistas, proativos, com atitudes positivas, quase sempre confiáveis e dispostos a alcançar o sucesso pessoal de viver bem, sem a necessidade de ser rico.



É claro que essas características não são todas gerais e constantes. Há variações consideráveis decorrentes do nível educacional, das circunstâncias socioambientais de cada qual e mesmo de perfis individuais. Porém, quase todo baby boomer, especialmente os nascidos nas duas primeiras décadas depois da Grande Guerra, é uma espécie de *self made man* e os que se dedicam ou se dedicaram ao estudo e ao ensino científico sempre fizeram parte das universidades e da profissão, portanto sem dedicação de exclusividade.

Zeno Veloso, além de ser um autêntico integrante dessa geração era, como disse antes, um homem simples, afável no trato com qualquer pessoa, sobretudo, com os seus alunos. Leitor voraz, ainda iniciante no magistério superior, sempre procurou dialogar e construir, como construiu, grandes amizades com os maiores juristas brasileiros da segunda metade do século passado. Sou testemunha da atenção e do carinho como era tratado por Pontes de Miranda, cuja casa frequentava no Rio de Janeiro, assim como mantinha longas conversas com o Ministro Orozimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Marcondes, Torquato de Castro, Haroldo Valadão, o grande jurisfilósofo Miguel Reale, o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho e muitos outros que o tempo de exposição não me permite mencionar.

Sigo daqui para, muito ao gosto do inesquecível amigo, contar uma história. Um breve episódio que vivemos juntos nos nossos tempos de estudantes no Colégio Paes de Carvalho. A diretoria do grêmio estudantil que congregava os alunos, resolveu promover um júri simulado sobre a pena de morte. Para acusação, propondo o banimento da pena da morte em escala mundial, foram escolhidos os nossos então colegas Frederico Coelho de Souza, depois íncito professor e hábil advogado, infelizmente também já

falecido, e Jader Barbalho, ex-Governador do Estado do Pará, por dois mandatos, e atual Senador da República. E para defesa, sustentando a importância da aplicação da pena de morte no caso de certos crimes hediondos, mesmo em tempo de paz, Zeno Veloso e este desembargador de província que voz fala.

Antes do dia marcado para o embate, o Zeno chegou comigo e disse:

- Milton temos que redobrar o estudo e reforçar os argumentos em defesa da pena de morte. A nossa causa não é simpática. As pessoas querem distância da morte, mesmo quando alheia. Além disto, colegas encarregados da defesa são inteligentíssimos e o Jader está acostumado a argumentar nos embates de política estudantil.

- Eu, de pronto, respondi: - não te preocupa já li que todo juiz ou qualquer órgão julgador, diante do acusado da prática de um crime considerado socialmente grave, tende a condenar. Até Jesus foi condenado a morte.

- Ele ficou me olhando por alguns segundos e comentou: - nesse caso, não foi bem assim: Jesus se deixou condenar.

Excessivamente confiante, encerrando a conversa, ainda ponderei: Até pode ser, porém não vamos superestimar os adversários.

Passados os dias, houve o simulado. Conclusão: Perdemos!

Contei esse recorte de vida, por que essa postura de Zeno Veloso, revelada na juventude, valorizando os dotes dos colegas, tive como conferir, com o passar dos anos, sempre foi um dos traços marcantes da sua personalidade, pois durante toda vida registrava, elogiava e divulgava os valores das pessoas que conhecia,

o mérito dos seus colegas e alunos, com sincera naturalidade, promovendo-os na conceituação social, o que caracterizou, toda a sua existência de notória ausência de vaidade, consideração e respeito pelo talento alheio, ao lado da evidente admiração que mantinha pelo saber de outras pessoas, decorrente da humildade de quem de fato alcança ter, desde cedo, sabedoria.

Zeno era assim e, exatamente por ser assim, além do seu respeitável legado para a doutrina, deixou-nos exemplos de vida pelos quais se fez integrante da galeria dos tipos inesquecíveis, onde figuram aqueles cuja passagem, como disse Bobbio, não se tem notícia apenas por uma lápide com seus nomes e seguidos de duas datas nos cemitérios.

Reverenciá-lo, portanto, penso que mais do que um ato de justiça engrandece a todos nós, organizadores ou participantes deste memorável encontro virtual.

Passando à segunda parte, na qual, como inicialmente dito, procurarei tratar de **alguns** impactos da tecnologia da informação no pensamento filosófico e dogmático do Direito na atualidade, já tendo esclarecido que não nutro nenhuma pretensão exaustiva, parecem-me também necessárias as seguintes advertências introdutórias:

I) Na mesma onda que embala a produção filosófica e científica em geral nunca se falou e escreveu tanto sobre temas da Filosofia e da Ciência do Direito quanto nos dias correntes. No Brasil, e em muitos outros países, nos espaços abertos na mídia e na internet, certamente também como reflexo da rápida transmissibilidade das angústias e incertezas do mundo globalizado, o questionar, refletir e criticar o pensamen-

to jurídico, mesmo não sendo predominante ou até apenas uma opinião isolada, mais do que uma moda, tornou-se tão comum que parece ser normalidade socialmente consentida e aplaudida. A coerência, os fundamentos do dizer, a autoridade científica ou filosófica de quem diz, não importa. Todos podem e têm espaço para dizer o que quiserem nesses campos do saber, assim como a respeito de tudo o mais na vida.

II) No ambiente da Filosofia Jurídica, as afirmações ontológicas a respeito do ser, enquanto ser do Direito, gnosiológicas sob o como para seu conhecimento ou *ontognoseológicas*, conforme propôs Miguel Reale, axiológicas, bem ainda quanto a sua lógica material e formal e epistemológicas, terminaram concentradas nesta última, isto é, na epistemologia jurídica com o aparecimento cada vez mais rápido de Escolas e Teorias com pretensão de ultrapassar o positivismo jurídico – o que não acredito ter havido mesmo, em definitivo, embora, como lembra Richard Posner<sup>1</sup> positivismo filosófico e positivismo jurídico não guardem identidade.

III) Por outro lado, não há dúvida de que hoje – em decorrência da tecnologia da informação e da conseqüente rapidez na difusão do conhecimento no mundo, que até por isso mesmo já foi chamado “aldeia global”, onde as ideias, os conceitos e a notícia dos fatos, vêm e vão numa velocidade surpreendente, quase instantânea, dando-lhes uma percepção geral de constante fluidez – a realidade parece algo instantâneo, o que levou Zigmunt Bauman a falar em tempos líquidos.

IV) Como o tempo de exposição não me permite sequer tentar uma síntese histórica dessas Escolas

<sup>1</sup> (The Problems of Jurisprudence. Cambridge, EUA: Harvard University Press, 2007).



e teorias jurídicas, salto daí para dizer que, segundo Arthur Kaufmann<sup>2</sup>, Heidegger “já havia previsto o fim da filosofia e as tarefas que o pensamento terá na era da cibernética”.

V) Essa previsão de Heidegger parece-me que merece ser entendida com a significação de que os avanços tecnológicos, poderão levar-nos a era das máquinas, alterando o paradigma antropofórmico ou a centralidade humana, o que enseja pensar – igualmente nos campos da filosofia e dogmática jurídicas, além do que há muito se debate quanto a merecerem os animais pertencentes a gêneros diversos do Homo Sapiens ser considerados sujeitos de direito – na emergência da Inteligência Artificial ou mais significativamente do robô como um “**sujeito pós-humano de Direito**”, que, aliás, já recebeu muitas atenções e pesquisas recentes, dentre as quais destaco um ensaio com profundo estudo de Eduardo Bittar publicado na Revista Direito e Práxis (Rio, vol. 10, n. 02, 2019).

VI) Entretanto, não é desse problema que pretendo tratar porque, embora reconheça que já ultrapassamos a fase dos robôs apenas colaborativos e ingressamos na dos robôs cognitivos, além de bastante discutida e alvo de reiterados estudos, essa questão envolveria longas considerações sobre a pretendida noção de personalidade eletrônica e a respeito de algumas máquinas, não apenas terem responsabilidade jurídica, serem titulares de direito.

VII) Finalizando essas advertências de índole propeidética, esclareço que, por idênticas razões, não me deterei sobre eventos isolados, como o dos processos movidos por Mark Chris Servier com a pretensão de

fazer a justiça americana reconhecer o seu direito de casar com um laptop, todos já julgados improcedentes pelos tribunais da Flórida, Texas, Kentucky e Utah, da ação movida por Elizabeth Ording, jovem americana do Kentucky, buscando exercer o direito de casar com um papagaio de estimação, sob o argumento de que o casamento com um animal não se configura tão diverso do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo; o da cidadania concedida pela Arábia Saudita à robô Sophia; e as propostas das Comissões do Parlamento Europeu sob o regime de responsabilidade aplicável à Inteligência Artificial, inclusive o relatório de 5 de outubro de 2020.

Sigo, portanto, dizendo que a minha grande preocupação quanto aos impactos da tecnologia da informação sobre a filosofia e a dogmática jurídica diz respeito à constatação de que essa tecnologia impõe o uso de uma linguagem lógico-matemática, formalista, bem como reducionista de significados e, pelo menos no estágio atual do seu desenvolvimento, não alcança desvelar toda a complexidade do Direito – “um fenômeno bem mais complexo do que se pensa”, como salienta Lênio Streck<sup>3</sup>.

Acho que ninguém põe em dúvida a importância para a epistemologia em geral e, portanto, para a epistemologia jurídica, do chamado “giro linguístico”, significativo da afirmação do paradigma “linguagem/conhecimento” e consolidado com as *Investigações Filosóficas* de Ludwig Wittgenstein, as críticas de Walter Benjamin, a *Filosofia Hermenêutica* de Martín Heidegger e a *Hermenêutica Filosófica* de Hans G. Gadamer – digo consolidado porque existiram precursores, como em tudo no campo da filosofia, onde,

<sup>2</sup> (La Filosofía del derecho en la posmodernidad. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p. 4).

<sup>3</sup> (O que é isto – decido conforme minha consciência. Porto-Alegre: Livraria do Advogado, 6<sup>o</sup> ed., 2017).

com razão Eros Grau, lembrou que provavelmente algum grego também tratou antes.

Pois bem.

Acontece, entretanto, que a linguagem do Direito por ser reflexiva da vida vivente em determinado tempo e circunstâncias (esse “vida vivente” tomo por empréstimo nas lições do nunca esquecido Ortega) é plena, ou melhor, cheia de significados e sentidos quase sempre abertos ou de difícil determinação posterior e que, sendo decorrentes de intenções, são inalcançáveis por simples comparação com descrições de enunciados legislativos ou teses pretorianas registrados numa memória robótica, exigindo, de modo invariável, um procedimento de compreensão/interpretação/aplicação para estruturar a atuação prática do direito, (o que digo me expondo às chibatadas dos críticos de plantão).

A Inteligência Artificial no geral e ainda hoje raciocina segundo a metodologia de um programa adremente elaborado pelo homem, parece ainda não ter atingido o patamar da cognição verdadeiramente autônoma – embora não diga que isso não vai ocorrer no futuro – seu conhecimento, portanto, é resultante de análise comparativa com as realidades virtualizadas em sua memória à semelhança da pré-compreensão humana. O alcance ou a realização do Direito exige mais.

Ronald Dworkin, no seu *O império do Direito*<sup>4</sup>, procurando responder o que é o Direito anota:

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial

de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma.

Ao falar em fenômeno social e prática argumentativa como da essencialidade do Direito, Dworkin não deixou de todo afastada a possibilidade prática das máquinas dotadas de inteligência artificial na estruturação (Friedrich Müller) das normas de decisão até mesmo de casos novos, mas penso que, ainda por algum tempo, não conseguirão ter efetiva participação indicando, por exemplo, um *distinguish* para fundamentar a *ratio decidendi* verdadeiramente inovadora diversa do que tem registrado em sua memória.

Receio, por isso mesmo, que com sua linguagem lógico-matemática e ainda sem capacidade cognitiva plena, a Inteligência Artificial nos leve a um retorno ao positivismo, agora numa espécie *neo-exegeta*, ou, o que será mais reprovável, quando chegar a esse estágio de cognição, até ultrapassando a compreensão humana, passe a decidir segundo sua vontade, discricionariamente, numa espécie de *cybersolipsismo*.

As máquinas pensantes no campo jurídico já são, de modo seguro, capazes de subsunção, focando os fatos novos em consideração ao armazenado em suas memórias, todavia ainda não têm habilidade para, mantendo a integridade do Direito, estruturar uma decisão diante de recortes de vida absolutamente novos.

Quanto ao que chamei *cybersolipsismo*, lembro aqui duas passagens do filme 2001-Uma Odisseia

<sup>4</sup> O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 17.

no Espaço: o seu começo – com um símio (simbolizando um ancestral do *Homo Sapiens*) usando um pedaço do fêmur (ou um osso grande) de outro animal quebrando o restante de uma carcaça e, posteriormente, lançando-o para o alto em direção ao espaço, onde se transforma, ao som da clássica valsa, Danúbio Azul, de Johhan Strauss, numa grande e bela espaçonave – sintetizando a criação da humanidade e toda a evolução da tecnologia; e o seu final, quando após uma intensa disputa entre o homem e a Inteligência Artificial, que não queria trazer de volta a espaçonave ao ponto de partida e, por isso, foi matando os tripulantes da espaçonave, até que um cosmonauta sobrevivente, finalmente, consegue desligar a máquina.



Professor Doutor Zeno Veloso agraciado com a Medalha de Ordem do Mérito Judiciário em 2018.

No Direito, acredito que não chegaremos a ter essa disputa semelhante. Ao contrário, a Inteligência Artificial, criação tecnológica construída pela mente humana, já está prestando grandes contribuições ao estudo, ao desenvolvimento e à prática jurídica sobretudo nas vias judiciais<sup>5</sup>. Portanto, além de bem-vinda, é uma realidade irreversível.

Contudo, como em matéria de epistemologia vivemos um longo período de transição paradigmática, em que, como alertou Boaventura de Souza Santos, há um “ambiente de incerteza, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades... e repercute-se muito particularmente nos dispositivos da regulação social”, creio ser necessária

<sup>5</sup> Cito, como exemplos, no Brasil, os aplicativos que hoje auxiliam a verificação da prescrição em matéria penal, a admissibilidade de recursos nos Tribunais Superiores e, nos Estados Unidos, para cálculo dosimétrico de penas.

atenta observação da realidade e reflexão dos que se dedicam a pensar o fenômeno jurídico e, seguindo o conselho de Dworkin, levar o direito a sério.

Quanto a essa necessidade de atenta reflexão, que confessei logo de início tentaria provocar com está singela exposição, devo lembrar como exemplo que, há algum tempo, o Professor belga Benoit Frydman, pesquisador do Centro Perelman de Filosofia do Direito, confessando “adotar o método pragmático próprio da Escola de Bruxelas”, escreveu uma pequena monografia com o título **“O fim do Estado de Direito – governar por standards e indicadores”**, em que, após breve histórico sobre as normas técnicas e de gestão, demonstrando que são tão antigas quanto às regras jurídicas e a “concorrência” das primeiras com as últimas, além de sustentar a existência do que chama Objetos Normativos Não Identificados – ONNIs, figuras impensadas, segundo ele, “na teoria do Direito Clássico”, deixa evidente que os efeitos dos avanços tecnológicos sobre o Direito estão a exigir uma postura nova dos juristas.

Não obstante esse pensador belga, sustente “ser necessário e urgente que o jurista se emancipe de uma concepção muito estreita, formal e rígida, a fim de voltar seu olhar, seu interesse e seus estudos para o campo mais vasto da normatividade, em toda a diversidade de suas formas e de suas técnicas”, quer me parecer que, antes do mais, o jurista não deve perder de vista que o Direito é um fenômeno humano complexo, decorrente da complexidade do seu criador e que o homem, por outro lado, é um ser pensante e só pensado em constante liberdade. Vai daí que, dada a inexorabilidade da consequência nas normas técnicas, sob pena de, em caso contrário, perderem correção ou validade

científica, só conseguem vigência permanente sob amparo das normas do Direito.

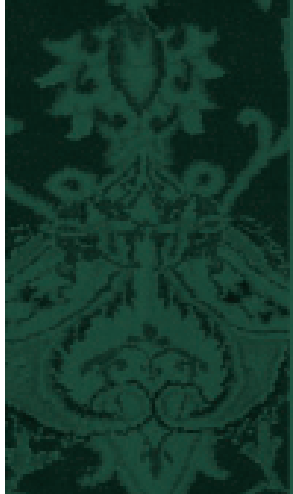
Bem meus amigos, estou convicto de que, para quem se dispôs a fazer uma provocação simples, já falei mais do que devia. Acho que devo parar por aqui.

Agradeço a prestigiosa atenção com que me ouviram e para encerrar digo que homenagear Zeno Veloso, festejar sua existência, lembrar o seu legado, com um evento como este, dedicado a pensar e falar de Direito, uma de suas maiores paixões, como disse de início engrandece os seus organizadores e, a todos nós participantes, retira um pouco da nossa pequenez. Para ele, na eternidade, só uma frase final: amigo, você faz falta, saudade!

Muito obrigado!



# Artigos



## Agenor de Andrade

### PROCESSOS COLETIVOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

#### Resumo

Em razão do desenvolvimento histórico da sociedade, novos tipos de litígios surgiram e demandas envolvendo conflitos cada vez mais complexos exigiram que o processo civil tradicional fosse adequado para concretização de tais direitos. São litígios que afetam um número indeterminado de pessoas de forma diversa e com interesses diversos ou são litígios individuais de impacto coletivo. A partir deste panorama, perquirir-se-á como devem ser aplicados os institutos processuais quando houver necessidade de intervenção em um problema estrutural. Outrossim, será abordada a origem histórica da coletivização dos direitos e porque foi necessário se dar mais alguns passos em direção à reformulação do processo de natureza bipolar para se alcançar mecanismos de efetivação de direitos transindividuais por meio de processos estruturais.

**Palavras-chave:** Processo Individual. Processo Coletivo. Processo Estrutural.

#### Abstract

Due to the historical evolution of society, new types of litigation have emerged. Demands involving increasingly complex conflicts demanded that the traditional civil process was adequate for the realization of such rights. These are disputes that affect an undetermined number of people in different ways and with different interests, or individual disputes with collective impact. From this perspective, it will be investigated how procedural institutes should be applied when there is a need to intervene in a structural problem. Furthermore, the historical origin of the collectivization of rights will be addressed and why it was necessary to take a few more steps towards the reformulation of the bipolar process in order to achieve mechanisms for the realization of transindividual rights through structural processes.

**Keywords:** Individual Process. Collective redress. Structural litigation.



# PROCESSOS COLETIVOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

## COLLECTIVE REDRESS AND STRUCTURAL LITIGATION: SIMILARITIES AND DIFFERENCES

Agenor de Andrade\*

\* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA). Mestrando em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA), na área temática "Normas Fundamentais Processuais e Processo Coletivo/Técnicas de Coletivização". Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis. Constelador Sistemico. Facilitador de Círculos Restaurativos. Formador da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados (ENFAM). E-mail: agenor.andrade@tjpa.jus.br

## INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro, ao longo de décadas, preocupou-se apenas em solucionar questões de caráter individualista, litígios típicos de uma p retensão resistida, aqueles em que o autor demandava o réu por uma pretensão e cada um defendia o que era seu.

Preocupava-se sobremaneira na resolução de conflitos individuais e patrimoniais, em que a relação processual era construída apenas por um credor, uma prestação e um devedor. Nesse tipo de processo, o papel do magistrado era o de decidir qual das partes possuía razão e qual teria seu direito reconhecido.

Com a complexidade cada vez maior da sociedade e dos problemas sociais, os mecanismos clássicos do direito processual se revelaram insuficientes para atender tais demandas, pois causas com pluralidade de interesses, que extrapolam os limites da lide entre autor e réu, passaram a ser questionadas no Poder Judiciário.

As demandas coletivas passaram a estar ao lado das, já tradicionais, demandas individuais nas prateleiras dos fóruns, sendo exigido que o processo civil se adaptasse a essa nova forma de solucionar o direito.

O litígio coletivo surge quando um grupo de pessoas é lesado enquanto sociedade, sem que haja, por parte do adversário, atuação direcionada contra alguma dessas pessoas em particular, mas contra o todo (VITORELLI, 2018, p. 2). Ao passo que o processo coletivo é a forma como se obtém essa tutela dos direitos materiais coletivamente violados.

No Direito brasileiro somente se pode escolher ajuizar uma ação coletiva ou uma ação individual. Enquanto nos Estados Unidos, a ação proposta não terá natureza coletiva até que o juiz realize sua certificação, que é a avaliação do magistrado para definir se a ação tem ou não os requisitos de uma ação coletiva (GIDI, 2007, p. 192-194).

O surgimento dos direitos coletivos como tutela processual veio para atender, principalmente, à necessidade de gestão/racionalização processual da enorme quantidade de litígios de massa, como também trazer eficiência, segurança e isonomia à atividade jurisdicional (RODRIGUES, 2017, p. 96).

Com a proteção cada vez maior da tutela coletiva, fez-se necessário remodelar alguns institutos do processo civil, que, com sua constitucionalização, assumiu extrema importância na consagração de valores constitucionais. Novos interesses sociais passaram a ser protegidos pelo Estado, o qual, por sua vez, passou a ter atividades mais dispendiosas e ativas, como a saúde e a educação. Esses direitos ganharam contornos fundamentais (OSNA, 2017, p. 29).

## 1. DAS QUESTÕES COLETIVAS NASCE O PROCESSO ESTRUTURAL

Tradicionalmente (e, atualmente, ainda em grande maioria), os casos eminentemente individualistas e patrimonialistas são os que mais ocupam o Poder Judiciário. São processos que trazem uma lógica bipolar, em que há uma relação jurídica material entre duas pessoas, e a sentença se limita a dirimir aquela determinada situação singular e específica.

Na era da modernidade líquida<sup>1</sup>, da complexidade das demandas e do desenvolvimento de novas relações jurídicas, percebeu-se que o processo deveria abrir espaços aos conflitos envolvendo grupos e coletividades, para tutelar não apenas direitos

<sup>1</sup> Conceito trazido pelo filósofo e sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2001), para o qual, nos tempos atuais, as relações entre os indivíduos nas sociedades tendem a ser menos frequentes e menos duradouras, a modernidade líquida seria um mundo repleto de sinais confusos, propenso a mudar com rapidez e de forma imprevisível.

concernentes ao indivíduo em si, mas também à própria comunidade.

A origem do processo coletivo remonta ao sistema da *common law*, com a experiência inglesa do século XVII, em que se admitia o “*bill of peace*”<sup>2</sup>. Mas a formação da doutrina consolidada sobre o tema ocorreu nos Estados Unidos com as *class action*, difundida no sistema norte-americano especialmente a partir de 1938, com a “*Rule 23*” das “*Federal Rules of Civil Procedure*”, e de sua reforma, em 1966 (ZAVASCKI, 2005, p. 16).

Sob a influência das *class action* do direito norte-americano, os juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth criaram, na década de 70, o movimento de acesso à justiça, o qual denominaram de “ondas renovatórias do direito processual”. A segunda, das três grandes ondas renovatórias, foi a necessidade de coletivização do processo.

Desse modo, a segunda onda referiu-se à representação dos interesses difusos em juízo e visou a contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. Os autores identificaram as dificuldades do processo civil tradicional, de cunho individualista, em proteger os direitos ou interesse difusos ou também chamados de coletivos. Em relação a essa segunda onda renovatória do acesso à justiça, os autores justificaram:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados

<sup>2</sup> Um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, com o que se passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses (ZAVASCKI, 2005, p. 15-16).



na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 50).

Tais influências alcançaram o Brasil. Apesar da existência da ação popular, regulamentada pela Lei n.º 4.717/1965, os maiores avanços, em termos de proteção dos direitos coletivos em nosso país, vieram com a entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública em 1985, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor em 1990.

O Ministro Luiz Fux, quando do julgamento no Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Recurso Especial (REsp) n.º 510.150/MA na 1.ª Turma, pontuou que a lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, “compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se”<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> São inúmeras as outras legislações que compõem o microsistema, podendo-se citar aqui, apenas a título de complementação dos diplomas citados pelo ministro, as legislações referentes à Habitação e Urbanismo (Estatuto da Cidade – Lei n.º 10.257/2001 e Parcelamento do Solo – Lei n.º 6.766/79); ao Meio Ambiente (Código Florestal – Lei n.º 4.771/65; Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental – Lei n.º 6.902/81; Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n.º 6.938/81; lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – Lei n.º

Dessa forma, a proteção coletiva se manifesta quando, por exemplo, há violação de direitos de consumidores afetados por publicidade enganosa, quando houver poluição de mananciais hídricos por descarte irregular de lixo, proteção da biodiversidade quanto a plantas e espécies endêmicas entre outros.

De acordo com Didier e Zaneti Junior:

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situação jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo (DIDIER, ZANETI JUNIOR, 2016, p. 29-30).

Nesse passo, o processo tradicional não era mais adequado para tutelar direitos que envolviam coletividades, vez que os institutos processuais não se amoldavam à resposta jurisdicional necessária e as estruturas processuais não foram pensadas para resolver esses problemas. Em razão disso, a doutrina voltou suas preocupações também para que os litígios coletivos tivessem tratamento processual adequado e eficiente (MARÇAL, 2021, p. 24-25).

9.985/2000; Proteção do Bioma Mata Atlântica – Lei n.º 11.428/2006; Política Nacional de Biossegurança (PNB) – Lei n.º 11.105/2005 etc.); aos Portadores de Deficiência (Política nacional da pessoa com deficiência – Lei n.º 7.853/89; Prioridade de atendimento – Lei n.º 10.048/2000; Promoção da acessibilidade – Lei n.º 10.098/2000; Direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais – Lei n.º 10.216/2001 etc.); à Saúde (Lei Orgânica do SUS – Lei n.º 8.080/90); à proteção do Patrimônio Público (Lei de Improbidade Administrativa - Lei n.º 8.429/92; Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n.º 8.666/93) entre outras (AZEVEDO, 2011, p. 119).

O Poder Judiciário passou a ser um dos responsáveis pela concretização dos direitos de dimensões coletivas, na medida em que a positivação dos direitos transindividuais não refletia, necessariamente, sua efetividade na sociedade.

O paradigma de efetividade pelo Judiciário veio insculpido na CRFB/1988, a qual trouxe diversos comandos normativos nesse sentido, prevendo de forma expressa o valor da efetividade no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional (EC) n.º 45/2004, com a inserção do inciso LXXVIII ao artigo 5.º da CRFB/1988.

Nota-se que o texto constitucional impõe que o Estado-Juiz não se limite apenas a declarar direitos ou afirmar que o autor faz jus a uma determinada prestação estatal. Exige-se mais. Faz-se imperioso que o Poder Judiciário satisfaça o direito do jurisdicionado, de modo que lhe seja garantido usufruir do bem jurídico que lhe é assegurado.

A partir dessa premissa é que se analisa o impacto dos processos estruturais na efetivação dos direitos transindividuais, tendo em vista que, embora haja em nosso ordenamento jurídico um microssistema de processo coletivo, este fator não tem sido suficiente para concretizar os reais anseios da população na defesa de seus direitos.

Não se pretende criticar o processo coletivo, mas sim aprimorar seu uso visando à maior efetividade e concretização dos direitos transindividuais.

Hoje, com um sistema de processo coletivo consolidado, parece ser o momento de retomar precisamente esses pontos de desconforto, os quais estão na base de algumas dificuldades que, apesar de toda evolução, ainda não foram solucionadas, nem no campo teórico, nem na aplicação prática das demandas coletivas. Não se trata, portanto, de desconstruir o processo coletivo, mas de confiar que seu estágio atual de desenvolvimento permite a realização de discussões complexas e o questionamento de alguns dos dogmas fundantes desse instrumento (VITORELLI, 2015, p. 17).

Apesar do grande avanço que tivemos no Direito brasileiro com a positivação, a expansão e a proteção dos direitos transindividuais, as estruturas bipolares do processo tradicional foram levadas para o âmbito do processo coletivo, o que não representou proteção efetiva para esse tipo de litígio.

O processo em geral e a proteção da tutela jurisdicional coletiva tiveram que ser aprimorados para garantir a efetividade de tais direitos, pois princípios do processo individual, como o princípio dispositivo e o princípio da demanda, ainda eram aplicados em sua forma inflexível, desconsiderando a natureza hipercomplexa de tais litígios.

A complexidade da sociedade com suas demandas multipolares exigia que o processo fosse adaptado a essa nova realidade. Os institutos do processo civil tiveram que ser revisitados para se adequar aos litígios de massa, que afetam quantidades indeterminadas de pessoas como os desastres ambientais de Mariana e de Brumadinho em Minas Gerais.

A tutela coletiva, nos moldes tradicionais, não alcançou a real efetividade de tais direitos, nem se refletiu nas devidas transformações das instituições e das estruturas da sociedade, pois submeteu a proteção da coletividade a um processo com os mesmos instrumentos e técnicas de um processo individual (SANTOS; LEMOS; LEMOS, 2020).

Nesse contexto, a partir do reconhecimento das limitações do sistema tradicional para resolução de litígios policêntricos, é que foi necessário o desenvolvimento das medidas estruturantes e dos processos estruturantes para tutelar os direitos envolvidos (MARÇAL, 2021, p. 26).

Portanto processo estrutural é aquele que tem por objeto um problema estrutural que é aquele tipo de problema que não se resolve apenas com uma providência, pois não é uma situação de fato episódica, pontual, mas sim um problema arraigado, seja de uma política pública, seja de uma instituição ou de uma empresa. No processo estrutural, identifica-se esse estado de coisas problemáticas e é estabelecido um regime de transição entre a situação desestruturada para uma situação de conformidade (DIDIER; ZANETI JUNIOR; ALEXANDRIA, 2020).

## 2. PROCESSOS ESTRUTURAIS: ORIGEM E CONCEITO

Não há como se falar em processos estruturais sem se fazer o marco temporal de sua existência. Sabe-se que casos complexos e multipolares possuem origem muito antecessora, mas o paradigma acerca da instauração do processo estrutural foi o caso *Brown v. Board of Education*,

julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1954, e é apontado como um dos precursores no desenvolvimento das decisões estruturantes e, por via de consequência, das medidas e dos processos estruturantes.

O cerne da questão dizia respeito à cessação da segregação étnica nas escolas públicas do país, medida autorizada pela doutrina do “separados, porém iguais” (*separate but equal*), elaborada pela Suprema Corte em 1896.

Neste *leaving case*, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial realizada pelo Estado, baseada em uma interpretação da Décima Quarta Emenda, a qual estabelece o tratamento igualitário a todos perante a lei.

*Brown v. Board of Education* não foi um processo estrutural, pois a Suprema Corte apenas declarou a ilegalidade do estado de segregação em que o país se encontrava e determinou que os juízes trabalhassem para concretização. A partir daí, os juízes norte-americanos entenderam que, para resolver o problema da segregação, seria necessário reestruturar todo o sistema educacional com medidas a curto, a médio e a longo prazo, com o escopo maior de, no final, chegar a um resultado que é a não segregação racial.

Nota-se que a demanda estrutural é aquela que visa a alterar uma política pública ou uma situação de desconformidade <sup>4</sup>, pois decorre do modo como a

<sup>4</sup> Estado de desconformidade, como dito, não é sinônimo necessariamente de estado de ilicitude ou de estado de coisas ilícito. Estado de desconformidade é situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante. Essa desorganização pode, ou não, ser consequência de um conjunto de atos ou de condutas ilícitas (DIDIER; ZANETI JUNIOR; ALEXANDRIA, 2020, p. 3).

estrutura burocrática usualmente pública opera. Sua causa é o mau funcionamento ao longo do tempo e a estrutura pode ser na instituição pública, na política pública, na empresa privada ou no âmbito de ações individuais.

De início, importante consignar que neste artigo se segue a doutrina que reconhece a existência de processo estrutural também no âmbito de ações individuais<sup>5</sup>. Os processos estruturais podem existir no âmbito do direito coletivo (envolvendo âmbito público e privado) e no âmbito individual, à medida em que uma demanda individual poderá estar fundamentada em uma questão estrutural<sup>6</sup>.

Os processos estruturais irão tutelar o direito material que tem por objeto uma questão estrutural, isto é, uma situação de fato consolidada de desconformidade, de problema enraizado, como estado de coisas problemáticas. O fim de tal processo é a solução do problema estruturado.

De acordo com Owen Fiss (1985, p. 37), o processo estrutural é aquele no qual o juiz está diante de uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, tendo como escopo reestruturar a instituição para eliminar a ameaça imposta à efetivação dos valores existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.

<sup>5</sup> *Contrario sensu*, Vitorelli (2018, p. 6) entende que litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera.

<sup>6</sup> Os professores Didier, Zaneti Junior e Alexandria (2020, p. 7) exemplificam em seu artigo o caso de uma ação individual, mas com características totalmente estruturante: "Imagine que um sujeito, portador de deficiência ou com mobilidade reduzida, ingresse com ação individual para, com base nos direitos que lhe são assegurados pela Lei 10.098/2000, exigir que determinados edifícios públicos ou privados, de uso coletivo, aos quais precisa ele recorrentemente ter acesso (como sua faculdade, o hospital do seu bairro, o banco no qual possui conta corrente etc.), sejam obrigados a promover reformas para garantir a acessibilidade prevista em lei".

Destaca-se que há distinção conceitual entre litígios estruturais e processos estruturais, sendo o primeiro aquele tipo de litígio decorrente do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera, sendo um universo maior porque sua existência independe da existência do Judiciário (VITORELLI, 2018, p. 7).

Já processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal (DIDIER, ZANETI JUNIOR, ALEXANDRIA, 2020, p. 4). Assim, litígio estrutural é o gênero, que pode ter como espécie a atuação judicial e extrajudicial. A existência de um litígio estrutural pode não acarretar a propositura de um processo estrutural<sup>7</sup>.

Vagas em leito de hospitais é um litígio estrutural, mas em regra não é tratado como processo estrutural, pois não se trata da causa. Dentro do processo, não se resolve a causa do problema, que seria reestruturar o comportamento institucional, mas se trata o problema extremamente complexo como um litígio individual, resolvendo o problema do cidadão que precisa, naquele momento, do tratamento médico, e não solucionando a precária estrutura da saúde pública dentro do município e/ou estado.

Vitorelli (2021) exemplifica um caso em que tal tipo de demanda foi resolvida de forma estrutural no

<sup>7</sup> Também se faz mister diferenciar processo estrutural de processo civil de interesse público (litigância de interesse público). Vitorelli (2018, p. 11) demonstra três diferenças: (1) processo de interesse público não implica, necessariamente, reestruturação de uma organização; (2) qualquer processo pode ser de interesse público, desde que se busque, por seu intermédio, a implementação de direitos que estão sob responsabilidade do Estado; e, por fim, (3) os processos de interesse público se voltam apenas contra o Estado.

Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região. A Justiça Federal do Ceará, no âmbito de duas ações civis públicas que demandaram a regulação e regularização das filas de cirurgia ortopédica de alta complexidade, por meio de decisões estruturais conduzidas pela Juíza Cíntia Menezes Brunetta, atuou de forma a criar o Sistema Integrado de Cirurgia, em 2017, em que é possível o acompanhamento online do paciente da fila para cirurgia.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 709, ajuizada em 2020, que trata das omissões da União na proteção dos povos indígenas durante a pandemia, o Ministro Luís Barroso, no julgamento da medida cautelar em 05/08/2020, estabeleceu as seguintes medidas estruturantes à proteção dos grupos indígenas: criação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de terceiros nos territórios indígenas; criação de sala de situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos em isolamento; necessidade de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID para os povos indígenas, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas.

No julgamento do REsp n.º 1854.842/CE, na 3.<sup>a</sup> Turma do STJ, a Relatora Ministra Nancy Andrighi anulou, desde a citação, processo que já estava no STJ, porque entendeu que o caso se tratava de um litígio de natureza estrutural e não tinha tramitado como processo estrutural. A Ministra, em seu voto, afirmou que o caso de institucionalização de crianças e de adolescentes em espaços de acolhimento se configurava um problema complexo e que exigia a prestação de tutela jurisdicional diferenciada.

### 3. PROCESSOS ESTRUTURAIS E A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Com efeito, faz-se necessário redefinir a concepção de diversos institutos fundamentais do processo que são influenciados fortemente pela sistemática individual, pois, diante de litígios estruturais, o magistrado deve se apoderar de instrumentos adequados para o tratamento desse tipo de tema.

Para tanto, o juiz deve ter um dever de fundamentação extremamente elevado<sup>8</sup> e zelar sempre por um efetivo contraditório substancial, o qual permite às partes influir efetivamente em seu convencimento, além de buscar constantemente a cooperação entre os envolvidos. Neste sentido, Vitorelli (2015, p. 174), ao tratar do devido processo legal, traz o caso *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, no qual o juiz *Frankfurter* sugere dois fundamentos para a importância da participação dos interessados no processo:

(...) não existe melhor instrumento para se chegar à verdade, nem para se gerar o sentimento de que a justiça foi feita, que é tão importante em um governo democrático. Assim, a primeira finalidade desses elementos seria processual. Por intermédio da produção de provas e da análise das provas produzidas pelo adversário, em contraditório, se assegura que o julgador tenha um quadro mais acurado da realidade e, com isso, condições para produzir uma decisão melhor. O segundo fim é extraprocessual. A participação acarreta na sociedade e nos envolvidos diretamente

<sup>8</sup> Nesse sentido, Arenhart (2013, p. 22) consigna que a decisão estruturante exige um refinamento nos instrumentos de controle da atividade jurisdicional, especialmente com a ampliação das exigências no que tange à motivação adequada dos atos judiciais. Porém talvez essa forma de controle, pela justificação da decisão do magistrado, seja a melhor e mais ampla forma de controle e de legitimação dos atos do Estado.



no processo o sentimento de que a justiça foi feita. Ao participar do processo, a parte derrotada se torna mais suscetível de aceitar seu resultado adverso, o que contribui para a pacificação social, legitimando o resultado do processo perante o grupo (VITORELLI, 2015, p. 174-175).

Os instrumentos processuais que vão ao encontro dessa temática e que possibilitam a democratização das decisões estruturantes são: o *amicus curiae* (artigo 138 do Código de Processo Civil [CPC] de 2015) e audiências públicas, haja vista que esses dois institutos possibilitam ao magistrado ter acesso a um amplo leque de compreensões sobre o tema <sup>9</sup>.

Defende-se que o arcabouço normativo e principiológico da CRFB/1988, do CPC/2015 e de algumas leis extravagantes (Lei n.º 8.884/1994 e Lei n.º 11.101/2005, por exemplo) é suficiente para dar a fundamentação legal às decisões judiciais estruturantes.

Não se desconhece a existência do Projeto de Lei n.º 8.058/2014, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, o qual se destina a regular “o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário” e dispõe, já em seu artigo 2.º, parágrafo único, que o processo, nesse caso, terá características “estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes”. No entanto sua aprovação não se faz necessária para a existência de um processo estrutural.

A base normativa que autoriza essas decisões pode ser extraída do princípio da primazia do mérito

<sup>9</sup> Com esses instrumentos, enfim, vence-se a visão dicotômica do processo tradicional, permitindo que a relação processual se desenvolva de maneira plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos (ARENHART, 2013, p. 5).

e da atividade satisfativa, previsto no artigo 4.º do CPC/2015, o qual expressa o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada; a atipicidade dos meios executivos dos artigos 139, IV, e 536, § 1.º do CPC/2015 e; no artigo 493 do CPC/2015 que permite o ajuste da decisão judicial à realidade, dentre outros dispositivos legais.

A fim de que não possa haver qualquer tipo de questionamento da violação da segurança jurídica, bem como haja afastamento de qualquer tipo de subjetivismo do magistrado, o dever de fundamentação das decisões, elencado no artigo 489, § 1.º do CPC/2015, deve ser extremamente bem realizado.

A decisão judicial deve ser profunda no reconhecimento de que o caso concreto se trata de um problema estrutural, especificando qual é a situação de desconformidade e que a situação analisada é um tipo de problema que não se resolve com uma única providência, exigindo a tomada de uma série de atos para solução definitiva. Assim, o magistrado não se deve limitar ao uso de conceitos jurídicos indeterminados abstratos, ou decisões padronizadas, mas sim exaurir o tema demonstrando que somente uma decisão estrutural será capaz de superar a questão estrutural e ter resultado empiricamente significativos.

Há significativa flexibilização dos princípios da congruência e da demanda, na medida em que, em um litígio estrutural, dificilmente as partes têm a real dimensão da complexidade da questão. No início da ação, não se consegue mensurar as consequências do pedido. Por isso, a causa de pedir e a interpretação do pedido como certo e determinado sofrem

relativizações. Não se faz um pedido fechado, vez que os acontecimentos são fluídos e deve haver uma interpretação de forma mais maleável possível pela característica estrutural do problema <sup>10</sup>.

#### 4. MÉTODO DIALÓGICO E COOPERAÇÃO DAS PARTES

Diante desse cenário, há total reformulação da atuação judicial dentro dos processos estruturais. A complexidade da temática e da conflituosidade dos agentes envolvidos é tão grande que o juiz atua muito mais como um agente de negociação e de troca do que mediante decisão e imposição. Vitorelli aponta:

A atividade jurisdicional passa a se assemelhar mais com os debates comuns em órgãos administrativos e legislativos do que com aquilo que tradicionalmente ocorre em um processo judicial. Isso ajuda a contornar o problema do grande número de pessoas que serão impactadas pelo processo e a diversidade de situações fáticas nas quais elas se encontram, o que “torna desejável que o juiz ouça pelo menos alguns grupos afetados, até mesmo (ou especialmente) aqueles que estão descontentes com medida que será aplicada (VITORELLI, 2018, p. 10).

As soluções consensuais, trabalhadas a partir do diálogo entre as partes, é um dos marcos significativos do processo estrutural. A imposição de uma decisão em tais casos pode inclusive acentuar o

problema estrutural e desagradar a todas as partes do processo e a toda a sociedade atingida. Já a resolução consensual, por meio do emprego de técnicas como a mediação, a conciliação e a aplicação de negócios jurídicos processuais, possibilitam que os acordos sejam plenamente cumpridos, pois advém da livre manifestação das partes a partir do conhecimento de sua realidade (ARENHART, 2013, p. 9).

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente estudo foi demonstrar as transformações que o processo civil passou ao longo do desenvolvimento da sociedade e o papel dos processos estruturantes como concretizadores da efetividade de direitos.

Com o surgimento da sociedade de massa, os litígios transindividuais surgiram e foram ganhando feições cada vez mais complexas, o que fez com que os institutos tradicionais do processo civil não fossem suficientes à concretização de direitos pertencentes a grupos, a comunidades e a indivíduos, ou seja, demandas multipolares.

Demonstrou-se que, em um litígio estrutural (aquele em que há consolidação de uma situação permanente de desconformidade), não há como o processo ser resolvido em uma sentença, pois a resolução do problema demanda tempo e uma série de providências para sua superação.

Nos processos estruturais, é essencial haver um procedimento flexível, que se adapte à natureza complexa do caso, havendo atipicidade na execução, variabilidade na interpretação do pedido e mitigação das regras da congruência.

<sup>10</sup> “É certo que a(s) medida(s) estrutural(is) imposta(s) deve(m) estar em harmonia com a lesão que se pretende impedir ou reparar. Não se tolera que a decisão judicial extrapole os limites do ilícito a ser combatido, sob pena de transformar o magistrado no verdadeiro gestor do órgão ou do ente responsável pela conduta discutida. Todavia, dentro dos limites desse campo de proteção, deve-se tolerar maior amplitude para a atividade judicial, o que implicará, muitas vezes, extrapolar os limites do pedido expressamente posto pelo autor da demanda.” (ARENHART, 2013, p. 400-401).

Demonstrou-se que o ordenamento jurídico pátrio confere todas as condições para isso, não sendo necessária a criação de novas leis e normas para a utilização dos processos estruturais.

Por derradeiro, destacou-se que a consensualidade é uma das marcas do processo estrutural, e não só na conformação do processo por meio dos negócios processuais, mas também na solução do litígio de forma dialogada e cooperativa, permitindo que a situação de desconformidade seja superada por meio de construção conjunta de um plano de atuação policêntrico.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. O microsistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. **Revista eletrônica de direito processual**, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Sociedade líquida*. Zahar: São Paulo, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

DIDIER, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; ALEXANDRIA, Rafael. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, jan./mar. 2020.

DIDIER, Fredie; ZANETI JUNIOR (Orgs.). **Repercussões no novo CPC: Processo Coletivo**. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016.

FISS, Owen. Two Models of Adjudication. GOLDWIN Robert (Org.). **How does the constitution secure rights?**. American Enterprise Institute Constitutional Studies, 1985.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos estruturantes*. Salvador: Juspodvim, 2021.

OSNA, Gustavo. **Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodvim, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2017.

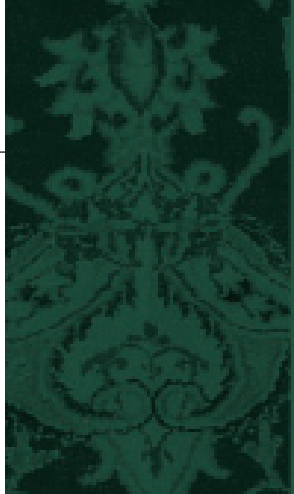
SANTOS, Karen Borges dos; LEMOS, Walter Gustavo da Silva; LEMOS, Vinicius Silva. O processo estrutural como instrumento adequado para a tutela de direitos fundamentais e a necessidade de ressignificação do processo civil. **Doutrina Pátria**, 2020. Disponível em: [https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/#\\_ftnref38](https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/#_ftnref38). Acesso em: 20 mai. 2021.



VITORELLI, Edilson Diniz Lima. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional.** Tese de doutoramento apresentada à faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015.

VITORELLI, Edilson Diniz Lima. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural,** processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de processo, v. 284, p. 333-369, out/2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo:** Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 326f. 2005. Tese (Doutorado e, Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre.



Alexandre Augusto Lobato Bello

José Henrique Mouta Araújo

O PEDIDO DE SUSPENSÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA: COMPETÊNCIA E PROCEDIMENTO

#### Resumo

Esse ensaio trata da aplicabilidade por analogia de normas federais aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, de modo a autorizar o endereçamento de pedido de suspensão de liminares e de sentenças para a presidência das Turmas Recursais desse Juizado. Questões de ordem pública impõem a aplicação desse pedido em caso de ações de massa ajuizadas contra a Fazenda Pública que causem danos a interesse, à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas. Princípio do interesse público nessas situações prepondera sobre o princípio da simplicidade. Detalham-se as suas principais características.

**Palavras-chave:** Juizados Especiais da Fazenda Pública; Lacuna Normativa; Aplicação Analógica de Normas; Pedido de Suspensão da Eficácia de Liminares e Sentenças; Competência da Presidência das Turmas Recursais.

#### Abstract

This essay takes care of the applicability by analogy of federal rules to the Special Courts of the State, in order to authorize the addressing of request for suspension of preliminary injunctions and judgments to the presidency of the Appeals Groups of that Court. Public order issues demands that request in case of multiple actions against State causes damages to interest, order, security, health and economy public. Public interest principle prevails over the simplicity principle. Its main characteristics are detailed.

**Keywords:** Special Courts of the State; Legal Gap; Analogy Application of Rules; Request for Suspension of the Effectiveness of Preliminary Injunctions and Judgments; Competence of the Presidency of the Appeal Groups.

# O PEDIDO DE SUSPENSÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA: COMPETÊNCIA E PROCEDIMENTO

THE REQUEST FOR SUSPENSION IN THE SPECIAL COURTS OF THE STATE: COMPETENCE AND PROCEDURE

Alexandre Augusto Lobato Bello\*  
José Henrique Mouta Araújo\*\*

\*Procurador do Estado do Pará

\*\*Mestre e Doutor em Direito (UFPA), professor do Cesupa (Pará) e Procurador do Estado do Pará.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo se volta ao cabimento do pedido de suspensão de liminares e/ou de sentenças nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, dirigido à presidência de suas Turmas Recursais, quando tais decisões causem danos ao interesse público ou à ordem, saúde, segurança e economia públicas. Faz-se exame da possibilidade de aplicação desse instituto ao sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública por meio de analogia e aplicação das leis n.º 8.437/1992 (art. 4.º) e 12.016/2009 (art. 15).

## 1. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. DIREITO PROCESSUAL E PROCEDIMENTOS EM MATERIAL PROCESSUAL. BREVE HISTÓRICO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Processo e procedimento são coisas distintas. Do ponto de vista teleológico: processo é a soma de atos que se realizam para a composição do litígio; o procedimento é apenas o modo e a forma com que estes atos se sucedem e se encadeiam (RODRIGUES,

2003). A normatização dos Juizados Especiais, em especial dos Juizados da Fazenda Pública, observa a regra de competência da CF fixada no artigo art. 24, inciso XI e seus parágrafos, mas em coordenação com a regra do art. 22, I da mesma Carta Magna (BRASIL, 2021a). Cabe à União, privativamente, fixar normas federais sobre direito processual e normais gerais para todos os institutos aplicáveis ao sistema processual judicial. Já a fixação dos procedimentos e dos atos processuais a serem concretizados em Juízo é assunto de competência legislativa concorrente entre União Federal e os Estados. Dessa forma, o sistema processual, seus institutos, valores e regras gerais se espriam pelo ordenamento jurídico do País.

Quanto ao detalhamento do sistema processual, a concretização dos seus institutos e suplementação, a norma constitucional considera as circunstâncias e interesses locais pela lógica de suplementação legislativa a cargo dos Estados. Na falta de norma geral federal, os Estados podem fixar normas de procedimento. Sobrevindo lei federal sobre o tema, ela se afirma sobre norma estadual, parágrafos

1.º ao 4.º do art. 24 da CF/88 (BRASIL, 2021a). Nesse sentido, as normas processuais do Sistema dos Juizados Especiais são normas federais, complementadas por normas procedimentais dos Estados-Membros. O Sistema de Juizados Especiais<sup>1</sup> fixa o objeto e disciplina o método de apreciação das causas que ali tramitam: causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo (FIGUEIRA JUNIOR, 2017). Os princípios fundamentais desse sistema são inspirados em valores adequados a esse objetivo e tipo de causa: simplicidade, oralidade, informalidade, celeridade, economia processual, entre outros<sup>2</sup>.

Do ponto de vista histórico/normativo, ainda que já existissem os Juizados de Pequenas Causas desde a aprovação da Lei n.º 7.244/1984 (BRASIL, 2021b), a determinação de criação dos Juizados Especiais pelo Constituinte de 1988 no art. 98, I (BRASIL, 2021a), foi o “pontapé inicial” para a formação do Sistema de Juizados Especiais. Surgiu então a Lei n.º 9.099/1995 que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (BRASIL, 2021e). Posteriormente foi promulgada a Lei n.º 10.259/2001 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal (BRASIL, 2021g). As leis n.º 9.099/1995 e n.º 10.259/2001 eram, então, a base do sistema, fechado pelas normas do Código de Processo Civil (BRASIL, 2021j). Contudo, havia um “cliente em potencial” que demandaria uma atenção especial: a Fazenda Pública. Foi editada, então, a Lei Federal n.º 12.153/2009 que autorizou a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (BRASIL, 2021i). Tal norma ratificou, em seu artigo 1.º, a existência do

Sistema dos Juizados Especiais, no qual estariam os Juizados Especiais da Fazenda Pública a serem criados pela União e pelos Estados. No Estado do Pará os Juizados foram criados e regulados especialmente pela lei estadual n.º 6.459/2002 (PARÁ, 2021a) e pelo Regimento Interno das Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Estado do Pará criado pela Resolução n.º 008/2012-GP (PARÁ, 2021b).

## 2. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA, SUA INFLUÊNCIA SOBRE O PROCESSO E JUSTIFICATIVAS

Quando se fala de prestação jurisdicional e de processo, se está tratando em geral da regulação de conflitos de interesses pelo Estado-Juiz que tem poderes constituídos pela lei e por ela mesma delimitados. Cabe ao Poder Judiciário com base em normas pressupostas ser a última instância para a solução dos conflitos trazidos ao processo. Sob o aspecto decisório, é o *sistema político* que estabelece e introduz as premissas decisórias ao *meio jurídico* por meio de seus modos de efetivação (LUHMAN, 1983 *apud* DIAS, 2004). A natureza dos direitos discutidos no processo, contudo pode autorizar o titular da função política, o Poder Legislativo, a interferir no processo judicial pela edição de leis processuais. O pedido de suspensão da efetivação de decisões judiciais em geral tem justificativa na proteção a valores, interesses e objetivos fundamentais definidos pelo poder constituinte originário constitucional: a promoção do bem de todos (art. 3.º da CF/88) e proteção à saúde, segurança e educação (artigos 6.º, 23.º, 144, 196, 205 da CF/88, todos eles de natureza pública primária e identificados com o conceito de bem geral, de interesse geral da coletividade (MAZZILLI, 1996). Esses valores positivados não são apenas um dado a

<sup>1</sup> No âmbito do Estado do Pará o sistema foi criado pela Lei n.º 6.459/2002, art. 1.º.

<sup>2</sup> No âmbito do Estado do Pará a Lei n.º 6.459/2002 os prevê em seu artigo 2.º (PARÁ, 2021a).

respeitar, mas também uma incumbência a realizar (CANOTILLO, 2001 *apud* GOMES, 2006). Daí a sua indisponibilidade e supremacia, pois o interesse público deve prevalecer sobre interesses isolados e em situações concretas (DI PIETRO, 1991). Todos são obrigação do Poder Executivo, pelo que o chefe do Poder Executivo pode, inclusive, responder por crime de responsabilidade se atentar contra essas normas constitucionais e as do orçamento, art. 85, VI da CF/88 (BRASIL, 2021a).

### 3. PEDIDO DE SUSPENSÃO NA LEGISLAÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS

O pedido de suspensão é um mecanismo legal para suspensão temporária da efetivação de decisões judiciais por razões de interesse público relevantes. Ele é efetivado com base nas leis federais n.º 8.437/1992 (BRASIL, 2021d) e n.º 12.016/2009 (BRASIL, 2021h), em seus respectivos artigos 4.º e 15.º; na Lei n.º 7.347/1985, art. 12, § 1.º, Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 2021c) e na Lei n.º 9.507/1997, art. 16, Lei do *Habeas Data* (BRASIL, 2021f). Seu objetivo é a proteção de bens/direitos coletivos *lato sensu*, quer em razão da dimensão do ilícito ou dano, quer em razão dos valores atrelados aos bens/direitos tutelados, do número de pessoas atingidas ou expressão do grupo atingido (DIDIER JR, 2020e). Visa especificamente à proteção de bens e direitos vinculados à esfera do interesse, da ordem, saúde, segurança e economia públicas. Tal pedido deve ter razão solidamente invocada, ser estritamente compatível com a tipologia legal, há de ser cabalmente provada, sendo assim medida absolutamente excepcional (FERRAZ, 2006). O pedido é dirigido ao presidente do Tribunal a quem

compete examinar o recurso. Não há faculdade no seu exame, se houver risco, o Presidente do Tribunal deverá suspender a decisão; caso contrário, não a suspenderá (MESQUITA, 2006). A indeterminação normativa (com uso de conceitos abertos como ordem, saúde, segurança e economia públicas) é apenas uma técnica especial utilizada para conferir à norma um maior campo de incidência, permitindo adaptações a situações práticas não previstas pelo Legislador (LOPES, 2003).

Havendo comprovado o risco de dano à coletividade, é razoável e proporcional que temporariamente se suspenda a efetivação de um direito processual. O sistema processo sinaliza essa preocupação já que o excesso de segurança pode conduzir a garantias demasiadas; por outro lado, o excesso de rapidez pode levar a resultados desastrosos (RODRIGUES, 2005). Nesse sentido, o CPC 2015 (art. 300, § 3.º) apresenta salvaguardas que se contrapõem à concessão de liminares em antecipação de tutela, caso a sua reversibilidade corra algum risco (ORIONE NETO, 1999). Se a lei protege o indivíduo da onerosidade excessiva na efetivação de decisão judicial, há razões para autorizar a sua suspensão quando esta provocar danos a interesses e bens coletivos protegidos pela Carta Constitucional. Não se deve esquecer que todos os interesses públicos, em algum grau, exigem recursos públicos e previsão orçamentária (LIMA LOPES, 2006), pelo que é preciso ser preservada a sanidade da ordem jurídica (leia-se: interesse, segurança, saúde e economia públicas) (ROBERTO GRAU, 1993 *apud* SILVA, 2007).

O pedido de suspensão é um ato postulatório que instaura um incidente no processo (MESQUITA, 2006). Nele há uma parte processual ativa com

legitimação extraordinária para a defesa de interesses da coletividade: Ministério Público, a pessoa jurídica de direito público interessada (Estados e União), o prefeito municipal ou órgãos públicos em defesa de suas prerrogativas constitucionais, todos são legitimados para postular a suspensão em defesa de interesses da coletividade. Admite-se também que façam esse pedido as pessoas e órgãos de direito privado que suportem os efeitos da liminar ou da sentença (MEIRELLES, 1990). O juízo proferido tem nítida feição judicial e decisória, pois examinado e decido por um membro do Judiciário. Nos termos do art. 203, § 2.º do CPC (BRASIL, 2021j), trata-se de uma decisão interlocutória passível de recurso a um órgão colegiado. O objeto do pedido de suspensão previsto nas leis n.º 8.437/92 e n.º 12.016/09 é diverso dos recursos previstos em lei: não é destinado à reforma ou anulação de decisão em razão de *error in iudicando* ou *error in procedendo*, mas apenas a suspender os efeitos da decisão que cause grave lesão a interesse, à saúde, economia, segurança ou ordem públicas. A Lei n.º 8.437/92, art. 4.º, § 6.º, inclusive, possibilita o uso simultâneo do pedido de suspensão com agravo de instrumento. Nesse sentido a Jurisprudência<sup>3</sup>.

#### 4. SUSPENSÃO DE DECISÃO PROFERIDA POR TURMAS RECURSAIS PELO STF E PELO STJ

Desde logo deixe-se claro: não há dúvidas quando se trata de decisões de 2.ª Instância nos Juizados da Fazenda Pública. Uma decisão de Turma

<sup>3</sup> Acórdão: 0010633-95.2006.4.01.000000106339520064010000 - agravo regimental suspensão de segurança (AGSS), relator para acórdão desembargadora federal Assusete Magalhães, TRF - primeira região, Data 17/08/2006, Publicação: 13/10/2006, Fonte: DJ 13/10/2006 pag.01. STF 14/02/2020, Plenário, Ag.reg. na Suspensão de tutela antecipada 807. Rio de janeiro. Relator: Ministro Presidente.

Recursal desses Juizados pode ser suspensa pelo presidente do STF, pois das suas decisões finais só cabe recurso extraordinário, art. 21 da Lei Federal n.º 12.153/2009 e art. 102, III, da CF (BRASIL, 2021a). Ao STJ cabe dirimir divergências da Turma Recursal com uma de suas súmulas ou entre Turmas Recursais de diferentes Estados da Federação sobre questão de direito material: § 3.º do art. 18 da Lei n.º 12.153/2009 (BRASIL, 2021i). Caso provocado, o STJ também pode intervir quando a orientação acolhida pelas Turmas Recursais de Estado contrarie Súmula daquela Corte (CUNHA, 2020).

#### 5. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DAS LEIS 8.437/92 E 12.016/09 AO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINARES E DE SENTENÇAS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

No âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, contudo, não são frequentes pedidos de suspensão de liminares e de sentença dirigidos diretamente à presidência das Turmas Recursais. E estes, quando ocorrem, em geral, não são conhecidos por falta de previsão legal ou por impossibilidade de interposição recursal. Entende-se, todavia, que não há razão para que pedido de suspensão de liminar e/ou de sentença não seja examinado pela presidência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. O Juiz não pode se eximir de decidir sob a alegação de lacuna no ordenamento jurídico seja quanto à competência funcional, seja material, art. 140 do CPC. Com efeito, a tipicidade em matéria de competência funcional, segundo admite o STF, implica que se reconheça a existência



de competências implícitas (*implied power*). Assim, sempre haverá um juízo competente para processar e julgar determinada demanda (DIDIER JR, 2020a). Se o sistema de competências pode ser orientado por princípios, afigura-se correto concluir que o juízo sobre a competência não deve ser puramente definido num exame de legalidade estrita (CABRAL, 2007). A competência adequada se relaciona com um pensar proporcional sobre as regras de competência, suplementando as lacunas existentes no ordenamento jurídico (HARTMANN, 2018 *apud* DIDIER JR, 2020b). Além disso, o princípio da legalidade impõe que o juiz decida as questões com o ordenamento jurídico considerado como um sistema de normas coerente (DIDIER JR, 2020c).

Assim, havendo perigo de dano, não podendo haver recursa à prestação jurisdicional e nem inexistir órgão competente, mas diante de ausência de previsão legal específica para o pedido de suspensão de liminar/sentença proferida por Juizado Especial da Fazenda Pública, há que ser aplicado o método integrativo da analogia. Afastando-se as lacunas nas leis específicas e nos regimentos internos, confere-se ao Juiz-Presidente da Turma Recursal a possibilidade de apreciação desse tipo de postulação. Entende-se analogia como o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina de um caso regulamentado semelhante. Essa semelhança deve ser, todavia, relevante: deve ser ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências. É preciso que os dois casos, o regulamentado e o não-regulamentado, tenham em comum a *ratio legis* (BOBBIO, 1991).

Seguindo esses parâmetros, pode-se fixar algumas bases para o uso seguro desse método de interpretação: 1 – A conclusão por analogia é uma conclusão do particular para o particular; a conclusão por dedução vai do geral para o particular; e a conclusão por indução do particular para o geral. 2 – Para que exista uma conclusão por analogia, juridicamente admissível, requer-se a prova de que (o particular em relação ao qual a regulamentação falha) tenha em comum (com o particular para o qual existe regulamentação) aqueles elementos sobre os quais a regulamentação jurídica se apoia. 3 – O argumento jurídico de analogia pressupõe que os preceitos legais e consuetudinários possam e devam ser frutuosos, não só direta como indiretamente, de modo que os juízos de valor gerais da lei ou do costume devem regular não somente os casos que imediatamente disciplinam, mas também aqueles que apresentem uma configuração semelhante (ENGLISH, 1996, p. 288 - 293). Persistindo a omissão ou incompatibilidade, haverá de se buscar subsídios na analogia. (FIGUEIRA JR, 2017). O STJ já destacou os elementos para o uso da analogia<sup>4</sup>. E. Tribunais Estaduais também admitem a aplicação da analogia<sup>5</sup>.

Leis gerais como as leis federais n.º 8.437/1992 e n.º 12.016/2009 apresentam elementos aplicáveis aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, pois descrevem situações fáticas semelhantes relevantes que podem afetar o interesse público. Possível, assim, a sua aplicação por analogia. O primeiro dos elementos em comum é a possibilidade de haver

<sup>4</sup> AR 259 / DF Ação rescisória 1990/0004078-7 Relator(a) Ministro Cesar Asfor Rocha, órgão julgador – 1.ª Seção, data do julg. 30/11/1993, data da pub./fonte, DJ 07/03/1994 p. 3606, LEXSTJ vol. 59 p. 14, RDA, vol. 196, p. 176, RSTJ, vol. 58, p. 17.

<sup>5</sup> TJMG – Apelação Cível n.º 1.0024.02.834253-3/001 – Comarca de Belo Horizonte. Relator: Des. Lamberto Sant’anna – fonte: Dje. 24.09.2004 – g.n.

“ações de massa” ajuizadas contra a Fazenda Pública e que causem dano ao interesse público ou lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. “Ações de massa” seriam dezenas, centenas ou milhares de ações individuais ou ações plúrimas, com o mesmo objeto e movidas contra um único Ente Público, ainda que cada uma delas respeite o teto do Juizado. As leis n.º 8.437/1992 e n.º 12.016/2009 atribuem ao presidente do Tribunal que couber o conhecimento do respectivo recurso a faculdade de suspender a execução da liminar e da sentença. No caso dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, o presidente da Turma Recursal é quem conhece desses recursos. Eis uma semelhança relevante que justifica a analogia. Há outro elemento em comum importante: ao presidente da Turma Recursal, tal qual ao presidente do Tribunal de Justiça, compete exercer o juízo de admissibilidade em caso de interposição de Recurso Extraordinário. Nos Juizados Especiais da Fazenda Pública do Estado do Pará isso é previsto no art. 7.º, inciso IV do Regimento Interno criado pela Resolução n.º 008/2012-GP (PARÁ, 2021b). Tal qual ocorre nos processos da Justiça Comum, a decisão das Turmas Recursais dos Juizados Especiais é expressa por intermédio de um acórdão (artigos 46 e 48 da lei 9.099/95) (BRASIL, 2021e). As Turmas Recursais representam a segunda instância no Sistema dos Juizados Especiais. Os magistrados compõem um Colégio de Jurisdição cuja responsabilidade de seus membros ultrapassa os limites da sentença de primeiro grau e chega a ser a segunda e última instância (FIGUEIRA JR, 2017). O exercício do chamado “duplo grau de jurisdição” pressupõe dois órgãos judiciais diversos, postos em posição de hierarquia: um inferior, outro superior. A decisão proferida pelo órgão inferior é revista pela proferida pelo órgão superior (DIDIER, 2020d). As Turmas Recursais dos

Juizados existem para que seja assegurado à parte ao menos um recurso. Nos Juizados Especiais do Estado do Pará isso é previsto no art. 7.º, da lei n.º 6.459/2002 (PARÁ, 2021a).

Por outro lado, não compete ao Tribunal de Justiça examinar, rever ou suspender decisão de Juiz do Juizado Especial. Essa tarefa é da Turma Recursal dos Juizados Especiais. Além de serem órgãos distintos e autônomos, os Juizados Especiais e suas Turmas Recursais, não fazem parte do rol de órgãos componentes do Poder Judiciário, art. 92 da CF/88, inciso VI. Pode-se inferir que, no caso dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, o termo “presidente” citado pelas leis n.º 8.437/1992 e n.º 12.016/2009, equivale ao termo “presidente da Turma Recursal”. Daí que este presidente também teria autoridade para impedir danos aos bens jurídicos protegidos por essas citadas normas. Aqui reside outra semelhança relevante que justifica a analogia. A lei n.º 9.099/1995, art. 6º c/c art. 27 da Lei n.º 12.153/2009 autorizam que o magistrado *adote em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. Isso pode ocorrer tanto em processos judiciais da Justiça Comum, como nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, especialmente em “demandas de massa” contra entes públicos que causem dano ao interesse público ou lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Cabível, pois, pedido de suspensão de decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública com uso da analogia. Apesar de a Lei n.º 12.153/2009 não dispor sobre o cabimento desse incidente processual nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, aplica-se o disposto no art. 4.º da Lei n.º 8.437/1992. O pedido de suspensão pode ser dirigido ao presidente da Turma Recursal em casos de liminar, tutela antecipada ou sentença proferida por*



juiz do Juizado Especial da Fazenda Pública contra o Poder Público (CUNHA, 2020). Cabe pedido de suspensão também de sentença que imponha cumprimento imediato, pois desta cabe recurso para a Turma Recursal respectiva. Se cabe recurso para a Turma Recursal, é possível formular pedido de suspensão de liminar e de sentença dirigido ao seu presidente. Em outras palavras, ao presidente da Turma Recursal cabe apreciar pedido de suspensão intentado contra decisão proferida no âmbito dos Juizados Especiais Federais ou dos Juizados Especiais da Fazenda. Aliás, havendo dano a interesse público ou à saúde, à segurança, à ordem pública ou à economia públicas, a presidência da Turma Recursal não poderia se recusar a apreciar o pedido de suspensão sob pena de ofensa ao art. 5.º inciso XXXV da CF/88.

Por outro lado, a suspensão de liminar e da sentença não se contrapõe à natureza dos Juizados Especiais da Fazenda Pública em casos que possam causar efeitos multiplicadores. A questão no “varejo” é de valor reduzido (pelo valor máximo de um processo), mas no “atacado” em razão de múltiplas demandas e valores totais milionários, inviabiliza o Sistema dos Juizados e afeta o erário pelos danos à ordem e à economia públicas. Com isso, a razão de existir do sistema: a celeridade e efetividade será comprometida. Por isso mesmo as leis n.º 12.153/2009 e n.º 10.259/2001 não permitem tramitarem nos Juizados Especiais da Fazenda Pública e nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos, pois em ações coletivas os valores totais envolvidos superam em muito o valor de competência dos Juizados. Ora, o mesmo pode ocorrer em caso de ajuizamento de múltiplas ações individuais, com idêntico objeto, ainda que cada uma dentro do limite

da Justiça Especial. Se a efetivação de liminares e de sentenças oferecer risco de dano ao interesse público, parece claro justificar sua suspensão. Também nada há de inusitado em um presidente de Turma Recursal dos Juizados da Fazenda Pública examinar pedido de suspensão de liminar e de sentença. Situação muito semelhante já ocorre em mandado de segurança contra ato de Juiz do Juizado Especial, basta ver o que dizem a Lei Estadual n.º 6.459/2002, art. 8.º (PARÁ, 2021a) e o Regimento Interno das Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Estado do Pará (PARÁ, 2021b), artigos 7.º, IV, V; 9.º, II, b; 13.º e 17.º (PARÁ, 2021b). Se a Turma Recursal tem competência para apreciar mandado de segurança contra atos de Juízes dos Juizados Especiais, sua presidência também teria competência para examinar o pedido de suspensão. Diga-se ainda, que no sistema dos Juizados Especiais, não há nenhum empecilho em um Juiz de Direito suspender decisão liminar ou sentença proferida por outro Juiz de Direito. É que considerando os termos do art. 98, I da CF/88, a estrutura hierarquizada prevista para o Poder Judiciário no art. 93, III da CF/88 não se aplica aos Juizados Especiais (BRASIL, 2021a), pois eles, na forma constitucional, são compostos apenas por juízes de direito - inclusive nas Turmas Recursais. Ou seja, nos Juizados Especiais uma decisão de primeira instância proferida por um juiz de direito pode ser legitimamente revista por juízes de direito investidos pela lei no Órgão de 2.º Grau Recursal. Daí que, quando houver perigo de dano ao interesse público ou lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas, é plenamente possível que o presidente de uma Turma Recursal suspenda uma decisão de outro Juiz de Direito de um Juizado Especial, sem que ocorra violação à regra de hierarquia ou de competência funcional. Ademais, o sistema dos Juizados Especiais admite a concessão de

efeito suspensivo a recurso inominado para afastar dano irreparável à parte, art. 43 da Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 2021e). O mesmo ocorre em agravo de instrumento, quando a Turma recursal suspende decisão liminar em antecipação de tutela, artigos 3.º e 4.º da Lei n.º 12.153/2009 (BRASIL, 2021i) c/c os artigos 1.015, I e 1.019, I do CPC. Assim, é coerente e possível, por analogia, a suspensão, pela presidência da Turma Recursal, da eficácia de liminares e de sentenças no sistema dos Juizados Especiais Fazendários, nesse sentido estão STF<sup>6</sup> e STJ<sup>7</sup>.

## 6. AGRAVO DE INSTRUMENTO E EFEITO SUBSTITUTIVO: CONSEQUÊNCIAS EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE SUSPENSÃO

Ainda que o pedido de suspensão seja um instrumento autônomo, o seu uso simultâneo com agravo de instrumento pode ter influência na competência para a sua apreciação. É que a competência para o pedido de suspensão tem ligação direta com o efeito substitutivo decorrente do recurso interposto contra a mesma decisão. Nos termos do art. 1008 do CPC, um dos efeitos do resultado do julgamento do recurso é o de substituir a decisão recorrida. Essa substituição é importante para se verificar qual é a decisão a ser suspensa. De maneira geral, entende-se por efeito substitutivo a possibilidade de o recurso substituir a decisão *a quo* recorrida naqueles

capítulos efetivamente enfrentados, desde que haja o recebimento e apreciação do mérito recursal. Os principais alicerces do fenômeno da substituição são a relação hierárquica do órgão *ad quem* e a competência funcional para eventual incidente de suspensão. Só será possível falar em efeito substitutivo, portanto, nos casos de recursos interpostos e conhecidos (providos ou não). Ocorrendo a substituição da decisão recorrida por outra do Tribunal, também deve ser alterada a competência funcional para o incidente. Com a apreciação do mérito recursal, a decisão de 1º grau passa a ser substituída por outra da respectiva Corte, unipessoal ou colegiada. Isso refletirá diretamente na autoridade competente a apreciar o pedido de suspensão. Assim, a competência para o pedido de suspensão pode ser alterada, caso ocorra o efeito substitutivo da apreciação meritória do recurso interposto contra essa decisão. Exemplo disso seria a ação proposta em um Juizado Especial da Fazenda com tutela provisória, concedida e simultaneamente impugnada por agravo de instrumento e por pedido de suspensão. Se o agravo de instrumento for trancado por decisão unipessoal do Juiz da Turma Recursal, mantém-se a competência da presidência dessa Turma para a apreciação do pedido de suspensão. O mesmo ocorre caso seja indeferido o pedido de efeito suspensivo (com a continuidade do processamento recursal) antes da apreciação do incidente. Por outro lado, a competência da presidência da Turma Recursal se move ao Grau Superior caso seja apreciado (provido ou improvido) o mérito do agravo de instrumento, com substituição da decisão agravada ou quando a decisão a ser objeto do incidente é originária de membro do próprio Tribunal de Justiça ou Regional<sup>32</sup>. Deve, portanto, o intérprete ter muita cautela em relação às variações das situações jurídicas, sendo certo que, se de um lado há previsão legal

<sup>6</sup> RE 586789 / PR – Paraná. Recurso extraordinário, relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 16/11/2011, publicação: 27/02/2012, órgão julgador: Tribunal Pleno. Repercussão geral – mérito, fonte: acórdão eletrônico: DJE-039, divulg. 24-02-2012, public. 27-02-2012, RTJ, vol-00223-01, pp-00590.

<sup>7</sup> AgRg no MS 11874 / DF Agravo regimental no mandado de segurança 2006/0109372-0. Relator(a) Ministra Laurita Vaz (1120), Órgão Julgador - Corte Especial. Data do Julgamento 19/12/2007, Publicação/Fonte: DJ 18/02/2008 p. 20.

de uso simultâneo do agravo de instrumento e do pedido de suspensão contra decisão de 1.<sup>a</sup> Instância; de outro, a apreciação meritória do primeiro desloca a competência para exame do segundo para um dos Tribunais Superiores em decorrência do efeito substitutivo recursal (ARAÚJO, 2020).

## CONCLUSÃO

O pedido de suspensão de liminares e/ou de sentenças não tem previsão expressa no sistema normativo aplicável aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, leia-se: leis n.º 12.153/2009, n.º 9.099/1995 e n.º 10.259/2001; Lei do Estado do Pará n.º 6.459/2002 e no regimento que regula as Turmas Recursais desse Ente Federativo. Em caso de demandas de massa, em que decisões liminares ou sentenças causem os danos à ordem, educação, economia e saúde públicas, essa medida pode ser aplicada. Preenche-se lacuna no sistema normativo dos Juizados Especiais da Fazenda Pública por meio de analogia legal. Nessa situação específica, semelhanças relevantes autorizam a formulação de pedido à presidência da Turma Recursal dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e eventual suspensão eficácia de liminares e de sentenças proferidas em processos que tramitam nos respectivos Juizados, com base nas leis federais n.º 8.437/92 (art. 4.º) (BRASIL, 2021d) e 12.016/09 (art. 15.º) (BRASIL, 2021h).

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A competência para o pedido de suspensão e a interpretação dos tribunais superiores. **R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro**, Belo Horizonte, ano. 28, n. 111, p. 169-172, jul./set.

2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2.reimp. São Paulo: Polis: UNB, 1991. p. 585-586.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 5 out. 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: 26 jan. 2021a.

BRASIL. **Lei n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984**. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/busca/search?keyword=7.244%2F1984&f1-tipoDocumento>. Acesso em: 1 fev. 2021b.

BRASIL. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 20 jan. 2021c.

BRASIL. **Lei n.º 8.437, de 03 de junho de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm). Acesso em: 10 fev. 2021d.

BRASIL. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre o Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acesso em: 17 fev. 2021e.

BRASIL. **Lei nº 9.507 de 12 de novembro de 1997.** Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Disponível em: [BRASIL. \*\*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. Disponível em: \[BRASIL. \\*\\*Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.\\*\\* Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: \\[BRASIL. \\\*\\\*Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.\\\*\\\* Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: \\\[BRASIL. \\\\*\\\\*Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.\\\\*\\\\* Código de Processo Civil. Disponível em: \\\\[CABRAL, Antônio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. \\\\\*Revista de Processo\\\\\*. São Paulo: RT, n. 149, p. 370, 2007.\\\\]\\\\(http://www.planalto.gov.br/ccivil\\\\_03/\\\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 4 jan. 2021j.</a></p></div><div data-bbox=\\\\)\\\]\\\(http://www.planalto.gov.br/ccivil\\\_03/\\\_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm. Acesso em: 17 fev. 2021i.</a></p></div><div data-bbox=\\\)\\]\\(http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 17 fev. 2021h.</a></p></div><div data-bbox=\\)\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/LEIS/2001/L10259.htm. Acesso em: 10 fev. 2021g.</a></p></div><div data-bbox=\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm#:~:text=Regula%20o%20direito%20de%20acesso,rito%20processual%20do%20habeas%20data.&text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.&text=2%C2%B0%20O%20reque- rimento%20ser%C3%A1,de%20quarenta%20e%20oito%20horas. Acesso em: 20 jan. 2021f.</a></p></div><div data-bbox=)

CANOTILLO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra, 2001. p. 105-106.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 908-931.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991. p. 160-163.

DIAS, Jean Carlos. O problema dos julgamentos políticos na experiência processual brasileira. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 14, mai. 2004.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** 17. ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020a. p. 248, v. 1.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** 22. ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020b. p. 91-93, v. 1.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil.** 15. ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020c. p. 585, v. 2.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil.** 17. ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020d. p. 77-126, v. 3.

DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil.** 14. ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020e. p. 61, v.4.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 288 - 293. Tradução: J. Batista Machado.

FERRAZ, Sergio. **Mandado de segurança**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 369-370.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados especiais da fazenda pública: comentários à lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 37.

GOMES, Rogério Zuel. **Princípios constitucionais e direitos fundamentais, contribuições ao debate**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 39.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. **Controle da competência adequada no processo civil**. 2018. Tese (Doutorado)– Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 121.

LIMA LOPES, José Reinaldo. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 120.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 78.

LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 4.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ação Popular**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 61.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência**. Curitiba: Juruá, 2006. p.232.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. São Paulo: LEJUS, 1999. p.164.

PARÁ. **Lei nº 6.459, de 22 de maio de 2002**. Dispõe sobre o Sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Pará, sua finalidade, organização, composição e competência, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/ VisualizarArquivo?idArquivo=10059](http://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=10059). Acesso em: 17 fev. 2021a.

PARÁ. **Resolução nº 008, de 18 de junho de 2012**. Dispõe sobre o Regimento Interno das Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Estado do Pará. Diário de Justiça n.5049, jun. 2012. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=8540>. Acesso em: 17 fev. 2021b.

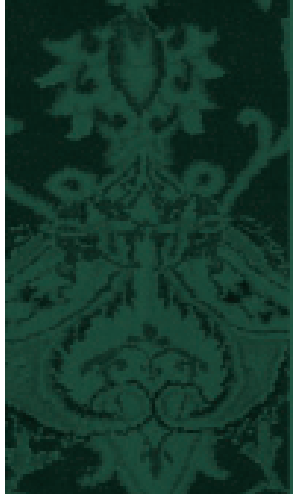
ROBERTO GRAU, Eros. **Despesa pública, princípio da Legalidade, decisão judicial**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 191, p. 315-331, 1993.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Celeridade processual versus segurança jurídica. *Revista de processo*. São Paulo, v. 30, n. 120, p. 293, fev. 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26-29, v. 2.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 190-191.





## Assunta Maria Fiel Cabral

A PEDAGOGIA DA ESPERANÇA NO ATENDIMENTO DE VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DE ATOS INFRACIONAIS: A EXPERIÊNCIA DO SERVIÇO SOCIAL NA 2ª VARA DE INFÂNCIA E JUVENTUDE DE BELÉM-PA

### Resumo

Trabalho que apresenta experiência desenvolvida pelo Serviço Social, por meio do Projeto Sala de Espera, na 2ª Vara de Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, atinente aos preceitos que emanam da Resolução 253/2018 do Conselho Nacional de Justiça. O projeto é desenvolvido para atender vítimas e testemunhas de atos infracionais, enquanto aguardam a chamada para audiência. Tem como base teórica os aportes da Pedagogia da Esperança, de Paulo Freire, demonstrando que das dificuldades podem surgir possibilidades, que a realidade é dinâmica e deve ser transformada, portanto se existe um problema, por certo existem uma ou mais soluções, pois é possível desvelar possibilidades para superação de traumas, sofrimentos e adversidades. A intervenção é efetivada por instrumentais técnicos operativos de acolhimento e observação, associados à técnica de relato grupal, momento em que cada participante faz sua narrativa sobre o episódio experienciado. Ao término do momento grupal, são realizadas reflexões e encaminhamentos à rede de serviços, conforme demandas apresentadas e vontade da pessoa participante.

**Palavras-chave:** Ato infracional. Esperança. Superação.

### Abstract

Work that presents experience developed by the Social Work, through the Waiting Room Project, in the 2nd Court of Childhood and Youth of the Court of the State of Pará, regarding the precepts emanating from Resolution 253/2018 of the National Council of Justice. The project is designed to serve victims and witnesses of infringing acts while awaiting the hearing call. It has as theoretical base the contributions of Paulo Freire's Pedagogy of Hope, showing that from the difficulties can arise possibilities, that the reality is dynamic and must be transformed, therefore, if there is a problem, there are certainly one or more solutions, because it is possible to unveil possibilities for overcoming trauma, suffering and adversity. The intervention is carried out through the reception and observation operative technical instruments associated with the group reporting technique, at which time each participant makes his narrative about the experienced episode. At the end of the group moment, reflections are made and referrals to the service network, according to the demands presented and will of the participating person.

**Keywords:** Infringement Act. Hope. Overcoming.

# A PEDAGOGIA DA ESPERANÇA NO ATENDIMENTO DE VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DE ATOS INFRACIONAIS: A EXPERIÊNCIA DO SERVIÇO SOCIAL NA 2ª VARA DE INFÂNCIA E JUVENTUDE DE BELÉM-PA

THE PEDAGOGY OF HOPE IN THE SERVICE OF VICTIMS AND WITNESSES OF INFRACTIONAL ACTS: THE EXPERIENCE OF SOCIAL SERVICE AT THE 2<sup>nd</sup> CHILDHOOD AND YOUTH COURT IN BELÉM-PA

Assunta Maria Fiel Cabral\*

\*Analista Judiciário – Assistente Social do Tribunal de Justiça do Estado do Pará; Possui Mestrado em Educação Brasileira pela Universidade Federal do Ceará - UFC; Professora de ensino superior. E-mail: [assunta.cabral@tjpa.jus.br](mailto:assunta.cabral@tjpa.jus.br). Endereço institucional: Rua Tomázia Perdigão, nº 240 - Bairro: Cidade Velha.

## INTRODUÇÃO

**"No meio do caminho, tinha uma pedra  
Tinha uma pedra"  
No meio do caminho  
(Carlos Drummond de Andrade, 1928)**

Os versos do poeta Drummond nos falam das pedras que existem em nossos caminhos cotidianos, umas mais leves, outras mais pesadas, todavia sempre possíveis de serem retiradas, quando nos determinamos a trilhar um caminho de perspectivas e superação das dificuldades.

As pessoas que sofrem algum tipo de violência, seguramente vivenciam situações de risco e vulnerabilidade social, e, muitas vezes, guardam consigo o trauma vivido, encontrando dificuldades para superação. Percebe-se então que o ser humano é frágil e vulnerável, diante de uma sociedade marcada por expressões da questão social, em que se inserem as

demandas e os problemas decorrentes da violação de direitos e de ausência de cidadania. A concepção de questão social está ancorada na contradição existente entre capital e trabalho do modo de produção capitalista que origina fenômenos sociais decorrentes das desigualdades da sociedade.

O cotidiano de intervenção na 2ª Vara de Infância e Juventude é notadamente marcado pelo atendimento de pessoas que foram vítimas ou testemunhas de atos infracionais, praticados por adolescentes que trazem como concretude a violência experienciada e suas conseqüentes sequelas emocionais.

Neste contexto, o Serviço Social atua através do projeto "Sala de Espera", atinente às orientações que emanam do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, concernente à Resolução 253/2018, que "define a



política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes a atos infracionais”, exatamente para possibilitar que essas vítimas e testemunhas possam ter um atendimento com base na humanização, que respeita e acolhe esses sofrimentos e atua na perspectiva da superação, concordando com o que preceitua Barbosa (2013).

A humanização se configura como uma aposta ética, estética e política. Ética, pois implica que usuários, gestores e trabalhadores estejam comprometidos com a melhoria do cuidado; estética porque permite um processo criativo e sensível da produção da saúde por sujeitos autônomos e protagonistas de um processo coletivo e político porque engendra a organização social e institucional, onde se espera que haja solidariedade dos vínculos estabelecidos, dos direitos dos usuários e da participação coletiva do processo de gestão. (BARBOSA et al, 2013).

Na esfera dos serviços jurídicos, a humanização nos atendimentos já é adotada de forma concreta em vários espaços de atuação, consoante o processo de edificação do sistema de garantia de direitos, estabelecido desde a Constituição. O social é o campo de conhecimentos e intervenções em que se inserem as necessidades humanas, por isso é amplo, plural, diverso e transversal a todas as áreas, trazendo no seu interior os princípios da igualdade, da democracia e da equidade como elementos precípuos do seu devir cotidiano.

A multidimensionalidade do social se fundamenta na conexão que faz com a realidade, portanto com um complexo campo de determinações e construções históricas que se movimentam intermitentemente diante de uma realidade marcada pelas adversidades

à garantia de direitos. Nesse processo, o elemento fundante é a dimensão do bem-estar humano e a garantia de direitos, necessária à efetivação de cidadania.

Embasado por estes pressupostos, o trabalho desenvolvido pelo Serviço Social se alicerça num modelo humanizador, referenciado por pressupostos éticos que consubstanciam o respeito à condição humana, o sigilo profissional, e o reconhecimento da diversidade cultural, religiosa, étnica, política, bem como o respeito às diferenças. No interior dessa premissa circunscreve-se um conjunto de normas, valores e procedimentos que devem nortear as relações entre as pessoas, todos baseados em preceitos de respeito, solidariedade e veracidade.

Nos últimos anos, o judiciário tem encampado novas possibilidades de ação, ampliando seu campo social de intervenção, imbricado nos princípios da universalização dos direitos humanos e sociais, mas especificamente, com a judicialização de diversas expressões da questão social, como é o caso da atenção às vítimas.

Nessa direção, o presente artigo traz, no âmbito desta nova forma de desenvolvimento da justiça, a experiência do Projeto Sala de Espera, para atendimento de pessoas vitimizadas por atos infracionais.

## 1. A METODOLOGIA INTERVENTIVA

A Metodologia é uma preocupação instrumental que estabelece as técnicas que devem ser utilizadas para se chegar à efetivação de um trabalho ou investigação. Para o Serviço Social, sua intervenção profissional

é sempre mediada pela instrumentalidade técnica e operativa, que possibilita a fluidez metodológica e a identificação das diferentes expressões do objeto de intervenção. O desenvolvimento de um trabalho social, para atendimento de pessoas em situação de violência, é concebido dentro de um campo de alta complexidade, necessitando preparo técnico para intervenção. No Projeto Sala de Espera, a processualidade metodológica é operacionalizada tendo como base a Pedagogia da Esperança de Paulo Freire<sup>1</sup>, cuja centralidade demonstra que das adversidades podem surgir as possibilidades, que a realidade é dinâmica e deve ser transformada, portanto se existe um problema, por certo existem uma ou mais soluções.

Os instrumentais técnicos-operativos de abordagem, acolhimento, orientação e encaminhamento que, de forma entrelaçada, atuam para que o trabalho se desenvolva em etapas processuais:

**Primeiro momento:** Inicia com **abordagem e acolhimento**, procedimentos realizados quando vítimas e testemunhas aguardam para serem atendidas. Em seguida, de acordo com a manifestação da vontade pessoal e decisão de participar, são levadas à sala reservada para atendimento grupal, local em que a dinâmica se desenvolve, primeiramente com a apresentação das pessoas partícipes, em seguida, iniciam as narrativas das pessoas sobre a experiência que viveram.

É importante ressaltar que o grupo formado é aberto, de uma sessão só, com pessoas oriundas

de diversos territórios, com suas particularidades, subjetividades, culturas e também diferenças, uma vez que não se conhecem, porém possuem o vínculo de terem experienciado situações de violências, o que de modo geral, facilita o momento de convivência grupal, pois que o sentimento de solidariedade se aflora, aproximando as pessoas naquele momento de grupalização. As atividades do Projeto Sala de Espera ocorrem três vezes por semana, nos dias em que acontecem as audiências.

No **segundo momento**, a intervenção se processa através da atividade grupal, que é mediada pelo diálogo, compreendido como “o encontro entre os seres, intermediado pelo mundo, para (re) nomear esse mundo”. (FREIRE, 2016). O diálogo é, portanto, um processo de formulação de ideias que se manifestam através da expressão vocabular, e, neste caso, das experiências vivenciadas, que ao serem compartilhadas, possibilitam a integração e o desabafo.

Para construir esse diálogo, tem-se como referência o pensamento relacional que propicia o movimento e o encadeamento das coisas, estabelecendo conexão das múltiplas determinações existentes entre os problemas vividos e a realidade presente, desvelando para a pessoa atendida a compreensão do(s) problema(s) no contexto em que se insere.

Este também é o momento de potencializar a pessoa como sujeito de direitos, ser criativo e transformador, capaz de lutar e transformar sua realidade, oportunidade em que são desenvolvidas reflexões para estimular o encorajamento e o enfrentamento dos problemas e desafios postos,

<sup>1</sup> FREIRE, Paulo. Educador; Professor; Pesquisador; principal teórico da Pedagogia da Esperança.

depreendendo-se daí as possibilidades de crescimento do ser social e as possibilidades de superação dos traumas e sofrimentos experienciados.

Esse processo de intervenção grupal é ainda permeado pelos seguintes pressupostos:

- a) A pessoa participante é sujeito de direitos, ser social criativo e transformador.
- b) A realidade é dinâmica, está em permanente movimento e pode ser transformada.
- c) A pessoa participante é estimulada em sua resiliência para construir novas determinações e conseguir superar traumas e sofrimentos.

Ao final da atividade grupal, dependendo de cada situação e da vontade pessoal, participantes são encaminhados/as para atendimento na rede de serviços.

## 2. CONSTRUINDO RESULTADOS QUALITATIVOS

Neste complexo campo de refrações em que a violência e a ilicitude se inserem, de modo geral, assumem a característica da banalização, tornando-se uma experiência presente no cotidiano de vida de milhares de pessoas. Sob esse prisma, compreende-se o trabalho dentro de um campo de alta complexidade, a ser desenvolvido como um ato político que referencia a intencionalidade de construir espaços de reflexão e acolhimento para minimizar sofrimentos e dissensões dos sujeitos envolvidos.

Esta intencionalidade é fundamentada nos pressupostos de FREIRE (1992) com a Pedagogia da Esperança, que foi desenvolvida para complementar

seus estudos sobre a Pedagogia do Oprimido. Se na Pedagogia do Oprimido, coloca as pessoas oprimidas no palco da história, problematizando a luta de classes e enfocando suas histórias, suas lutas, seus problemas, valorizando o saber cotidiano construído, na Pedagogia da Esperança, ele vem demonstrar que das adversidades podem surgir as possibilidades, de que a realidade é dinâmica e deve ser transformada, portanto, se existe um problema, por certo existe uma ou mais soluções.

De acordo com Gadotti (2001:42). “Não devemos repetir Freire, mas reinventá-lo, como ele mesmo dizia”. Com base nessa premissa, o Projeto Sala de Espera se desenvolve, reinventando a práxis, para atender às pessoas como sujeitos históricos e sociais, seres capazes de superar as adversidades e conquistar novas possibilidades de vida. A Pedagogia da esperança é reinventada em cada possibilidade desvelada e na concretude de uma nova realidade que é construída.

Freire (1992) reflete que “enquanto necessidade ontológica a esperança precisa da prática para tornar-se concretude histórica”. Sob essa ótica, o processo de intervenção acredita nas possibilidades existentes na realidade histórica e busca nelas os mecanismos de enfrentamento e superação dos problemas para conquista da felicidade. É importante ressaltar que as atividades da Sala de Espera se realizam três vezes por semana, adstritas aos dias em que são realizadas as audiências da Vara.

Desde o início das atividades, em abril / 2019, o Projeto Sala de Espera, já atendeu 58 pessoas, sendo 31 vítimas e 27 testemunhas, quantificadas a seguir:

**Quadro 1 – Quantificação de atendimentos  
(abril a dezembro/2019)**

MESES	VÍTIMAS	TESTEMUNHAS	TOTAL
ABRIL	04	02	06
MAIO	07	05	12
JUNHO	02	01	03
JULHO	02	0	02
AGOSTO	04	05	09
SETEMBRO	03	01	04
OUTUBRO	01	05	06
NOVEMBRO	04	06	10
DEZEMBRO	04	02	04
TOTAL GERAL	31	27	58

Fonte: Fichas de atendimento do Projeto Sala de Espera

Como é possível observar, são atendidas mais vítimas do que testemunhas na atividade grupal, isto se deve ao fato de que a participação é opcional e muitas testemunhas, policiais militares, civis ou guardas municipais, não aceitam participar. Um aspecto importante se refere aos tipos de infrações que foram registradas nos processos: ameaça (07), roubo (03), roubo majorado (22), homicídio qualificado (03), injúria (01), lesão corporal (08), tentativa de homicídio (02), tráfico de drogas (2) e danos ao patrimônio (03).

No desenvolvimento da atividade grupal, após os relatos das experiências, as pessoas partícipes deixam uma mensagem sobre o que experienciaram, a maioria demonstra esperança por um mundo de paz e algumas demonstram surpresa por saberem que existe um projeto dessa natureza que alguém no âmbito do serviço público se preocupa com seu sofrimento. Vejamos algumas dessas mensagens das vítimas:

Aqui senti sinais de solidariedade. Tento manter a chama da solidariedade acesa, nem sempre é possível, mas, hoje, aprendi um pouco que a intenção sendo boa, o fato já vale a pena, independente do que acontecer". (K.R, em 02/05)

Hoje estou numa audiência onde fui recepcionado pelo Projeto Sala de Espera que está procurando saber como estou me sentindo após o assalto que sofri, é bom saber que as vítimas estão tendo um acompanhamento e espero que os autores também estejam. (W.D, em 04/06).

Gostei muito de ter conversado, desabafei e fiquei muito tranquila e segura com tudo. Obrigada por me deixar segura! (T.M; Cozinheira, em 11/11/19).

No tocante às testemunhas, verifica-se também a insatisfação ao momento conjuntural vivido, quanto à expansão da violência:

Que todos no Brasil e no mundo, podemos viver em um mundo de paz e amor e harmonia. (J.S, em 29/04)

Dias melhores para todos, em especial ao caos que vive a Segurança Pública no País. Governos novos e ações voltados às minorias na busca pela tão sonhada tranquilidade pública. (J.S, em 07/05)

A estrutura familiar é um dos pilares da nossa juventude, onde através dela nossas crianças possam mudar em muitos aspectos, nossa sociedade em geral, principalmente no que diz respeito à violência e educação em nosso país.

(N. B.C.B, Policial Militar, em 04/11/19)

Muitas mensagens deixadas pelas pessoas partícipes demonstram a insatisfação com insegurança pública. Porquanto um campo difícil de intervenção, atomizado pelas latentes expressões da questão social que entrelaçam pessoas nas mais diversas experiências de violências. No âmbito desse processo interventivo

de contradições, oficializa-se um compromisso que encontra fundamento na análise da realidade cotidiana, na crença nos direitos, na dignidade humana, na potencialização dos sujeitos envolvidos e nas possibilidades de mudança e transformação. Por outro lado, verifica-se também, muitas manifestações de agradecimento e também surpresa pelo atendimento e participação na atividade, porque, de modo geral, vítimas e testemunhas não são consideradas no âmbito de suas dores e sofrimentos. Nesta direção, fica também constatado o desconhecimento existente, acerca da Resolução 253, do Conselho Nacional de Justiça e de suas competências, ao que se percebe a necessidade de maior divulgação e publicização das legislações e das competências dos órgãos de justiça.

Há que se ressaltar, acerca das demandas manifestadas pelas pessoas atendidas, no tocante à saúde e a direitos sociais, que foram realizados vários Encaminhamentos à rede de serviços, consoante necessidade apresentada. Vale destacar que o Encaminhamento é um instrumental técnico operativo do Serviço Social e se constitui uma ferramenta de trabalho para possibilitar o acesso da população aos serviços públicos, em que o instrumental e a técnica se constituem uma unidade dialética, refletindo o uso criativo do instrumental mediado pela habilidade técnica.

## REFLEXÕES FINAIS

O Projeto Sala de Espera é um espaço de atuação profissional para o Serviço Social, ancorado no projeto ético-político da profissão, para atender a demanda preconizada na Resolução 253/18 do Conselho Nacional de Justiça. Assim é que o trabalho realizado vem oportunizando tirar da

invisibilidade as situações de violências e suas consequências no âmbito das vítimas e testemunhas de atos infracionais, esse segmento que sofre duplamente as consequências das violências do ato infracional, pois que sofrem o impacto e o trauma provocado pelo ato infracional, bem como têm que reviver as lembranças desses momentos de infortúnio, todas as vezes em que precisam cumprir as obrigações de relatos e depoimentos, junto às Instituições de Segurança Pública e Justiça. Há que se ressaltar, sobre o adoecimento psíquico que grande número de pessoas adquire, após sofrer violência, uma questão de saúde a ser mais bem referenciada no âmbito das políticas de saúde. De acordo com os atendimentos realizados, foram verificadas situações de graves violências sofridas e/ou presenciadas, como homicídio, tentativa de homicídio e roubo majorado com ameaça de estupro, denotando um contexto de situações de alta complexidade, que envolve a desigualdade e a exclusão social, pois que, a maioria absoluta dos/as adolescentes que cometem atos infracionais, são oriundos de famílias de baixa renda, residem nas periferias das cidades da região metropolitana de Belém, sendo mais prevalente, o município de Ananindeua que é limítrofe. Composto essas características, destaca-se a baixíssima escolaridade, posto que, em sua maioria, abandonam a escola antes de terminar o ensino fundamental.

Nesse contexto tão adverso à garantia de direitos, são fundamentais a análise e a interpretação das circunstâncias e do contexto social existentes, para não se examine apenas a aparência dos fatos, pois a realidade é dinâmica e relacional, e a questão criminalidade na adolescência é adstrita a um campo de complexa análise e intervenção.

Assim é que a esperança se coloca nessa realidade, não apenas como um sonho, mas como uma força propulsora do devir cotidiano, rumo à construção de uma realidade com igualdade, equidade, em que a humanização será preponderante no convívio social, substituindo a realidade antagônica pela plena civilidade, ainda existente.

O Serviço Social, nas diversas expressões da questão social com que trabalha, depara-se sempre com um contexto de desigualdades, com sofrimentos e a ausência da garantia de direitos. No tocante, às vítimas e testemunhas de atos infracionais até então atendidas, na sua maioria, pessoas trabalhadoras, também vivenciando as mazelas das desigualdades sociais, são duplamente vitimizadas e vulnerabilizadas, pois além da vivência em uma sociedade marcada pelas adversidades, são atingidas por violências e danos dos atos infracionais.

A partir das situações que são identificadas, abrem-se possibilidades de intervenção, num processo dinâmico de mediações, impulsionadas por nexos causais que se estabelecem, na medida em que se adentra na realidade e se estabelecem as conexões dentro do contexto social existente.

É possível compreender que as situações de violências experienciadas por essas pessoas acolhidas no Projeto Sala de Espera são o corolário de uma questão mais abrangente, que é a criminalidade na adolescência, uma triste e difícil realidade, enraizada principalmente na pobreza, na desigualdade e na exclusão social, dentre outros, como evidenciam os estudos das situações que adentram nesta Vara de Infância e Juventude.

Fica evidente então que as experiências de trabalho possibilitadoras de amparo, orientações e encaminhamentos de pessoas vulnerabilizadas, como de fato, aduz o Projeto Sala de Espera, são de grande importância, ao trazerem atenção e atendimento, contribuindo para minimizar dores e sofrimentos.

Configura-se também, como um espaço de intervenção no campo sociojurídico, onde o Serviço Social objetiva contribuir para humanização do espaço institucional e fortalecimento do projeto ético, político e societário da profissão. Tal assertiva, encontra consonância com o que estabelece Borgianni:

O Serviço Social brasileiro construiu, nos últimos trinta anos, um projeto profissional que o coloca em uma perspectiva de resistência à exploração capitalista. Um projeto que tem potencial para capacitar os profissionais para um desempenho qualificado nos diversos campos onde atua, iluminando-os para que articulem suas ações cotidianas a sujeitos coletivos que também se mostrem empenhados tanto no acesso a direitos como na busca da construção de outra ordem societária. Esse projeto contém um conjunto de referências técnicas, teóricas, éticas e políticas para o exercício profissional, e está lastreado na perspectiva crítica e ontológica de análise da realidade social, tendo como pressuposto que a sociedade burguesa gera limites intransponíveis para se alcançar a real emancipação do ser social. (BORGIANNI, 2013: p.430)

Seguindo nesta mesma direção, o Projeto Sala de Espera traduz mais um espaço propulsor de ação profissional, que propugna desenvolver acolhimento e empoderamento de pessoas vitimizadas pela violência, ajudando-as e vislumbrar um caminho de superação, fortalecendo a resistência e impulsionando



novas possibilidades. De acordo com Borgianni (2013, p. 439) "Nosso papel não é o de 'decidir', mas o de criar conhecimentos desalienantes a respeito da realidade sobre a qual vai se deliberar naquilo que se refere à vida de pessoas".

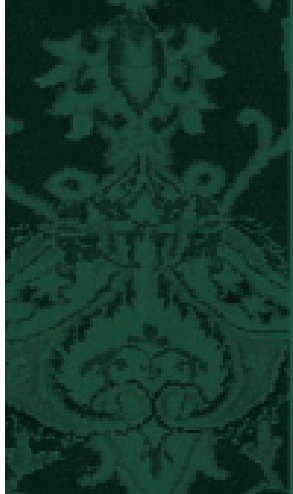
A experiência do Projeto Sala de Espera, na 2ª Vara de Infância e Juventude, demonstra que esta área de intervenção é necessária e profícua, para um trabalho mais amplo e articulado, tanto internamente no âmbito do Tribunal de Justiça, como também, com parcerias interinstitucionais.

## REFERÊNCIAS

- ARCOVERDE, A.C.B. A família como núcleo socializador. In: **Mediação de Conflitos e Família**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2002.
- BARBOSA, S et al. **Política Nacional de Humanização e formação dos profissionais de saúde: revisão integrativa**. Revista Brasileira de Enfermagem, n. 66. Brasília, 2013. P. 123-127
- BORGIANNI, E. **Para entendermos o Serviço Social na área sociojurídica**. Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez. n. 115, p. 407-442, jul./set. 2013.
- BRAZ, M; TEIXEIRA, J.B. **O projeto ético - político do Serviço Social**. In: Serviço Social: Direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS, 2010.
- FREIRE, P. **Pedagogia da esperança: Um reencontro com a pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- FREIRE, P. **Pedagogia da indignação: Cartas pedagógicas e outros escritos**. São Paulo: Editora UNESP, 1999.
- FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.
- FREIRE, P. **Conscientização**. Tradução de Tiago José Risi Leme. São Paulo: Cortez, 2016.
- GADOTTI, M. **Um legado de esperança**. São Paulo: Cortez, 2001
- NOVAIS, M. et al. **A sala de espera como local de acolhimento interdisciplinar a vítimas de violência conjugal**. São Paulo: Caderno Espaço Feminino, v. 17, n. 01, Jan./Jul. 2007.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. **Projeto Sala de Espera**. 2ª Vara de Infância e Juventude do. Equipe Multidisciplinar. Belém, 2019







Caio Neno Silva Cavalcante

Ophir Filgueiras Cavalcante Junior

TITULARIDADE DE EMPRESAS POR SERVIDORES PÚBLICOS:  
UMA ANÁLISE EXPLORATÓRIA DOS POSICIONAMENTOS  
MAIS RECENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### Resumo

O presente trabalho tem como objetivo traçar um panorama conclusivo a respeito da relação entre servidores públicos e titularidade de empresas. Para tanto, busca explorar os mais recentes pareceres jurídicos e manuais da Administração Pública a respeito do tema, bem como algumas posições relevantes do Judiciário. Conclui-se que o servidor público federal não pode exercer atividade empresarial como MEI ou empresário individual porque estas formas exigem, em regra, personalidade e habitualidade no exercício da atividade econômica. Em contrapartida, quanto à extinta EIRELI, o mero ato formal de constituição desta forma empresarial não se apresentava como irregular, pois não representava, em si, qualquer ato de administração ou gerência. Mesmo com a transformação das EIRELI em Sociedades Limitadas Unipessoais (SLU), não se vislumbra novos riscos aos servidores públicos federais, visto que a SLU, como sociedade limitada, também não encontra qualquer óbice para a administração ou gerenciamento por terceiros.

**Palavras-chave:** Servidor público. Titularidade de empresa. Administração Pública.

### Abstract

This work aims to draw a conclusive panorama regarding the relationship between public servers and company ownership. To this end, it seeks to explore the most recent legal opinions and manuals from the Public Administration on the subject, as well as some relevant positions of the Judiciary. It is concluded that a federal public servant cannot exercise any business activity as MEI or individual entrepreneur because these forms require, as a rule, personality and habituality in the exercise of economic activity. In contrast, as for the extinct EIRELI, the mere formal act of constituting this business form does not appear to be irregular, as it does not represent any act of administration or management. Even with the transformation of the EIRELI into Sole Personal Limited Companies (SLU), there seems to be no new risks for federal public servers, since the SLU, as a limited company, also does not face any obstacle for administration or management by a third party.

**Keywords:** Public servers. Company ownership. Public Administration.

# TITULARIDADE DE EMPRESAS POR SERVIDORES PÚBLICOS: UMA ANÁLISE EXPLORATÓRIA DOS POSICIONAMENTOS MAIS RECENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

COMPANY OWNERSHIP BY PUBLIC SERVERS: AN EXPLORATORY ANALYSIS OF THE PUBLIC ADMINISTRATION'S MOST RECENT OPINIONS

Caio Neno Silva Cavalcante\*  
Ophir Filgueiras Cavalcante Junior \*

\* Advogado. Mestrando em Direito na Universidade Católica de Brasília – Linha de Pesquisa de Direito, Estado, Tributação e Desenvolvimento. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Bacharel em Engenharia de Controle e Automação pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: caionsc@gmail.com.

\*\* Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Honorário da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Presidente do Conselho Seccional da OAB/PA (2001-2006). Presidente do Conselho Federal da OAB (2010-2013). Presidente da União dos Advogados de Língua Portuguesa – UALP (2011-2012). Presidente do Comitê Nacional para o Brasil da Union Internationale des Avocats – UIA (2010-2013). Procurador-Geral do Estado do Pará (2016-2018). E-mail: ophir.cavalcante@oc.adv.br.

## INTRODUÇÃO

O art. 117, Lei nº 8.112/90, traz as proibições para o servidor público federal. Especificamente, o art. 117, X, Lei nº 8.112/90, trata da proibição, ao servidor público, de participar de qualquer atividade que envolva a gerência ou administração de sociedade privada, bem como de exercer o comércio, seja dentro da repartição ou fora dela (art. 117, X, primeira parte, Lei nº 8.112/90). Vale dizer que a nomenclatura “comércio” já vem sendo modernamente substituída por “atividade empresarial”.

A regulamentação da aplicação do art. 117, X, Lei nº 8.112/90, se dá por meio da Portaria Normativa nº 06/2018, do Ministério do Planejamento (MPOG), contudo, mesmo a norma regulamentadora frequentemente necessita de esclarecimentos específicos dos órgãos de controle e do Judiciário, dada a miríade de situações fáticas possíveis envolvendo a titularidade de empresas por servidores públicos. Nesse sentido, a Controladoria Geral da

União (CGU) tem se posicionado, nos últimos anos, por meio de pareceres, para sanar dúvidas quanto à aplicação prática desta vedação legal.

O objetivo deste trabalho, portanto, é explorar alguns destes pareceres, bem como o manual da CGU a respeito do tema e outros entendimentos significativos da Administração Pública, bem como algumas posições relevantes do Judiciário, de modo a poder traçar um panorama conclusivo a respeito da relação entre servidores públicos e titularidade de empresas.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De maneira simples, o Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU conceitua o administrador como aquele designado pelo contrato

social ou outro ato societário, com amplos poderes de coordenação e mando das atividades societárias. O gerente, por sua vez, é o empregado da sociedade contratado para gerir os negócios, comprando insumos, contratando e dispensando mão de obra, assinando contratos, dentre outros (BRASIL, 2019a, p. 219).

De acordo com este Manual, os dois objetos que são protegidos pela norma do art. 117, X, Lei nº 8.112/90, são: (i) a dedicação e compromisso do servidor para com o serviço público; e (ii) a prevenção de potenciais conflitos de interesse entre os poderes inerentes ao cargo público e o patrimônio particular dos servidores, já que em muitas ocasiões poderá haver influência positiva do Poder Público na atividade empresarial (BRASIL, 2019a, p. 217).

Antes de mais nada, deve-se diferenciar pessoa jurídica de direito privado em sentido amplo, sociedade empresária e atividade empresarial. De acordo com o art. 44, Código Civil (CC), as pessoas jurídicas de direito privado são (i) as associações; (ii) as sociedades; (iii) as fundações; (iv) as organizações religiosas; (v) os partidos políticos; e (vi) as empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI).

Acerca desta última figura, vale dizer que houve revogação tácita de sua previsão, constante do art. 44, VI, CC, pelo art. 41, Lei nº 14.195/2021<sup>1</sup>. O próprio Ministério da Economia, por força do recente Ofício Circular SEI nº 3510/2021/ME, de

09 de setembro de 2021, aponta que este dispositivo é totalmente incompatível com a manutenção da EIRELI no ordenamento jurídico pátrio, de modo que “a mencionada revogação tácita ocorreu, nos termos do art. 2º, §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (BRASIL, 2021, p. 1).

Ao se referir à participação em sociedades, o art. 117, X, Lei nº 8.112/90, não abrange a participação dos servidores na gerência ou administração de associações, fundações, organizações religiosas ou partidos políticos, as quais, portanto, não são vedadas por este dispositivo. Isso quer dizer que servidores podem sim participar deste tipo de organizações (BRASIL, 2019a, p. 219).

Ao se referir ao comércio (ou, mais modernamente, à atividade empresarial), no entanto, abrange, além das sociedades privadas, também a atividade do empresário individual. Isso porque empresário é todo aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966, CC). Assim, o art. 117, X, Lei nº 8.112/90, ao proibir que o agente público exerça atos de comércio, está vedando que todo servidor exerça atividade empresarial, ainda que de forma individual (BRASIL, 2019a, p. 226).

Nesse sentido, o art. 3º, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018, traz dois critérios cumulativos para que um servidor público possa ser considerado como exercente de gerência ou administração de sociedade privada.

O primeiro é que a sociedade privada, personificada ou não, esteja em atividade, ainda que irregularmente. Assim, essa proibição inclui,

<sup>1</sup> [CC] Art. 41. As empresas individuais de responsabilidade limitada existentes na data da entrada em vigor desta Lei serão transformadas em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo. Parágrafo único. Ato do DREI disciplinará a transformação referida neste artigo.

também, a gerência de fato (na qual o servidor, apesar de formalmente não ser gerente de uma sociedade privada, em verdade, o é). É o caso do servidor que, não constando do quadro social (ou constando apenas como sócio), se utiliza de um sócio-gerente ou administrador meramente formal, normalmente seu parente próximo, atuando o servidor de maneira oculta como o verdadeiro gestor da sociedade (BRASIL, 2019a, p. 219).

A segunda é que exista atividade efetiva, direta, habitual e com poder de mando do servidor como gerente ou administrador da sociedade privada. É por isso que a mera constância do nome de um servidor público federal no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) ou a mera indicação do servidor como sócio-administrador em um contrato social, não são suficientes para, isoladamente, determinar que um servidor esteja em exercício de gerência ou administração de sociedade privada (art. 5º, III e IV, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018). Nestes casos o ônus da demonstração da efetivação de atos administrativos ou gerenciais pelo servidor cabe a Administração Pública.

O Manual de PAD da CGU, inclusive, aponta que “por diversas vezes, observa-se a manutenção do servidor no contrato social da empresa na qualidade de administrador ou gerente, função esta não exercida pelo agente público efetivamente” (BRASIL, 2019a, p. 223). Isso significa que, se a vinculação de administração ou gerência for meramente formal, o servidor não é alcançado pela proibição. Esse é justamente o conteúdo do Enunciado nº 9, CGU<sup>2</sup>(BRASIL, 2015a).

Importa ressaltar que, se o servidor atuar como sócio acionista, cotista ou comanditário (ou seja, como sócio alheio à administração da empresa, apenas colaborando com capital), sua participação é plenamente possível (art. 117, X, segunda parte, Lei nº 8.112/90). Portanto, o servidor, na qualidade de sócio ou acionista, pode participar das reuniões ou assembleias societárias, ou ainda fiscalizar as atividades da sociedade, posto que estes são poderes intrínsecos à qualidade de participante do contrato de sociedade, que não implicam em gerência ou administração (BRASIL, 2019a, p. 219).

A vedação à participação de servidores em sociedades empresárias também não se aplica nos casos de participação no conselho de administração ou no conselho fiscal de empresas ou entidades em que o ente público remunerador detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros, como constante do art. 117, parágrafo único, I, Lei nº 8.112/90.

Da mesma forma, a vedação não se aplica a servidores no gozo de licença para o trato de interesses particulares, conforme art. 91, Lei nº 8.112/90, e art. 117, parágrafo único, II, Lei nº 8.112/90, regulamentado pelo art. 4º, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018, observada a legislação sobre conflito de interesses.

Quanto à definição de “conflito de interesses”, segundo o art. 3º, I, Lei nº 12.813/2013, considera-se conflito de interesse “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados,

<sup>2</sup> [Enunciado nº 9, CGU] ILÍCITO SÓCIO-GERÊNCIA – ATUAÇÃO FÁTICA E REITERADA. Para restar configurada a infração disciplinar

capitulada no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90, é preciso que o servidor, necessariamente, tenha atuado de fato e de forma reiterada como gerente ou administrador de sociedade privada

que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”, sendo que o diploma legal dispensa a ocorrência de lesão ao patrimônio público, tal qual a percepção de qualquer vantagem pelo agente público ou terceiro, para configuração do referido conflito (BRASIL, 2019a, p. 225).

A respeito do tema da participação de servidores públicos em atividades empresariais quando em licença para tratar de assuntos particulares, dois entendimentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) devem ser destacados.

O primeiro se refere ao fato de que a previsão do art. 117, parágrafo único, II, Lei nº 8.112/90 (de que é possível, para o servidor, a administração ou gerência de empresas durante o gozo de licença para assuntos particulares), não é extensível à licença para tratar de assuntos médicos. Assim, para o STJ, o servidor em licença médica continua obrigado a observar os ditames do art. 117, X, Lei nº 8.112/90<sup>3</sup>.

Outro posicionamento significativo foi tomado pelo STJ em 2019, quando a Primeira Turma da Corte determinou o retorno dos autos ao Tribunal a quo para novo julgamento, tendo afastado a premissa – incorreta, no entender da Turma – de que “a concessão de licença para fins particulares não descaracteriza o vínculo jurídico do servidor com o órgão público a que pertence, motivo pelo qual não pode o licenciado

agir em conflito de interesses com seu empregador estatal, sob pena de caracterização de improbidade administrativa”<sup>4</sup>.

Isso significa que o STJ reafirmou o conteúdo do art. 117, parágrafo único, II, Lei nº 8.112/90. Não há dúvidas, portanto, de que o servidor no gozo de licença para tratar de assuntos particulares pode ser gerente ou administrador de pessoa jurídica.

## 2. PUNIÇÕES

Nos casos de desrespeito ao comando do art. 117, X, Lei nº 8.112/90, a pena-base é de demissão, com fulcro no art. 132, XIII, Lei nº 8.112/90, respeitado, obviamente, o regular procedimento investigatório, na forma do Processo Administrativo Disciplinar (PAD). Assim, nos termos do art. 142, I, Lei nº 8.112/90, a prescrição da ação disciplinar se dará em 5 (cinco) anos. O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido, na forma do art. 142, §1º, Lei nº 8.112/90.

Nesse sentido, vale citar precedente significativo do TRF-1 (AC nº 0006713-87.2005.4.01.3803)<sup>5</sup>, no qual a Segunda Turma afastou argumento do servidor, que defendia que o prazo prescricional para apuração de falta funcional constante do art. 117, X, Lei nº 8.112/90, deveria começar a contar a partir do momento em que sua chefia havia tomado conhecimento do interesse do servidor em montar empresa no ramo de transportes. Por fim, o termo inicial foi considerado como o do efetivo início da

<sup>3</sup> [...] 14. O fato de o servidor estar em licença para tratamento de saúde não o desonera de observar os deveres funcionais e proibições, sendo certo que a vedação da prática da conduta prevista no art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990 - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário - só é legalmente excetuada na hipótese de gozo de licença para o trato de interesses particulares. [...] 17. Ordem denegada. (MS nº 22.828/DF, Rel. Min. Gurgel De Faria, Primeira Seção, j. 13/09/2017, DJe 21/09/2017)

<sup>4</sup> AgInt no AREsp nº 644.039/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 26/02/2019, DJe 15/03/2019c

<sup>5</sup> Apelação Cível nº 0006713-87.2005.4.01.3803, Rel. Juiz Federal Convocado Cleberson José Rocha, Segunda Turma, TRF-1, e-DJF1 06 nov. 2015.



atividade empresarial.

O precedente também consignou que a Lei nº 8.112/90 não impede, de pronto, que o servidor público exerça o comércio em sentido amplo. A restrição ocorre apenas nas hipóteses de participação de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada (ou de empresa individual e EIRELI, conforme já se apresentou).

Outro posicionamento relevante se consolidou na AC nº 0014857-25.2006.4.01.3800, na qual a Primeira Turma do TRF-1 entendeu que a pena de demissão cuja causa é ofensa ao art. 117, X, Lei nº 8.112/90, não pode ser abrandada com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (como poderia ocorrer com sanções de suspensão, por exemplo)<sup>6</sup>.

Em contrapartida, a Quinta Turma do TRF-1 tem precedente (AMS nº 1001380-38.2017.4.01.3700) no sentido de que, quando a retirada do servidor do quadro societário de pessoa jurídica é impedida ou dificultada pela mora jurisdicional, o servidor não pode ser penalizado<sup>7</sup>.

Também vale destacar que a abertura de sindicância ou a instauração de PAD interrompem a prescrição até a decisão final proferida por autoridade competente (art. 142, §3º, Lei nº 8.112/90). Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção (art. 142, §4º, Lei nº

<sup>6</sup> Apelação Cível nº 0014857-25.2006.4.01.3800, Rel. Juiz Federal Convocado Ciro José de Andrade Arapiraca, Primeira Turma, TRF-1, e-DJF1 31 jul. 2019d.

<sup>7</sup> AMS nº 1001380-38.2017.4.01.3700, Rel. Juiz Federal Convocado Ilan Presser, Quinta Turma, TRF-1, e-DJF-1, 07 ago. 2020c.

8.112/90).

Em paralelo, quanto à prescrição intercorrente, o período máximo para que o processo administrativo seja julgado é de até 60 dias, prorrogável por igual período (mais 60 dias), seguido de 20 dias para a autoridade competente julgar, totalizando 140 dias. Sobre o tema, o entendimento sedimentado do STF é de que passados os 140 dias (a contar do 141º dia), o prazo prescricional recomeça (visto que antes fora interrompido pelo início do processo), agora na forma de prescrição intercorrente<sup>8</sup>.

Assim, após o início do processo, contam-se 140 dias e, depois, começa a correr o prazo prescricional intercorrente, pelo mesmo período da prescrição original (no caso da infração ao art. 117, X, Lei nº 8.112/90, é de 5 anos).

Além da pena de demissão em processo administrativo disciplinar (art. 132, XIII, Lei nº 8.112/90, o servidor que desrespeita o comando do art. 117, X, Lei nº 8.112/90, também está sujeito a ser alvo de Ação de Improbidade Administrativa, com base no art. 11, I, Lei nº 8.429/92, bem como, eventualmente, de outros incisos dos arts. 9º e 10 da mesma Lei. O prazo prescricional desta também é de 5 (cinco) anos, seguindo o previsto para o PAD, nos termos do art. 23, II, Lei nº 8.429/92, para os servidores ocupantes de cargos efetivos.

<sup>8</sup> PRESCRIÇÃO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – INTERRUÇÃO. A interrupção prevista no § 3º do artigo 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena – artigos 152 e 167 da referida Lei – voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional. Precedente: Mandado de Segurança nº 22.728-1/PR, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário de Justiça de 13 de novembro de 1998. (RMS nº 23436/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno do STF, DJ 15 out. 1999, p. 28)



### 3. POSSIBILIDADES (E IMPOSSIBILIDADES) PARA UM SERVIDOR PÚBLICO EXERCER A ATIVIDADE EMPRESARIAL

O art. 5º, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018, traz uma série de hipóteses que, caso verificadas isoladamente, não podem ser consideradas como exercício de gerência ou administração de sociedade privada.

Algumas delas já foram previstas no próprio art. 117, caput e parágrafo único, Lei nº 8.112/90. Elas são: (i) participação em sociedade privada, personificada ou não, na qualidade de acionista, cotista ou comanditário (art. 5º, I, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018); (ii) participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros (art. 5º, VII, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018); e (iii) gozo de licença para o trato de interesses particulares (art. 5º, VII, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018).

A previsão do art. 5º, II, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018, aponta que não se considera exercício de gerência ou administração de sociedade privada a participação em fundação, cooperativa ou associação. Importante também lembrar que o art. 117, X, Lei nº 8.112/90, não abrange a participação dos servidores na gerência ou administração de organizações religiosas ou partidos políticos, as quais, junto com associações e fundações, portanto, não são vedadas por este dispositivo.

Também já se comentou que a mera constância do nome de um servidor público federal no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) ou a mera indicação do servidor como sócio-administrador em um contrato social, não são suficientes para, isoladamente, determinar (art. 5º, III e IV, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018). Nestes casos o ônus da demonstração da efetivação de atos administrativos ou gerenciais pelo servidor cabe a Administração Pública.

Pode haver, todavia, exceções importantes dependendo do tipo de atividade empresarial. Passasse, então, a analisar as situações mais comuns, dentre as quais estão aquelas dispostas no art. 5º, V e VI, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018.

#### 3.1 EMPRESÁRIO INDIVIDUAL E MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI)

O empresário individual, também chamado de empreendedor individual (ou firma individual, antes da vigência do Código Civil de 2002), é a pessoa física que exerce a empresa em seu próprio nome, assumindo todo o risco da atividade. É a própria pessoa física que será o titular da atividade. Assim, ainda que lhe seja atribuído um CNPJ próprio, distinto do seu CPF, não há distinção entre a pessoa física em si e o empresário individual.

O Microempreendedor Individual (MEI), por sua vez, é uma espécie do gênero Empresário Individual, cuja regulação é dada pela Lei Complementar (LC) nº 123/2006. O MEI é o empresário individual que tenha auferido receita bruta ou Faturamento Bruto Anual (FBA), no ano-calendário anterior, de até R\$

60.000,00 (sessenta mil reais) e seja optante pelo Simples Nacional, sem participação em outra empresa como sócio ou titular.

O servidor público federal não pode, por força da proibição do art. 117, X, Lei nº 8.112/90, quanto ao exercício do comércio (atividade empresarial), ser Empresário Individual ou MEI, mesmo que estes não sejam sociedades. Isso porque o desempenho das atividades destinadas ao Empresário Individual ou ao MEI exigem, em regra, pessoalidade e habitualidade no exercício da atividade econômica, incidindo, portanto, a vedação do art. 117, X, Lei nº 8.112/90. Tal é o posicionamento da CGU, na Nota Técnica nº 1179/2019/CGUNE/CRG (BRASIL, 2019b, p. 8).

Pessoas jurídicas criadas para objetivos específicos (e suas repercussões quanto ao MEI)

O art. 5º, VI, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018, aponta que “não se considera exercício de gerência ou administração de sociedade privada: a constituição de pessoa jurídica para objetivos específicos, desconectados da atividade de empresa em sentido estrito e sem a caracterização de atos de administração ou gerência”.

Na Nota Técnica nº 2386/2020/CGUNE/CRG, a CGU entendeu que estão abrangidas, neste inciso, as sociedades simples (as quais são pessoas jurídicas com finalidades não empresariais, constituídas para melhor representar interesses individuais ou coletivos por meio de um sujeito de direitos abstrato, como por exemplo, para a execução de projetos de pesquisa, culturais ou sociais). A Nota Técnica também entende que, nas sociedades simples, se permite a constituição da pessoa jurídica, desde que condicionada à

não participação em atos de administração ou gerenciamento (BRASIL, 2020a, p. 7).

Trata-se, pois, de situação diversa das organizações religiosas, partidos políticos, associações e fundações, para as quais a CGU interpreta não incidirem as proibições do art. 117, X, Lei nº 8.112/90, de modo que o servidor público federal pode sim, nesses casos, exercer atividades de gerência e administração (BRASIL, 2019a, p. 219).

Ainda com respeito às pessoas jurídicas criadas para objetivos específicos, todavia, a Nota Técnica nº 2386/2020/CGUNE/CRG, denota que o MEI não se enquadra nesta categoria, visto que tem seu foco voltado ao exercício de atividades empresariais no sentido estrito (como empresário individual ou empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural), conforme previsão do art. 966, *caput*, CC, e art. 18-C, LC nº 123/2006 (BRASIL, 2020a, p. 8).

Há que se destacar, no entanto, a excepcionalidade prevista na segunda conclusão da Nota Técnica nº 1179/2019/CGUNE/CRG, a respeito do enquadramento do MEI no art. 5º, VI, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018 (BRASIL, 2019c, p. 8) <sup>9</sup>.

Trata-se da apresentação de uma exceção à mencionada regra de impedimento de constituição de

<sup>9</sup> [...] 2. Caso a constituição de MEI seja justificada pelo agente como forma de viabilizar sua prestação de serviços para determinada instituição, ocultando vínculo de natureza empregatícia, cabe à Corregedoria verificar se a atividade por ele desempenhada não configura conflito de interesses nos moldes da Lei nº. 12.813/2013 e se há compatibilidade com o desempenho das funções referentes ao cargo público, para afastar a ocorrência de ilícito disciplinar [...]

MEI por servidor, desde que comprovado não haver conflito de interesses e compatibilidade com o fiel desempenho das funções do cargo, enquadrando-se no art. 5º, VI, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018.

De acordo com a Nota Técnica nº 2386/2020/CGUNE/CRG, um exemplo de aplicação prática em concordância com esta excepcionalidade seria o caso de um servidor público que prestasse serviços a uma empresa voltada para concursos públicos, fora de sua rotina de trabalho, e, em um certo momento, a empresa lhe exigisse que para a continuidade da prestação dos serviços seria necessária a constituição de uma pessoa jurídica como MEI. Caso o servidor efetivasse tal medida requerida pela instituição de ensino, não estaria, segundo este entendimento, incidindo na prática de ilícito administrativo (BRASIL, 2020a, p. 9).

A Nota Técnica nº 2386/2020/CGUNE/CRG ainda adiciona que, em verdade, tal exceção foi necessária para que houvesse adequação às situações de “pejotização”, ou seja, “com a finalidade de retirar o caráter ilícito de condutas as quais não verifica uma intenção do servidor no descumprimento de normas administrativas” (BRASIL, 2020a, p. 9). Isso porque, nos referidos casos de pejotização, entende-se que predomina a vontade do empregador de se beneficiar com uma nova forma de sonegação indireta tributária e previdenciária ao exigir que um possível ou atual empregado ou prestador de serviços passe a execução de atividades sob a forma de pessoa jurídica, eximindo-se, dessa forma, de encargos que seriam incidentes sobre uma relação empregatícia ordinária. Assim, presentes indícios de fraude tributária na contratação do MEI, “cabe à Corregedoria oficiar aos órgãos competentes para adoção das providências cabíveis

no tocante ao recolhimento de verbas previdenciárias e trabalhistas” (BRASIL, 2019b, p. 8).

### 3.2 EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI)

A EIRELI era uma categoria empresarial criada pela Lei nº 12.441/2011, que permitia a constituição de uma empresa com apenas um sócio, que era o próprio empresário, como disposto no art. 980-A, *caput*, CC. Assim, na EIRELI, o empresário, mesmo individual, adquiria personalidade jurídica. Esta figura não era, exatamente, uma sociedade, mas um novo ente jurídico personificado, conforme aponta o Enunciado nº 3, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho Nacional de Justiça (CJF) <sup>10</sup>.

Em termos práticos, a EIRELI permitia a separação entre o patrimônio empresarial e privado. Assim, caso o negócio contraísse dívidas, apenas o patrimônio social da empresa seria utilizado para quitá-las, exceto em casos de fraude. Nesses casos, o empresário, mesmo sendo individual, adquiriria personalidade jurídica e exerceria atividade empresarial (art. 980-A, §7º, CC).

Em princípio, portanto, um servidor público não poderia constituir uma EIRELI. Ocorre que o art. 5º, V, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018, dispõe que “não se considera exercício de gerência ou administração de sociedade privada: a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada”.

<sup>10</sup> [Enunciado nº 3, I Jornada de Direito Comercial] A EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.

A melhor interpretação deste dispositivo é que a mera constituição da forma empresarial EIRELI por servidor (ou seja, o ato formal) não se apresentaria como ato irregular a incidir no impedimento disposto no art. 117, X, Lei nº 8.112/90, uma vez que não representaria, em si, qualquer ato de administração ou gerência.

De outro lado, importa destacar que não havia impedimento na nomeação de um terceiro (pessoa natural e não jurídica) para a posição de administrador ou gerente de uma EIRELI. Esta permissão derivava do art. 980-A, §6º, CC, que assim dispõe: “aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”. Pelo fato de não se verificar nenhum tipo de impedimento para a administração ou gerenciamento por terceiros dentre os regramentos aplicáveis às sociedades limitadas, e, especialmente, por não existirem normas legais específicas aplicáveis às EIRELI a tratar deste ponto, pode-se concluir que não haveria restrição para a nomeação de um terceiro como gerente ou administrador nestas empresas.

Nesse diapasão, existe uma permissão normativa infralegal específica para o caso, apresentada na Instrução Normativa nº 10/2020, do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI), que, no seu Anexo III, denominado de “Manual de Registro da EIRELI” (mais especificamente na seção 3.1, V), estabelece que a EIRELI poderia ser administrada por servidor público federal, “com a administração a cargo de terceira pessoa não impedida” (BRASIL, 2020b, p. 80-81).

Inclusive, o item 3.2, VI, Anexo III da IN nº 10/2020, determina expressamente que o servidor

público federal da ativa – inclusive ministros e ocupantes de cargos públicos comissionados – não pode ser administrador de EIRELI. No ato do registro da EIRELI na Junta Comercial, os administradores deviam assinar uma declaração de desimpedimento para o exercício da administração (item 1.2, Anexo III da IN nº 10/2020).

Enfim, conforme Nota Técnica nº 2386/2020/CGUNE/CRG, o servidor público federal não poderia assumir a administração ou gerência de EIRELI, todavia lhe era lícito assumir a titularidade desta pessoa jurídica, com a assinatura de seus atos constitutivos, quando, então, deveria nomear um terceiro para a assunção das referidas funções administrativas e gerenciais (BRASIL, 2020a, p. 5).

Ocorre que, como já se apontou, o art. 41, Lei nº 14.195/2021, revogou tacitamente o art. 44, VI, CC, bem como o art. 980-A, CC – ou seja, revogou a figura da EIRELI, apontando que todas as pessoas jurídicas constituídas sob essa figura seriam “transformadas em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo”. O art. 41, parágrafo único, Lei nº 14.195/2021, também aduz que o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI), do Ministério da Economia, “disciplinará a transformação referida neste artigo”.

Tal disciplina ainda não ocorreu até o momento da publicação do presente trabalho, contudo, no Ofício Circular SEI nº 3510/2021/ME, de 09 de setembro de 2021, o DREI, confirmou expressamente a revogação da EIRELI, justificando que

[...] a grande razão de ser da Eireli, que era cumprir o papel de único instrumento para limitação da responsabilidade de quem empreende individualmente, deixou de existir, porque agora a sociedade limitada também cumpre esse papel, e o faz de modo mais atrativo para o empreendedor, diante da desnecessidade de integralização de capital mínimo para constituição e de o sócio único pessoa natural não ter limitação quanto à quantidade de sociedades limitadas que pode constituir (a Eireli exige capital mínimo de 100 salários mínimos para constituição e proíbe que um titular pessoa natural constitua mais de uma pessoa jurídica da mesma modalidade). (BRASIL, 2021, p. 2).

Neste ofício, o DREI aponta para a necessidade de alteração das bases de dados das Juntas Comerciais ao redor do país, bem como da base de dados do Governo Federal, sobretudo a do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). Nesse sentido, informa que abrirá uma solicitação de apuração especial para a alteração na base do CNPJ, que contemplará a alteração da partícula identificadora do tipo “Eireli” para “LTDA” no nome empresarial das EIRELI’s já constituídas, bem como a alteração do código de descrição de suas respectivas naturezas jurídicas, saindo de “230-5/Empresa Individual de Responsabilidade Limitada” para “206-2/Sociedade Empresária Limitada” (BRASIL, 2021, p. 3).

### Sociedades Limitadas Unipessoais (SLU)

A Sociedade Limitada Unipessoal (SLU) é uma forma societária criada pela chamada “Lei da Liberdade Econômica” (inicialmente instituída pela Medida Provisória nº 881/2019, que posteriormente foi convertida em lei), por meio do art. 7º, Lei nº 13.874/2019, que alterou dispositivos do Código

Civil, inclusive o art. 1.052, CC, para incluir os §§ 1º e 2º<sup>11</sup>. Diferentemente da EIRELI, a SLU não exige limite mínimo de integralização de capital. A proteção ao patrimônio pessoal do empreendedor, no entanto, é mantida, conforme art. 1.052, *caput*, CC.

Tratando-se de sociedade limitada, entende-se aplicável a regra geral: se o servidor atuar como sócio alheio à administração da empresa, apenas colaborando com capital, sua participação é plenamente possível (art. 117, X, segunda parte, Lei nº 8.112/90). Portanto, o servidor, na qualidade de titular da SLU, pode fiscalizar as atividades da sociedade, posto que se trata de poder intrínseco à sua condição de titularidade, que não implica em gerência ou administração (BRASIL, 2019a, p. 219).

Nesse sentido, dentro do Código Civil, a SLU se encontra dentro do “Capítulo IV – Da Sociedade Limitada”. Assim, tal qual se argumentou para a extinta EIRELI, pelo fato de não se verificar nenhum tipo de impedimento para a administração ou gerenciamento por terceiros dentre os regramentos aplicáveis às sociedades limitadas, também se entende adequado concluir que não há restrição para a nomeação de um terceiro como gerente ou administrador nas SLU.

Permissão normativa infralegal específica para o caso pode ser deduzida da Instrução Normativa nº 10/2020, do DREI, que, no seu Anexo IV, denominado de “Manual de Registro de Sociedade Limitada”, não aponta a função de servidor público como um impedimento para ser sócio (seção 3.2), mas traz impedimento para que este seja administrador (seção

<sup>11</sup> [CC] Art. 1.052. [...] §1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas. §2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social.



3.3, VI). Assim, qualquer destas sociedades limitadas, inclusive a SLU, pode ser titularizada por servidor público federal, desde que um terceiro seja indicado, nos atos constitutivos, para exercer sua administração (BRASIL, 2020b, p. 124)

Ademais, o art. 1.053, CC, aponta que “a sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples”. Como já se apontou, por meio da Nota Técnica nº 2386/2020/CGUNE/CRG, a CGU entendeu que estão abrangidas, no art. 5º, VI, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018, as sociedades simples, para as quais se permite a constituição da pessoa jurídica, desde que condicionada à não participação em atos de administração ou gerenciamento (BRASIL, 2020a, p. 7).

Desse modo, entende-se que, quando o servidor público federal não exerce atividade de gerência ou administração – ou seja, quando há um administrador devidamente nomeado nos atos constitutivos e este exerce a gerência de fato – é plenamente possível que o referido servidor seja titular de uma SLU.

Salvo melhor juízo ou eventual manifestação em contrário da Administração Pública, portanto, não se vislumbra novos riscos aos servidores públicos federais que atualmente têm uma EIRELI constituída e que, em breve, serão titulares de uma SLU, conforme determinou o art. 41, Lei nº 14.195/2021.

## CONCLUSÃO

O art. 117, X, Lei nº 8.112/90, trata da proibição, ao servidor público, de participar de qualquer atividade que envolva a gerência ou administração de

sociedade privada, bem como de exercer o comércio, seja dentro da repartição ou fora dela.

O art. 3º, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018, traz dois critérios cumulativos para que um servidor público possa ser considerado como exercente de gerência ou administração de sociedade privada. O primeiro é que a sociedade privada, personificada ou não, esteja em atividade, ainda que irregularmente. Assim, essa proibição inclui, também, a gerência de fato.

A segunda é que exista atividade efetiva, direta, habitual e com poder de mando do servidor como gerente ou administrador da sociedade privada. É por isso que a mera constância do nome de um servidor público federal no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) ou a mera indicação do servidor como sócio-administrador em um contrato social, não são suficientes para, isoladamente, determinar (art. 5º, III e IV, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018). Nestes casos o ônus da demonstração da efetivação de atos administrativos ou gerenciais pelo servidor cabe a Administração Pública.

Importa ressaltar que, se o servidor atuar como sócio acionista, cotista ou comanditário (ou seja, como sócio alheio à administração da empresa, apenas colaborando com capital), sua participação não é vedada. Tal vedação também não se aplica a servidores no gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91, Lei nº 8.112/90, como constante do art. 117, parágrafo único, II, Lei nº 8.112/90, regulamentado pelo art. 4º, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018.



Nos casos de desrespeito ao comando do art. 117, X, Lei nº 8.112/90, a pena-base é de demissão, com base no art. 132, XIII, Lei nº 8.112/90, respeitado, obviamente, o regular procedimento investigatório, na forma do PAD. Ademais, o servidor também está sujeito a ser alvo de Ação de Improbidade Administrativa, com base no art. 11, I, Lei nº 8.429/92, bem como, eventualmente, de outros incisos dos arts. 9º e 10 da mesma Lei.

O servidor público federal não pode, por força da proibição do art. 117, X, Lei nº 8.112/90, quanto ao exercício do comércio (atividade empresarial), ser Empresário Individual ou MEI, mesmo que estes não sejam sociedades. Isso porque o desempenho das atividades destinadas ao Empresário Individual ou ao MEI exigem, em regra, pessoalidade e habitualidade no exercício da atividade econômica.

Em contrapartida, no caso da extinta EIRELI, o art. 5º, V, Portaria Normativa MPOG nº 06/2018, dispõe que “não se considera exercício de gerência ou administração de sociedade privada: a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada”. A melhor interpretação deste dispositivo é que o ato formal de constituição da forma empresarial EIRELI não se apresentaria como ato irregular, uma vez que não representaria, em si, qualquer ato de administração ou gerência.

Mesmo com a extinção da EIRELI e sua substituição automática pela SLU, determinada pelo art. 41, Lei nº 14.195/2021, não se vislumbra novos riscos aos servidores públicos federais com EIRELI constituída, visto que sua substituta – a SLU – como sociedade limitada, também não encontra qualquer óbice para a administração ou gerenciamento por terceiros.

Desse modo, entende-se que, salvo melhor juízo ou manifestação contrária da Administração Pública, quando o servidor público federal não exerce atividade de gerência ou administração – ou seja, quando há um administrador devidamente nomeado nos atos constitutivos e este exerce a gerência de fato – é plenamente possível que o referido servidor seja titular de uma SLU, em total concordância com a regra geral do art. 117, X, segunda parte, Lei nº 8.112/90.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. **RMS nº 23436/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno do STF. Brasília, DJ 15 out. 1999, p. 28.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CJF). I Jornada de Direito Comercial. **Enunciado nº 3**. I Jornada de Direito Comercial, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/3>>. Acesso em 12 fev. 2021.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Enunciado CGU nº 9**. Publicado no DOU de 16/11/2015, seção 1, p. 41, 2015a. Disponível em: <[https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44237/1/Enunciado\\_9\\_2015.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44237/1/Enunciado_9_2015.pdf)>. Acesso em 12 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº 0006713-87.2005.4.01.3803**. Rel. Juiz Federal Convocado Cleberson José Rocha, Segunda Turma, TRF-1. Brasília, e-DJF1 06 nov. 2015b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. **MS nº 22.828/DF**. Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, STJ. Brasília, j. 13 set. 2017, DJe 21 set. 2017.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Setembro, 2019a, p. 219. Disponível em: <[https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/42052/13/Manual\\_PAD.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/42052/13/Manual_PAD.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Nota Técnica nº 1179/2019/CGUNE/CRG**. Processo nº 00190.106045/2019-15. Assinada em 04 jul. 2019b. Disponível em: <[https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/43852/5/nota\\_tecnica\\_1179\\_2019.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/43852/5/nota_tecnica_1179_2019.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Agravo em Recurso Extraordinário. **AgInt no AREsp nº 644.039/DF**. Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, STJ. Brasília, j. 26 fev. 2019, DJe 15 mar. 2019c.

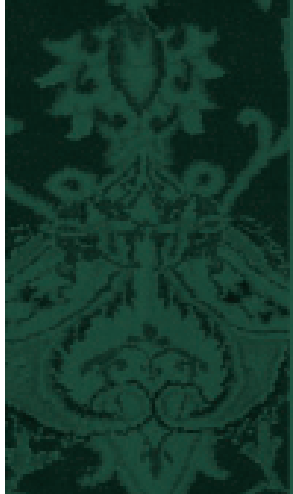
BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº 0014857-25.2006.4.01.3800**. Rel. Juiz Federal Convocado Ciro José de Andrade Arapiraca, Primeira Turma, TRF-1. Brasília, e-DJF1 31 jul. 2019d.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Nota Técnica nº 2386/2020/CGUNE/CRG**. Processo nº 00190.105230/2020-26. Assinado em 15 set. 2020a. Disponível em: <[https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46616/5/Nota\\_Tecnica\\_2386\\_2020-CGUNE-CRG.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46616/5/Nota_Tecnica_2386_2020-CGUNE-CRG.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração. Ministério da Economia. **Instrução Normativa nº 81, de 10 de junho de 2020**. Publicado no DOU em 15 jun. 2020b, edição 112, seção 1, p. 31. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-81-de-10-de-junho-de-2020-261499054>>. Acesso em 25 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação em Mandado de Segurança. AMS nº 1001380-38.2017.4.01.3700**. Rel. Juiz Federal Convocado Ilan Presser, Quinta Turma, TRF-1. Brasília, e-DJF-1, 07 ago. 2020c.

BRASIL. Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração. Ministério da Economia. **Ofício Circular SEI nº 3510/2021/ME, de 09 de setembro de 2021**. Publicado no DOU em 09 set. 2021. Disponível em: <<https://jucisrs.rs.gov.br/upload/arquivos/202109/10155027-ofi-cio-circular-3510-2021-eireli.pdf>>. Acesso em 26 set. 2021.



## Geraldo Neves Leite

### A DECISÃO JUDICIAL DE CASOS DIFÍCEIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

#### Resumo

O presente artigo tem por escopo mostrar reflexões sobre decisões judiciais de casos difíceis tomadas por juízes, tribunais e tribunais superiores, por meio de tutelas provisórias ou definitivas, para suplantar eventuais omissões ou imperfeições de políticas públicas voltadas para o enfrentamento da crise sanitária de dimensão global provocada pela pandemia. É uma pesquisa qualitativa, baseada em revisão bibliográfica, que tem como objeto de estudo refletir se as decisões judiciais tomadas em casos difíceis podem ser consideradas como devidamente ponderadas e racionais, diante do fato de os julgadores estarem vivenciando a realidade social de forma tão próxima e direta, que isso pode influir na razoabilidade da decisão, quando direitos fundamentais preciosos à sociedade estão em conflito.

**Palavras-Chave:** Casos Difíceis. Direitos Fundamentais. Pragmatismo.

#### Abstract

The purpose of this article is to show reflections on judicial decisions of hard cases taken by judges, courts and higher courts, through provisional or definitive tutelage, to overcome possible omissions or imperfections in public policies aimed at coping with the global health crisis. caused by the pandemic. It is a qualitative research, based on a bibliographic review, whose object of study is to reflect on whether the judicial decisions taken in hard cases can be considered as properly considered and rational, given the fact that the judges are experiencing the social reality so closely and direct, that this may influence the reasonableness of the decision, when precious fundamental rights to society are in conflict.

**Keywords:** Hard Cases. Fundamental rights. Pragmatism.

# A DECISÃO JUDICIAL DE CASOS DIFÍCEIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

THE JUDICIAL DECISION OF HARD CASES IN PANDEMIC TIMES

## INTRODUÇÃO

A pandemia global provocada pela doença do coronavírus SARS-COV-2 gerou uma grave crise sanitária, econômica e social. No Brasil, o enfrentamento dos efeitos da pandemia exigiu dos governantes a adoção de várias medidas emergenciais para reduzir o contágio, o número de internações e mortes. A forma como os governantes têm lidado com esse evento imprevisível e de impacto extremo é alvo de muitas reflexões e críticas, notadamente, na implementação de políticas públicas voltadas para garantir a vida, a saúde, o trabalho e a alimentação das pessoas.

O fato é que a gravidade da pandemia não foi bem dimensionada pelos governantes e muitas políticas públicas implementadas nesse período necessitaram de controle judicial, levando a um número considerável de demandas judiciais para garantia, concretização e tutela de direitos fundamentais. Por conta dessa intervenção, juízes e tribunais passaram a decidir casos difíceis, usando além de regras, argumentos de princípios para solução das demandas judiciais.

O presente artigo tem como escopo refletir se as decisões judiciais tomadas em casos difíceis podem ser consideradas como devidamente ponderadas e

Geraldo Neves Leite\*

\*Mestre em Direito, Política Pública e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Juiz de Direito. E-mail: gnleite@globo.com.br

racionais, diante do fato de os julgadores estarem vivenciando a realidade social de forma tão próxima e direta, que isso pode influir na razoabilidade da decisão, quando se apresentam em conflito direitos fundamentais preciosos à sociedade. Importante destacar, desde logo, que não se busca definir uma causa ou explicação para essa situação, mas refletir sobre os desafios que se apresentaram aos juízes e tribunais na tomada de decisões em casos complexos e urgentes em um período de jurisprudência de crise.

## 1. A DECISÃO JUDICIAL DE CASOS DIFÍCEIS

A definição de caso judicial de difícil solução não é simples. A busca de classificação e a eventual solução desse tipo de demanda judicial foi objeto de histórico e enriquecedor debate travado entre dois famosos teóricos do direito estadunidense: Ronald Dworkin, expoente da Teoria do Direito como Integridade, e Richard Posner, fundador da Análise Econômica do Direito.

No geral, quando casos são levados à apreciação judicial, espera-se que o juiz ou tribunal, ao solucionar

a controvérsia a partir dos fatos apresentados pelas partes no processo judicial, decida o caso baseado nas regras legais (ou precedentes judiciais nos países que adotam o *common law*). Muitas vezes a resposta judicial esbarra numa indefinição, em face da complexidade do caso. Nestas situações, as regras jurídicas não são claras quanto às questões de fato e de direito controvertidas. São os chamados casos difíceis (*hard cases*), nos quais a decisão depende de uma interpretação do direito além das regras positivadas.

Em uma visão preliminar, para Richard Posner, a decisão judicial de casos difíceis deveria atender para as consequências sociais e econômicas e buscar a solução que levasse à maximização da riqueza da sociedade, enquanto, para Ronald Dworkin, a decisão judicial, nesses casos, deveria surgir a partir da análise não apenas de regras, mas também de princípios jurídicos de moralidade política, na busca da melhor solução ou solução única do caso, sem se preocupar com as consequências. Para ele, a decisão judicial de casos complexos deveria, acima de tudo, buscar contemplar princípios de moralidade política, como justiça e equidade, sem ponderar as consequências, visto que o juiz não pode criar o direito, apenas interpretar e aplicar o direito, a partir de regras e princípios jurídicos.

Dworkin, famoso teórico do direito e da justiça, formula sua própria teoria dos casos difíceis, a partir de sua crítica à ideia positivista de que em casos difíceis – quando as leis e as regras da *common law* não se revelassem suficientes para justificar a decisão judicial –, o juiz poderia agir com discricionariedade. Ele afirma que, nesses casos, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em determinada direção e que, à primeira vista, a decisão gerada possa

ser guiada, seja por princípios, seja por argumentos de políticas, o juiz deve decidir a partir de argumentos de princípios e não de políticas.

Essa teoria de Dworkin para casos difíceis passou a sofrer críticas tanto de positivistas quanto de outros teóricos do direito não positivistas, como Richard Posner. Como será demonstrado, Dworkin e Posner divergem principalmente sobre o uso ou não de argumentos de políticas para casos difíceis, a existência ou não de uma resposta certa para esses casos complexos e a utilização ou não da eficiência como justificação da decisão judicial.

Mesmo quando nenhuma regra regular o caso, pondera Dworkin (2002), uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. “O juiz continua tendo o dever mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127). Dworkin (2002) defende a tese de que as decisões judiciais nos casos difíceis são e devem ser vinculadas, não discricionárias, mas fundamentadas em princípios, e não em argumentos de políticas. Segundo ele, o argumento de princípio resiste à crítica de originalidade e ativismo judicial, pois estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito, permitindo ao juiz, que não é pressionado pelas demandas da maioria política, avaliar o argumento em uma melhor posição.

Afirma Dworkin que os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, enquanto os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Na defesa da tese de haver uma resposta certa para os casos difíceis fundada em um direito, ele

cria um personagem fictício chamado Hércules que, segundo Dworkin, é um juiz-filósofo de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, cuja tarefa é a de desenvolver, nos casos concretos, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem para solucioná-lo. A tarefa de Hércules, para não incidir no problema de criar direito pela discricionariedade judicial como ocorre com os juízes positivistas, é a de encontrar princípios aplicáveis que façam parte do Direito vigente e que expliquem e justifiquem a história jurídica da sociedade.

Richard Posner, professor da Universidade de Chicago e juiz aposentado da Corte de Apelação da Sétima Região dos Estados Unidos, é o principal expoente do movimento da Análise Econômica do Direito (AED). Apesar de muitas ideias de Posner terem sido reformulados durante o desenvolvimento de sua teoria, ele enfatiza a possibilidade pragmática de atuação do juiz enquanto legislador ocasional nos casos difíceis. Além disso, Posner (2007) rejeita a filosofia como método para a busca de unidade e da ordem, reconhecendo que qualquer método teórico que conduza a uma investigação empírica razoável será melhor avaliada.

Posner (2007), na obra *Problemas de Filosofia do Direito*, buscou na tese de Dworkin segundo a qual toda questão jurídica tem uma resposta certa, o contrapeso para sua própria teoria pragmática, de que nem todas as questões jurídicas têm respostas corretas e de que há uma área de indeterminabilidade do direito. Na visão de Posner (2007), o juiz de um caso difícil – caso que esteja no âmbito da indeterminação do direito – é mais um formulador de políticas públicas do que um juiz convencional e, dentro de sua esfera

de liberdade ou discricionariedade, pode ser tão livre de regras quanto é um legislador ordinário. Contudo, dentro dessa esfera de liberdade, o juiz deve julgar com razoabilidade, atentando para as consequências práticas de suas decisões.

Há muitos precedentes que autorizam juízes a considerar o resultado de suas decisões. Segundo Green (2010, p. 646):

(...) Posner's book repeatedly claims that judges act properly when they consider a decision's practical consequences. A principal reason to agree with this conclusion is the historical claim – learned in law school if nowhere else – that many judges have considered practical consequences in the past. Phrased differently, there are ample legalist precedents that authorize judges to consider their decisions' results, at least in some circumstances and to some degree<sup>1</sup>.

Na visão de Posner (2007, p. 177), um juiz que concebe seu papel assim, pode fundamentar sua decisão judicial, aplicando argumentos de política, ponderando os impactos da decisão judicial. Posner compreende que a economia é útil para ajudar o julgador na análise dos impactos da decisão, por razão mercadológica não monetária, mas de eficiência, a partir do momento em que os juízes, ao decidirem os casos difíceis, buscam soluções que tragam menos custo ou mais benefício para a sociedade. É no caso

<sup>1</sup> (...) O livro de Posner afirma repetidamente que os juízes agem corretamente quando eles consideram consequências práticas de uma decisão. A principal razão para concordar com esta conclusão é a reivindicação histórica - aprendida na faculdade de direito ou em outro lugar - de que muitos juízes têm considerado consequências práticas no passado. Dito de forma diferente, existem amplos precedentes legalistas que autorizam juízes a considerar os resultados de suas decisões, pelo menos em algumas circunstâncias e em algum grau.



difícil, afirma Posner (2007), que o juiz decidirá a questão litigiosa como um verdadeiro formulador de políticas públicas.

Dworkin, por outro lado, não concebe totalmente o Juiz como formulador de políticas públicas, já que necessariamente estaria utilizando argumentos de política, o que foge a sua compreensão de direito como integridade, pois como pensar e validar o direito nessas decisões, sem uma cadeia de precedentes e sem princípios que compõem o sistema jurídico.

Dworkin faz forte crítica sobre o uso da eficiência e do critério da maximização da riqueza como fundamento único ou principal fundamento da decisão judicial. Posner, no desenvolvimento de sua teoria, aceita parte dessas críticas de Dworkin e passa a compreender a eficiência apenas como fundamento para avaliar a solidez das decisões judiciais sob o critério de custo e benefício. Apesar dessa virada pragmática de Posner, a veia econômica de sua teoria ainda é visível. Na versão pragmática, a análise econômica identifica as consequências das decisões judiciais, mas deixa ao juiz como sopesar essas consequências no processo decisório.

Uma breve incursão sobre esse importante e famoso debate teórico sobre como tomar a melhor decisão judicial em casos difíceis revela que a decisão judicial de casos complexos, principalmente, em tempos de incerteza como o que vivenciamos, não é tarefa simples e exige do julgador não apenas interpretação e aplicação de regras e princípios jurídicos, mas também análise das consequências econômicas e sociais da decisão judicial para as partes e para a sociedade.

A compreensão do que é caso difícil e que argumentos o julgador pode utilizar para a tomada de decisão judicial em tempos de incerteza é fundamental para o presente ensaio. A seguir, abordaremos como juízes, tribunais e tribunais superiores têm lidado com o julgamento de casos difíceis e urgentes durante esse período de crise provocada pela pandemia.

## 2. A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NA PANDEMIA

Nesta seção, abordaremos a atualmente chamada jurisprudência de crise. No caso, uma série de decisões judiciais tomadas por juízes, tribunais e tribunais superiores, por meio de tutelas provisórias ou definitivas, para suplantarem eventuais omissões ou imperfeições de políticas públicas voltadas para o enfrentamento da crise sanitária de dimensão global provocada pela pandemia.

Há vários tipos de crise. Alguns dizem que crises são cíclicas, outros não. Na maioria dos casos e seja qual for o motivo, a crise se alastra sem controle e assume proporções sistêmicas e imprevisíveis. Em comum, há a escassez de recursos e a solidariedade dos custos. Outro ponto a ser destacado, a crise produz reflexos negativos, sobretudo, em direitos sociais e econômicos. Quando a crise é notadamente econômica, há restrições ao direito ao trabalho, com inúmeras demissões; ao direito à moradia, ao direito à seguridade social e à proteção social, ao direito à educação, alimentação e saúde. Quando a crise é sanitária e de dimensão global, como esta pandemia, além desses reflexos em direitos sociais e econômicos, tem-se restrição a direitos civis e políticos.

Segundo o prof. Henrique Mouta, em recente artigo

sobre a judicialização da crise (ARAÚJO e FARO, 2020), o reconhecimento da crise sanitária provocada pela pandemia decorrente da COVID-19 no Brasil provocou uma judicialização de diversas questões envolvendo a concretização de direitos fundamentais.

A decretação da pandemia pelo governo brasileiro e demais governos ao longo do mundo, em primeiro plano, legitimou um estado de exceção e, conseqüentemente, justificou a restrição de direitos, inclusive por síndicos de condomínios, com a finalidade de se proteger o coletivo; autorizou a contratação de serviços, supostamente para a elaboração de políticas públicas, sem licitação, diminuindo consideravelmente o poder fiscalizatório dos cidadãos; além de, é claro, resultar na abertura de espaço ainda maior para a proliferação de decisões diversas, sobre os mais variados assuntos e âmbitos de repercussão, com pouco ou nenhum embasamento jurídico, que não, o entendimento do julgador (ARAÚJO e FARO, 2020, p. 74).

Como se vê, o Poder Judiciário sofreu críticas por intervenção considerável em ações governamentais direta ou indiretamente ligadas ao combate da pandemia. Para Côrtes (2020):

A concepção de processo estrutural, autorizando muitas vezes a participação do Poder Judiciário como ator principal em questões relativas a políticas públicas, etc., na linha do exposto, gera o risco de um ativismo judicial indevido. A prudência dos magistrados na condução de processos em que em debate direitos amplos, políticas e saúde públicas deve ser ainda maior, notadamente em períodos de crises, quando confrontadas e questionadas decisões de órgãos do Poder Executivo que, a princípio, possuem competência para tanto. Só a cautela e a prudência poderão reduzir os riscos de um ativismo e de uma má utilização de processos

estruturais, em nome do valor fundamental da segurança jurídica.

O fato é que a dimensão e gravidade da pandemia não foram bem mensuradas pelos governantes e muitas políticas públicas implementadas nesse período necessitaram de intervenção judicial. As conseqüências mediatas e imediatas aos mais diversos ramos da sociedade, em especial, à saúde pública e à economia, levaram o país a uma crise tripla, relacionados aos aspectos comportamentais; sanitários e econômicos (CONTI, 2020), carente de uma melhor proteção estatal.

Na linha do que foi referido pelo Prof. Jean Carlos Dias, em seu artigo publicado na Revista Jurídica do TJPA (DIAS, 2020), a não compreensão de que a crise sanitária enfrentada era bem diferente de uma epidemia, revelava a incapacidade de nossos governantes de lidar com “cisnes negros”, ou seja, um significativo evento imprevisto e improvável.

Para Dias (2020, p. 359):

O conceito lógico de singularidade, assim, é um suporte para a afirmação de que existem cisnes negros. Pois bem, isso é extremamente importante diante da formação de decisões no âmbito de políticas públicas, em especial, as relacionadas à saúde. O fato de terem existido outras epidemias virais de alcance limitado e com reduzidas fatalidades, pode levar os formuladores de políticas públicas a assumirem uma regularidade indutivamente sustentada. Logo as medidas de contenção, reação e cura, ficam adstritas a cenários relativamente controláveis, tendo por base as situações anteriores. Isso gera um padrão de ação, muitas vezes insuscetível de lidar com os cisnes negros. O que ocorre é que a estratégia de preparação deve ser concebida para abranger o que sabemos, mas, principalmente,

para enfrentar o que ignoramos, e, isso faz toda a diferença em termos de vidas humanas. Ao que parece o conhecimento a respeito de outras epidemias, regularidade, levou à exclusão da possibilidade de uma rápida expansão de uma nova cepa de vírus conhecidos e seus impactos hospitalares.

A incompreensão de “cisnes negros” deve-se a falha de cognição sujeita a narrativas que geram mapa errado de probabilidades. Com isso, costumamos correr riscos não por arrogância e sim por ignorância e cegueira em relação à probabilidade. O cisne negro, na visão do autor libano-americano Taleb (2020, p. 16), é um Outlier, pois está fora do âmbito das expectativas comuns, exerce um impacto extremo e gera, após sua ocorrência, o desenvolvimento de explicações para torná-lo explicável e previsível, ou seja, possui como característica a raridade, o impacto extremo e a previsibilidade retrospectiva. Considere, para exemplificar, a Pandemia que ainda vivenciamos desde o início de 2020. Caso fosse esperada, não teria causado os impactos extremos que provocou e ainda tem provocado.

Além disso, como destaca Sarlet (2021), vivencia-se, no Brasil, um quadro de polarização na esfera social e política, uma forte tendência negacionista relativamente às lições da história e da ciência, um movimento contrário à vacinação e muita desinformação, por meio de mensagens ambivalentes de representantes governamentais. A ausência de ferramentas e a falta de capacidade dos governantes de lidar com informações incompletas para tomada de decisão em ambientes e tempos de incerteza acabaram potencializando a transferência para o Poder Judiciário do controle de políticas públicas para lidar com a crise sanitária e de saúde pública mais grave e devastadora deste século.

Na maioria dos casos, os juízes têm decidido os casos complexos urgentes baseados na dedução de regras e na ponderação de princípios jurídicos, sopesando valores jurídicos caros à sociedade como o direito à vida, à dignidade humana, à liberdade de expressão, à locomoção, à religião, além do direito à igualdade, à saúde, à educação, à livre iniciativa, à proteção do trabalho e emprego, à proteção de dados.

Nesse período de pandemia, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já decidiu casos complexos envolvendo conflitos de direitos individuais e coletivos. À guisa de outros casos complexos e relevantes, pode-se citar os julgamentos em conjunto das ADI 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, bem como da ADPF 690, envolvendo o direito de acesso à informação e à proteção de dados pessoais.

No caso das ADI, essas se voltavam contra os termos da Medida Provisória nº 954/2020, que dispunha sobre “o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020”, impondo às empresas de telecomunicação o compartilhamento com a Fundação IBGE da relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas. Nesse caso, o STF, em sede de tutela de urgência cautelar, reconheceu um direito fundamental autônomo à proteção de dados. Nesse ponto, a decisão também é inédita no contexto do STF. Quanto a tal ponto, o Plenário do STF, acompanhando o voto da

relatora, Min. Rosa Weber, entendeu que as informações relativas ao nome, telefone e endereço das pessoas, relacionadas à identificação — efetiva ou potencial — de pessoa natural, apesar do interesse social e coletivo de uso desses dados para o enfrentamento da pandemia, “configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (artigo 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (artigo 5º, X e XII)”. Ainda, consoante os termos da liminar, “sua manipulação e tratamento (dos dados), não de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional. No caso da ADPF 690, alegou-se que a retenção de importantes informações sobre número de casos e óbitos decorrentes da COVID, ou mesmo o modo de divulgação deficiente relativas à pandemia provocava efeitos danosos relativamente ao seu controle e combate, invocando-se também violação de diversos preceitos fundamentais da CF de 1988, como é o caso, além do direito à informação e dever de transparência do poder público, dos direitos à vida e à saúde. O STF deu guarida a esse pleito.

Ainda é possível citar outras demandas em tramitação na Suprema Corte, com pedidos diversos de tutelas de urgência cautelar ou satisfativa incidentais, em temas como: teto de gastos (ADI 5715); competência comum entre entes federados, com base na Lei 13.979/20 (ADI 6341); sistema prisional, visando a reduzir o potencial lesivo da COVID entre a população carcerária (ADPF 347); reativação de leitos de UTI exclusivos para o tratamento de COVID (ACOs 3473 (MA) e 3474 (SP)); voos internacionais, com o objetivo de suspender o desembarque de passageiros provenientes da Europa e Ásia, pelo período de 30 dias (MS 36997).

Não somente o Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional, mas os tribunais e juízes de direito se viram compelidos a decidir casos complexos e urgentes para tutelar determinados direitos individuais fundamentais mesmo que implicasse custos sociais e para vedar o exercício de outros direitos individuais fundamentais em nome do bem-estar da sociedade, quando este estava direta ou indiretamente imbricado com a proteção à vida e à saúde pública.

No caso do TJPA, este julgou vários temas como restrição do direito de ir e vir dos cidadãos, proferindo decisões responsáveis por determinar o lockdown em alguns municípios do Estado onde a orientação do poder executivo municipal era justamente em sentido oposto, como ocorrido em Ipixuna/PA (ACP nº 0800186-83.2020.8.14.0111) ou determinando o fechamento de atividades não essenciais (ACP nº 0800299-26.2020.8.14.0050), como ocorrido em Santana do Araguaia/PA.

Nesse cenário de excepcionalidade e incerteza provocada pela pandemia, como pode se observar, o julgamento de casos complexos não possuía nem possui resposta pronta e de fácil fundamentação, mas exigia e exige detida análise de regras e princípios jurídicos aplicados ao caso, com atenção às consequências sociais e econômicas das decisões judiciais.

### 3. A DECISÃO JUDICIAL DE CASOS COMPLEXOS E URGENTES NA PANDEMIA

Em casos difíceis envolvendo o controle judicial de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais, normalmente, o julgador analisa as

questões de fato e de direito, sob a ótica da legalidade e moralidade. Essa questão de moralidade está ligada, claro e evidentemente, a questões de justiça e equidade, mas quando se trata de decisões judiciais em tempos de crise, pelo fato de os julgadores estarem diretamente envolvidos com a realidade fática, pois vivenciam os efeitos da pandemia, em sua vida pessoal, familiar e profissional, há de certa forma afetação do raciocínio lógico e argumentativo do julgador para a tomada de decisão.

Nesse ponto, importante citar a excelente obra *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*, do teórico da economia comportamental Daniel Kahneman (2012) sobre a existência de dois sistemas cognitivos que afetam a tomada de decisão em ambientes de incerteza. Ele os definiu como Sistema 1 (Rápido e Intuitivo) e Sistema 2 (Devagar e Reflexivo). Sua teoria baseia-se na compreensão de que nosso cérebro se desenvolveu com dois sistemas de funcionamento do pensamento que atua de forma paralela e complementar. O Sistema 1 é intuitivo e o Sistema 2 é reflexivo. O Sistema 1 é mais prático, descontrolado e pouco consciente. O Sistema 2 é mais controlado, dedutivo e autoconsciente. Este procura sempre a precisão, buscando um maior número de informações para dar uma resposta.

Trazendo esta compreensão para a tomada de decisões em casos judiciais difíceis e urgentes, nota-se que essa deveria ser produzida com o uso apenas do Sistema 2, o sistema reflexivo, para garantir a razoabilidade. Contudo, considerando que o julgador vivencia a realidade prática dentro de um contexto de crise, este pode se deixar influenciar por crenças, emoções e intuições, o que provoca a tomada de decisão de modo rápido, baseada em informações

incompletas ou em heurísticas e vieses, que podem gerar consequências não previstas pelo julgador. Isso revela uma ancoragem entre o raciocínio reflexivo e o raciocínio intuitivo. O Sistema 2, quanto menos informado, mais ancora suas reflexões e deliberações no Sistema 1.

A questão que se coloca, portanto, é no sentido de compreender que a decisão judicial é, de fato, necessária para solução de conflitos jurídicos postos para julgamento e não é permitido ao juiz negar a jurisdição em casos complexos e urgentes envolvendo o controle judicial de políticas públicas. Nesse tipo de caso complexo, o julgador vivencia um grande dilema, notadamente, quando se está em discussão conflito entre direitos fundamentais, por exemplo, liberdade individual de locomoção e expressão de um lado e direito à saúde coletiva, do outro lado, pois pondera qual deve ser contemplado. Tal dilema ocorre também quando tem que se analisar um conflito entre direito individual à saúde, ligada ao mínimo existencial, em que o autor da demanda pleiteia a disponibilidade urgente de um leito hospitalar, de um lado, e um direito coletivo à saúde, do outro lado, quando se tem notícia de regulação de leitos hospitalares e a existência de uma fila de espera, com inúmeras pessoas com grave quadro de saúde.

Tal como ocorre no famoso *dilema do bonde*, quando se contrapõe a busca de um bem maior com os direitos individuais fundamentais de alguém, uma espécie de contraposição artificial entre as teorias da decisão judicial de Dworkin e Posner. A priori, a ideia de sacrificar um direito individual em prol de um interesse coletivo, seria uma decisão equivocada, na visão dworkiniana, que considera o direito individual como um trunfo. Aí reside a crítica ao utilitarismo e ao



pragmatismo recepcionado por Posner, por suposta desvalorização dos direitos individuais, ao permitir sua violação eventual com fundamento na proteção de direito social.

Ao longo dos últimos anos, neurocientistas como Joshua Greene vêm utilizando variações do famoso *dilema do bonde desgovernado* para, com auxílio de ressonância magnética e de outras tecnologias, demonstrar eventuais falhas de julgamento do Sistema 1, colocando em dúvida determinados princípios absolutos de justiça e equidade, abrindo espaço para o avanço de parâmetros utilitaristas na realização de políticas públicas. A aplicação dessas descobertas no campo do Direito Processual é apresentada por Wolkart (2019). Ele explica que a grande questão que se coloca nesses dilemas é se o indivíduo (e seus direitos fundamentais) pode ser ofendido/violado como meio ou como efeito colateral para satisfação de uma coletividade (e seus interesses). “O resultado parece demonstrar que nossa intuição aponta como imoral o ato de ferir alguém como meio, mas aprova a moralidade de fazê-lo como efeito colateral de um ato de salvamento de um número maior de pessoas” (WOLKART, 2019, p. 193). A intuição viria primeiro (sistema 1) e seria racionalizada pelo segundo (sistema 2). Em outras palavras, o sistema reflexivo atuaria ancorado nos instintos, organizando-os. “Não é o imperativo categórico kantiano que justifica os instintos, mas os instintos que justificam o imperativo categórico” (WOLKART, 2019, p. 195).

É na seara da implementação e controle de políticas públicas, iluminada pelas descobertas dessa forma dual de pensar e de como realizamos nossos juízos morais que se estabelece uma versão mais

atual do pragmatismo. Como demonstrado pelos estudos da neurociência aplicada à moralidade, as intuições do Sistema 1 não devem ser elevados à condição absoluta de princípios de justiça e equidade. Evidentemente, essas descobertas não tendem a modificar a compreensão moral e constitucional de questões absolutamente sensíveis como tortura, pena de morte e aborto, por exemplo. Contudo facilita a percepção dos malefícios provocados por condutas supostamente inofensivas, como aquelas que afetam o meio ambiente e o erário público, nos casos de corrupção e favorecimento pessoal.

Uma das premissas desse pragmatismo mais profundo é a constatação de que a dificuldade de resolver casos difíceis decorre do fato de que cada sociedade, país ou etnia possui suas próprias crenças e intuições do que é certo e errado, forjadas por religião, cultura, meio ambiente e experiências de vida, modelando o Sistema 1. Qualquer discussão moral sobre o valor intrínseco dessas crenças e intuições tende apenas a aprofundar as diferenças. A solução, portanto, seria a adoção de um valor aceito como metamoral. Para Greene (2017, p. 6-26), esse valor é a felicidade ou bem-estar, pelo simples fato de que, independentemente de nossas convicções morais, todos querem ser felizes. Esse pragmatismo profundo, diferente do ativismo judicial, propõe “que se deixem de lado preconceções e que haja um engajamento colaborativo na busca de solução capaz de maximizar o bem-estar social” (WOLKART, 2019, p. 209).

Essa linha de raciocínio pragmático para decidir casos complexos envolvendo a concretização de direitos fundamentais, em tempo de pandemia, aproxima-se com a defendida por Posner, ao reconhecer que os juízes, ao decidirem os casos



difíceis, formulam políticas públicas, buscando soluções que tragam menos custo ou mais benefício para a sociedade. A diferença está no fato de que, diferente de Posner, o qual defende a maximização da riqueza da sociedade, propõe-se que a decisão, nesses casos, deve buscar a maximização do bem-estar social. Em tempos de incerteza, como os dessa Pandemia que vivenciamos, a compreensão de que alguns direitos individuais precisam ser relativizados para garantia do bem-estar social mostra-se necessária.

A atuação do Supremo Tribunal Federal, dos demais tribunais e juízes, no contexto da atual pandemia, indubitavelmente demanda uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão da realidade social e econômica experimentada. Tudo isso tem que ser considerado quando o julgador está diretamente influenciado pela situação de crise, reveladora de uma situação de excepcionalidade causada pelo estado de emergência ou calamidade pública.

A jurisprudência de crise nesse tempo de pandemia revela a tensão entre o constitucionalismo e a necessária proteção de direitos fundamentais, em regime de excepcionalidade. Como a Administração Pública precisa agir rapidamente no enfrentamento dos efeitos da Pandemia, o que muitas vezes pode levar a ações pouco usuais e questionáveis, do ponto de vista estrito das regras legais e constitucionais, severas medidas de restrição de circulação de pessoas e de funcionamento do comércio foram e ainda são tomadas pelos governantes. Além disso, em cenário de escassez de recursos provocado pelo colapso nos sistemas de saúde, aumentou exponencialmente demandas judiciais para garantia de leitos hospitalares.

Nesse cenário de explosão de demandas judiciais para concretização de direitos fundamentais, muitas decisões judiciais foram tomadas, em sede de tutelas de urgência, ponderando entre valores morais caros à sociedade. Evidentemente, que em tempos de normalidade não seria crível e aceitável uma decisão que limitasse um direito fundamental de primeira geração, como a liberdade de locomoção, mesmo sob a justificativa da saúde pública e do bem-estar social.

Como se vê, a decisão judicial, como qualquer outra tomada de decisão, está diretamente influenciada, por aspectos ligados a crenças, emoções e intuições, e o julgador, por desconhecer, muitas vezes, a influência do sistema dual de pensar, acredita estar tomando decisões ponderadas e racionais, quando, na verdade, decide casos complexos baseado em impressões morais, notadamente, quando está vivenciando pessoalmente a realidade social de forma tão próxima e direta.

Consideramos, entretanto, que a jurisprudência de crise exige do julgador, na tomada de decisão, o equilíbrio entre a proteção da normatividade constitucional e as exigências das circunstâncias, com a distribuição de custos sociais e econômicos. O pragmatismo profundo, como apresentado aqui, permite ao juiz, nesse período de jurisprudência de crise, contextualizar o momento de excepcionalidade e as consequências de suas decisões, despindo-se de suas preconceções. Nesse ponto, valoriza ter informações mais completas quanto possível no momento de julgar casos difíceis.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, o que não se nega é a importância da decisão judicial nos casos urgente e complexos, nesse tempo de pandemia, que foram essenciais e importantes para o controle judicial de políticas públicas, porque o Poder Judiciário se fez presente nesses casos em que a política pública efetivada pelos governantes não se concretizou a contento a ponto de depender de intervenção judicial.

Como dito anteriormente, não se pretendeu apontar causa ou explicação para justificativa da decisão judicial tomada pelos julgadores, com o fito de criticá-las, mas refletir sobre os desafios que se apresentaram aos juízes e tribunais em um período de jurisprudência de crise.

O presente ensaio, por óbvio, não se constitui num estudo aprofundado sobre decisão judicial de casos difíceis em tempos de pandemia, mas pretende, como exposto anteriormente, servir como fonte de reflexão a respeito do tema. Nessa linha, as ideias expostas, derivadas de estudos em análise econômica da decisão judicial, podem se constituir em ingredientes para uma investigação mais ampla.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta e FARO, Roberta Pina Barbosa. **A COVID-19 e a asfixia de direitos: a atuação do Poder Judiciário**. São Paulo, Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. 2020, p. 57 – 77.

CONTI, Thomas V. **Crise Tripla do Covid-19: um olhar econômico sobre as políticas públicas de combate à pandemia**. Working Paper. 2020. Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/pubs/coronavirus/>. Acesso em: 23 mai. 2021.

CÔRTEZ. Osmar Mendes Paixão. **Covid/19, processo estrutural e ativismo judicial**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324478/covid-19-processo-estrutural-e-ativismo-judicial>. Acesso em: 23 mai. 2021.

DIAS, Jean Carlos. **Pandemia e a formulação de políticas públicas sanitárias: uma abordagem a partir da análise econômica do direito**. Belém, Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará [recurso eletrônico] / Tribunal de Justiça do Estado do Pará. v.75, n.117 (jan. 2021), p. 356 – 363.

DWORKIN, Ronald. M. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GREEN, Craig. **What does Richard Posner know about how judges think?** Califórnia: California Law Review, v. 98, pp. 625-666, 2010.

GREENE, Joshua D. **Moral tribes: Emotion, Reason and the Gap between us and them**. New York: Penguin Books, 2013.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

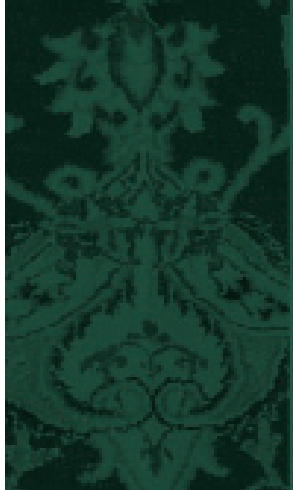
POSNER, Richard. **Problemas da filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SARLET, Ingo W. **O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 — uma retrospectiva (1)**. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>. Acesso em: 23 mai. 2021.

TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável**. Trad. Marcelo Shild. 23<sup>a</sup>. Ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2020.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019.





Josineide Gadelha Pamplona Medeiros

Nirson Medeiros da Silva Neto

POLÍTICA JUDICIÁRIA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA:  
DOS MARCOS POLÍTICO-NORMATIVOS NACIONAIS À  
IMPLEMENTAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ

#### Resumo

O presente artigo trata da política judiciária de justiça restaurativa a partir de uma revisão dos marcos político-normativos, abordando a forma como vem sendo implementada no Tribunal de Justiça do Pará, o que remonta a uma década de experiências, iniciadas no âmbito da Coordenadoria da Infância e Juventude e disseminadas em unidades jurisdicionais da capital paraense e do interior, até tornar-se na atualidade uma política institucional. Assim, o artigo apresenta como a justiça restaurativa converteu-se em parte integrante da política judiciária estadual, tendo como órgão de macrogestão a Coordenadoria de Justiça Restaurativa do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e como está organizado seu Plano de Ações, o qual fora apresentado no início do ano de 2020 e posteriormente encaminhado ao Conselho Nacional de Justiça, a fim de atender à demanda da Resolução CNJ n. 300/2019 quanto ao planejamento de ações voltadas à implantação, difusão e/ou expansão da justiça restaurativa no Poder Judiciário estadual.

**Palavras-chave:** justiça restaurativa; política judiciária; Tribunal de Justiça do Pará.

#### Abstract

This article deals with the judicial policy of restorative justice based on a review of the political-normative frameworks, addressing the way it has been implemented in the Pará Court of Justice, which dates back to a decade of experiences, initiated within the scope of the Coordination of Childhood and Youth and disseminated in jurisdictional units of the capital of Pará and the interior, until an institutional policy is now becoming. Thus, the article presents how restorative justice has become a part of state judicial policy, having as a macro-management body the Coordination of Restorative Justice of the Permanent Center for Consensual Methods of Conflict Resolution, and how its Action Plan is organized, which was presented at the beginning of 2020 and subsequently forwarded to the National Council of Justice, in order to meet the demand of Resolution CNJ no. 300/2019 regarding the planning of actions aimed at the implementation, dissemination and/or expansion of restorative justice in the state judiciary.

**Keywords:** restorative justice; judicial policy; Pará Court of Justice.

# POLÍTICA JUDICIÁRIA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA: DOS MARCOS POLÍTICO-NORMATIVOS NACIONAIS À IMPLEMENTAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ<sup>1</sup>

JUDICIAL POLICY OF RESTORATIVE JUSTICE: FROM NATIONAL POLITICAL-NORMATIVE FRAMEWORKS TO IMPLEMENTATION IN THE PARÁ COURT OF JUSTICE

Josineide Gadelha Pamplona Medeiros\*  
Nirson Medeiros da Silva Neto\*\*

\* Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Pará. Coordenadora do 7º Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania e da Coordenadoria de Justiça Restaurativa. Membro do Comitê Gestor da Política Nacional de Justiça Restaurativa no Âmbito do Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça. E-mail: josineide.pamplona@tjpa.jus.br

\*\*Professor Associado da Universidade Federal do Oeste do Pará. Vice-Diretor do Instituto de Ciências da Sociedade. Coordenador da Clínica de Justiça Restaurativa da Amazônia. E-mail: nirson.silva@ufopa.edu.br

## INTRODUÇÃO

Justiça restaurativa é uma forma de imaginar, praticar e vivenciar a justiça que se caracteriza pela inclusão de todos os afetados por uma dada situação de conflito que envolve danos, configurada ou não como crime ou ato infracional, com foco sobretudo no atendimento de necessidades e direitos humanos, na prevenção e transformação dos padrões de violência (em suas expressões direta, estrutural, institucional, cultural e histórica), assim como na reparação dos danos e na restauração do tecido social rompido em razão de uma ofensa. Esta abordagem apresenta potencial para favorecer processos dialógicos e emancipatórios no tratamento de situações conflitivas através do uso de tecnologias sociais que visam à responsabilização dos autores de atos danosos, à atenção aos traumas

sofridos pelas vítimas e ao empoderamento de famílias e comunidades, reparando e fortalecendo os vínculos sociais violados em decorrência do conflito e dos danos que provocara aos atores envolvidos (ZEHR, 2017 e 2018; ELLIOTT, 2018).

Ainda que haja controvérsias sobre as primeiras iniciativas brasileiras de justiça restaurativa, foi no início do século XXI que a justiça restaurativa ganhara particular importância no âmbito judiciário em decorrência de três projetos-piloto instituídos a partir de um convênio entre a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). A parceria entre o governo brasileiro e a Organização das Nações Unidas (ONU) contribuiu para a implantação e implementação dos primeiros programas oficiais de justiça restaurativa no contexto do sistema de justiça brasileiro, especificamente em Brasília (DF), Porto Alegre (RS) e São Caetano do

<sup>1</sup> O presente texto corresponde a uma adaptação para o formato de artigo do Plano de Ações da Coordenadoria de Justiça Restaurativa, vinculada ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, do Tribunal de Justiça do Pará. O Plano foi composto pelos autores deste artigo e apresentado ao Tribunal em março de 2020.



Sul (SP), os quais hoje são as principais referências históricas para o movimento restaurativo no Brasil (DE VITTO, SLAKMON & PINTO, 2005; SLAKMON, MACHADO & BOTTINI, 2006; SILVA NETO, LIMA & COSTA, 2019).

Os quase 20 anos de experiências judiciárias institucionalizadas de justiça restaurativa contribuíram para a expansão da abordagem restaurativa em diversos campos, dentro e fora do sistema de justiça, tais como escolas, comunidades, polícias, prisões, ambientes organizacionais, igrejas, unidades de atendimento socioeducativo, equipamentos de assistência social, serviços de atenção a vítimas, etc., todavia com particular destaque para as áreas da justiça juvenil e do atendimento socioeducativo, que desde 2012 contam com a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) que expressamente tem como princípios a “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas”, assim como o “fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo” (Lei 12.594/2012, art. 35). Esta, até a data em que escrevemos este artigo, é a única legislação nacional que faz expressa menção à justiça restaurativa.

## 1. DESENVOLVIMENTO

Apesar do relativo silêncio legislativo em torno da justiça restaurativa, o mesmo não se pode falar da política judiciária, que apresenta um extenso corpo normativo versando sobre a temática. A primeira referência expressa à justiça restaurativa encontramos na versão inicial da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu a Política Nacional de Tratamento Adequado dos

Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário. O texto desta Resolução – alterado posteriormente – previa explicitamente o estímulo a programas de mediação penal e outros processos restaurativos, respeitando-se os princípios básicos presentes na Resolução n. 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos. Anos mais tarde, como uma política autônoma e independente da política de tratamento adequado de conflitos de interesses, nasceu a política judiciária de justiça restaurativa, sobre a qual passamos a tratar agora mais acuradamente.

A partir de uma década de experimentações institucionais da justiça restaurativa em terreno brasileiro, em 2016 o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n. 225, instituindo a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Âmbito do Poder Judiciário, o que inaugurou um novo estágio de desenvolvimento deste modelo de administração de conflitos em nosso país. A Resolução n. 225/2016 foi, contudo, precedida pela Meta 08 do CNJ para 2016 – aprovada no ano de 2015 –, que já recomendava a instalação de serviços restaurativos nos tribunais de justiça estaduais, o que ulteriormente restou estendido para os federais (CRUZ, 2016). Embora seja um importante marco político-normativo, esta Resolução trouxe um conjunto de desafios para sua efetivação por parte dos Tribunais de Justiça, que levaram à criação do Comitê Gestor da Política Judiciária Nacional de Justiça Restaurativa, composto por conselheiros do CNJ e magistrados com experiência no campo da justiça restaurativa integrantes de diferentes unidades da Federação (Portarias n. 91/2016, 43/2018, 137/2018 e 22/2020 do CNJ).

Os trabalhos do Comitê Gestor levaram à proposição do Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa e à aprovação, em novembro de 2019, da Resolução n. 300/2019 do CNJ, que alterou a Resolução n. 225/2016, inserindo dispositivo que determina aos Tribunais de Justiça estaduais e federais que apresentem ao Conselho Nacional de Justiça plano de implantação, difusão e expansão da justiça restaurativa que atenda à qualidade necessária à sua implementação e esteja em consonância com as diretrizes programáticas do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional, elaborado pelo Comitê Gestor. Entre as diretrizes a serem observadas pelos Tribunais de Justiça estaduais e federais, a Resolução n. 300/2019 destaca:

- I – implementação e/ou estruturação de um Órgão Central de Macrogestão e Coordenação, com estrutura e pessoal para tanto, para desenvolver a implantação, a difusão e a expansão da Justiça Restaurativa, na amplitude prevista no artigo 1o desta Resolução, bem como para garantir suporte e possibilitar supervisão aos projetos e às ações voltados à sua materialização, observado o disposto no artigo 5º, *caput* e § 2º (Item 6.2 do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional);
- II – desenvolvimento de formações com um padrão mínimo de qualidade e plano de supervisão continuada (Item 6.4 do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional);
- III – atuação universal, sistêmica, interinstitucional, interdisciplinar, intersetorial, formativa e de suporte, com articulação necessária com outros órgãos e demais instituições, públicas e privadas, bem como com a sociedade civil organizada, tanto no âmbito da organização macro quanto em cada uma das localidades em que a Justiça Restaurativa se materializar como concretização dos programas (Item

- 6.6 do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional);
- IV – implementação e/ou estruturação de espaços adequados e seguros para a execução dos projetos e das ações da Justiça Restaurativa, que contem com estrutura física e humana, bem como, que proporcionem a articulação comunitária (Item 6.8 do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional); e
- V – elaboração de estudos e avaliações que permitam a compreensão do que vem sendo construído e o que pode ser aperfeiçoado para que os princípios e valores restaurativos sejam sempre respeitados (Item 6.10 do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional) (Resolução n. 225/2016, art. 28-A, inserido pela Resolução n. 300/2019).

No contexto do Conselho Nacional de Justiça, outras frentes de trabalho e de definição de políticas institucionais do Poder Judiciário também apontam para a adoção de abordagens restaurativas pelos Tribunais de Justiça. Possuem particular importância as políticas voltadas para os setores da prevenção e enfrentamento da violência doméstica, familiar e de gênero e da aplicação e execução de alternativas penais. No que tange à primeira, em 2017 o CNJ, sob a regência da ministra Cármen Lúcia, deliberou incluir a justiça restaurativa como parte da programação da 8ª Semana da Justiça pela Paz em Casa, uma das ações resultantes da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres no Poder Judiciário, instituída pela Portaria n. 15/2017, o que fez emergir a necessidade de capacitação de profissionais que trabalham no campo da violência doméstica e familiar contra a mulher em metodologias e abordagens restaurativas, até então pouco disseminadas neste setor.

No tocante à segunda, a Resolução n. 288/2019, desenvolvida por intermédio de outro grupo de trabalho no CNJ, definiu a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais com enfoque restaurativo. Esta política institucional trouxe para o campo das alternativas penais uma nova linguagem, indicando que as penas e medidas alternativas deveriam adotar um enfoque restaurativo. Isto significou na prática incluir entre as finalidades das alternativas penais: (1) o reconhecimento da dignidade, autonomia e liberdade das partes envolvidas em conflitos; (2) a responsabilização da pessoa submetida à medida de tal sorte que se garanta a manutenção do seu vínculo com a comunidade; (3) o fomento a mecanismos horizontalizados e autocompositivos, a partir de soluções participativas e ajustadas à realidade das partes; (4) a restauração das relações sociais, a reparação dos danos e a promoção da cultura da paz; (5) a proteção social das pessoas em cumprimento de alternativas penais e sua inclusão em serviços e políticas públicas; e (6) o respeito à equidade e às diversidades (Resolução n. 288/2019, art. 3º).

Não são menos dignas de nota a política judiciária de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais e a política voltada à prevenção e ao enfrentamento do assédio moral, do assédio sexual e da discriminação no Poder Judiciário. A primeira política foi instituída pela Resolução n. 253/2018 e trouxe um enfoque marcadamente restaurativo ao atendimento judiciário prestado às vítimas. Nela está prevista a determinação de que os tribunais instituem Centros Especializados de Atenção às Vítimas que possuem a atribuição de:

- I – funcionar como canal especializado de
- I – funcionar como canal especializado de atendimento, acolhimento e orientação às vítimas diretas e indiretas de crimes e atos infracionais;

II – avaliar a necessidade de propor ao tribunal a criação de plantão especializado de servidores(as) para atendimento às vítimas, destinando parcela da jornada dos(as) servidores(as) integrantes das equipes multidisciplinares e os espaços físicos adequados para tal;

III – fornecer informações sobre a tramitação de inquéritos e processos judiciais que tenham por objeto a apuração de crime ou ato infracional, ou a reparação de dano decorrente de sua prática;

IV – propor ao tribunal a adoção de providências para destinar ambientes de espera separados para a vítima e seus familiares nos locais de realização de diligências processuais e audiências;

V – fornecer informações sobre os direitos das vítimas, nos limites do campo de conhecimento da equipe multidisciplinar;

VI – promover o encaminhamento formal das vítimas para a rede de serviços públicos disponíveis na localidade, em especial os de assistência jurídica, médica, psicológica, social e previdenciária;

VII – fornecer informações sobre os programas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e promover o respectivo encaminhamento formal, se for o caso;

VIII – encaminhar a vítima aos programas de justiça restaurativa eventualmente instituídos em conformidade com a Resolução CNJ n. 225/2016; e

IX – auxiliar e subsidiar a implantação da política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. (Resolução n. 253/2018, art. 2º)

Já a Política de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação no Âmbito do Poder Judiciário, presente na Resolução n. 351/2020, compreende que a adoção de práticas restaurativas nos tribunais pode ser uma alternativa para a resolução de conflitos internos, assim como para a promoção de um ambiente de trabalho saudável. Por

isso, prevê que nos tribunais a justiça restaurativa deve ser incentivada como estratégia institucional para a prevenção e o combate ao assédio e à discriminação nas relações laborais e organizacionais.

Além das referidas linhas de ação, outra iniciativa no âmbito do Conselho Nacional de Justiça é decorrente do legado do programa Justiça Presente, que desencadeou o programa Fazendo Justiça, coordenado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ). Trata-se de uma parceria entre o CNJ e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, apoiada pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública, com vistas ao enfrentamento de desafios estruturais no campo da privação de liberdade no Brasil. Um dos eixos de atuação do Fazendo Justiça é voltado para a justiça restaurativa, incluída entre as ações relacionadas à proporcionalidade penal, mormente no campo socioeducativo, mas também no da execução penal. Em razão disso, no íterim do programa, a partir de 2020 foi desenvolvido o projeto Rede Justiça Restaurativa que, em um ano de atividades e com a colaboração do Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo – São Paulo (CDHEP), contribuiu para a consolidação e início da operação de Núcleos de Justiça Restaurativa em dez tribunais. O projeto alcançou os Tribunais de Justiça do Acre, Alagoas, Amapá, Ceará, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima e Rondônia, assim como o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3).

Em paralelo a estas linhas político-institucionais, o Comitê Gestor da Política Judiciária Nacional de Justiça Restaurativa tem desenvolvido ações específicas destinadas ao fortalecimento e qualificação

das formações em justiça restaurativa no contexto do Poder Judiciário, instituindo parâmetros curriculares nacionais para os cursos tocantes ao campo restaurativo ofertados pelas escolas judiciais e entidades parceiras. Não foi por outro motivo que, em 2020, realizou-se uma ampla consulta pública nacional a fim de coleccionar contribuições de diferentes organismos e instituições, internas e externas ao sistema de justiça, que ofertam regularmente cursos sobre justiça restaurativa. A partir desta consulta, foi elaborado o documento intitulado “Diretrizes do Plano Pedagógico Mínimo Orientador para Formações em Justiça Restaurativa”, o qual veio a público em maio de 2021 e atualmente é o instrumento balizador para cursos teóricos e práticos de justiça restaurativa no Poder Judiciário, incluindo treinamentos para facilitadores, sejam eles em formato presencial, sejam na modalidade de educação a distância.

Esta história cuja origem remonta à emergência e consolidação de marcos político-normativos do Poder Judiciário em escala nacional, desencadeou no Estado do Pará a criação do Programa de Justiça Restaurativa do TJPA, através da Portaria n. 5.821/2016 – Gabinete da Presidência (GP), que fomentou a institucionalização de dois projetos de justiça restaurativa na capital paraense (Belém) e um projeto na comarca de Santarém, este último sendo resultante de uma parceria interinstitucional com a Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA), intitulada Programa de Justiça Restaurativa Amazônia da Paz, cujas primeiras iniciativas datam do ano de 2011. Importante frisar, no entanto, que o TJPA desde ao menos o princípio da última década tem desenvolvido iniciativas de justiça restaurativa que precederam as experiências anteriormente indicadas e institucionalizadas pela Portaria da Presidência

do Tribunal. Estas iniciativas vêm sendo levadas a efeito por intermédio da Coordenadoria da Infância e Juventude (CEIJ), que já promoveu diversas discussões, formações e eventos com vistas a disseminar a abordagem restaurativa em sua esfera de atuação institucional.

Como reflexo do histórico de experiências com justiça restaurativa no Brasil e no Estado do Pará e em razão dos marcos político-normativos estabelecidos pelo CNJ, o TJPA incluiu em seu Planejamento Estratégico vigente até 2020, por meio da Resolução n. 35/2016, a Iniciativa Estratégica 7.1 direcionada ao “fortalecimento da Justiça Restaurativa”. Dois anos mais tarde, o TJPA criou a Coordenadoria de Justiça Restaurativa (CJR), através da Resolução n. 23/2018, que dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC). A partir de deliberação dos membros do NUPEMEC em maio de 2021, a CJR passou a incorporar as atribuições de macrogestão da justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário estadual com o objetivo de desenvolver plano de difusão, divulgação, expansão, implementação e acompanhamento do Programa de Justiça Restaurativa do TJPA.

Os projetos e iniciativas no campo da justiça restaurativa no Estado do Pará, assim como as orientações da Política Judiciária Nacional para o setor revelaram os desafios para a implantação, implementação, expansão, qualificação e sustentabilidade de sistemas restaurativos que incluem: constituição de infraestrutura adequada (espaço físico, materiais e quadro de pessoal); articulação com outros poderes, atores sociais, instituições públicas e privadas, organizações não governamentais e entidades

da sociedade civil; atuação em rede, interdisciplinar, interinstitucional e intersetorial; acessibilidade ao público-alvo, profissionais e potenciais usuários do sistema; construção de canais de divulgação dos serviços restaurativos; e, por último mas não menos importante, formação, supervisão e suporte técnico a facilitadores, multiplicadores/instrutores e demais atores que trabalham com justiça restaurativa. Com o objetivo de atender a essas condições de viabilidade da justiça restaurativa, no princípio do ano de 2020, a Coordenadoria de Justiça Restaurativa apresentou o Plano de Ações intitulado “Justiça Restaurativa: Construindo Paz e Bem Viver”, o qual foi elaborado visando a fortalecer os projetos e iniciativas que integram o Programa de Justiça Restaurativa do TJPA, assim como contribuir para a expansão, qualificação e sustentabilidade destas e de outras experiências restaurativas no Estado do Pará.

Doravante, faremos algumas anotações sobre o Plano de Ações da CJR, a começar por seu título, que pode gerar certo estranhamento. Ele traz implícita uma compreensão da justiça restaurativa como estratégia voltada à construção sustentável da paz, o que implica não apenas a prevenção e o enfrentamento de violências diretas e conflitos intersubjetivos, senão também a transformação de fatores estruturais, institucionais, culturais e históricos que contribuem para a produção e reprodução de violações a pessoas e relacionamentos, assim como ao ambiente e os seres que nele habitam. Neste sentido, a abordagem restaurativa caminha ao lado de esforços pela concretização da justiça social e ambiental, considerando temas como as relações étnico-raciais, interculturais, entre gêneros, classes, gerações e grupos com visões diferentes quanto à interação humanidade/natureza. Por isso dialoga com noções



como equidade, bem-estar individual e coletivo, qualidade de vida e bem viver – esta última presente nas culturas ameríndias, remetendo a uma concepção de vida harmônica entre os seres humanos, o mundo natural e os demais entes que o integram.

Nesta linha de entendimento, a justiça restaurativa se apresenta como uma estratégia disponível ao Poder Judiciário brasileiro para a realização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), recomendados pela Agenda 2030 da ONU, cujo Objetivo 16 indica: “Paz, justiça e instituições eficazes – Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”. Enquanto forma de imaginar, praticar e vivenciar a justiça, o modelo restaurativo não exclui preocupações com o desenvolvimento, mas alinha estas preocupações com um olhar voltado para a concretização histórica de direitos e o atendimento de necessidades humanas, considerando a importância de se construir e/ou reforçar modos de vida ecologicamente equilibrados capazes de garantir uma boa vida para as presentes e futuras gerações (PAMPLONA MEDEIROS, SILVA NETO & GUIMARÃES, 2020). Esta compreensão da justiça restaurativa está subjacente às ações previstas no Plano e que são balizas para o trabalho da Coordenadoria de Justiça Restaurativa.

A fim de atender à Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, em conformidade com a Resolução n. 325/2020 do Conselho Nacional de Justiça, e considerando a visão expandida de justiça restaurativa apresentada acima, o Plano de Ações “Justiça Restaurativa: Construindo Paz e Bem Viver”

considera 12 (doze) eixos em que o Tribunal de Justiça do Pará poderá atuar, quais sejam:

1. Justiça restaurativa na defesa, proteção e promoção de direitos de crianças e adolescentes.
2. Justiça restaurativa na prevenção e enfrentamento da violência doméstica, familiar e de gênero.
3. Justiça restaurativa no sistema de justiça criminal e de execuções penais.
4. Justiça restaurativa e atenção às vítimas de crimes, atos infracionais e outros eventos traumagênicos.
5. Justiça restaurativa nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.
6. Justiça restaurativa no tratamento de conflitos fundiários, agrários e socioambientais.
7. Justiça restaurativa no tratamento de conflitos que envolvem relações étnico-raciais e interculturais.
8. Formação e supervisão de facilitadores e multiplicadores/instrutores de justiça restaurativa.
9. Sensibilização e disseminação social da justiça restaurativa.
10. Comunicação não violenta, saúde e qualidade de vida no ambiente de trabalho e organizacional do TJPA.
11. Justiça restaurativa, atuação em rede e parcerias interinstitucionais.
12. Governança compartilhada, inclusiva e colaborativa da justiça restaurativa.

Em decorrência das atribuições da Coordenadoria da Justiça Restaurativa, o Plano de Ações apresenta uma escala de alcance estadual, suas atividades estando passíveis de serem acionadas por toda e qualquer unidade jurisdicional do Estado do Pará que se revele interessada em implantar, implementar, qualificar, expandir, disseminar e/ou garantir a sustentabilidade de projetos e iniciativas de justiça restaurativa. Para efeito de gestão e estabelecimento de estratégias de



desenvolvimento do Plano de Ações são consideradas 03 (três) regiões como base das ações, tendo como referência as comarcas de Belém, Santarém e Marabá, respectivamente. A classificação das regiões objeto do Plano se dá conforme a seguinte classificação:

- 1ª Região: mesorregiões Metropolitana de Belém e do Marajó – comarca de referência: Belém.
- 2ª Região: mesorregiões do Baixo Amazonas e do Sudoeste Paraense – comarca de referência: Santarém.
- 3ª Região: mesorregiões do Nordeste Paraense e do Sudeste Paraense – comarca de referência: Marabá.

Embora proposto e administrado pela Coordenadoria de Justiça Restaurativa, o Plano de Ações busca adotar um modelo de governança baseado em práticas colaborativas e processos deliberativos compartilhados, valendo-se, tanto quanto possível, de metodologias cooperativas e inclusivas para o planejamento de ações e tomada de decisões. A gestão do Plano de Ações, portanto, deve envidar esforços no sentido de promover espaços de diálogo em que possam ser viabilizadas a apresentação e discussão das contribuições à administração da justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário estadual paraense ofertadas pelos gestores das unidades jurisdicionais interessadas, servidores, colaboradores, voluntários, instituições e organizações parceiras.

Para tanto, o Plano prevê a criação de um grupo em plataforma virtual de gestão de equipes adotada pelo TJPA. Imagina-se que o grupo, sob a condução e facilitação da Coordenadoria da Justiça Restaurativa, tenha como membros os gestores das unidades jurisdicionais que desenvolvem projetos/iniciativas de justiça restaurativa e representantes de setores administrativos interessados nas atividades

relacionadas às ações da Coordenadoria. Os encontros virtuais do grupo podem funcionar como veículos de comunicação continuada entre os atores que atuam na realização da justiça restaurativa no contexto do TJPA. Vislumbra-se que a plataforma organizacional, que permite interações remotas, pode ser um dos principais meios para a realização de reuniões, planejamento de ações e tomada de decisões relacionadas à justiça restaurativa, sem que se exclua a possibilidade de reuniões presenciais, sempre que possível e necessário.

Para além dos gestores de projetos/iniciativas de justiça restaurativa, a CJR também pode se valer da promoção de reuniões presenciais ou virtuais com outros membros de unidades jurisdicionais interessados em trabalhar com justiça restaurativa, mas que ainda não desenvolvam ações neste sentido, bem como com servidores, colaboradores, voluntários, instituições públicas e privadas, organismos governamentais, organizações não governamentais e entidades da sociedade civil parceiras do TJPA, quando for viável e houver necessidade de se coordenar ações e construir, com um conjunto mais ampliado de atores, estratégias de implantação, implementação, disseminação, qualificação e sustentabilidade da justiça restaurativa no Estado do Pará.

Independentemente de outras ações, como principal estratégia de consolidação da justiça restaurativa no Estado do Pará, o Plano de Ações privilegia a realização de atividades formativas, ofertando diretamente ou buscando viabilizar a oferta por outras instituições e organizações parceiras de diferentes modalidades de cursos, minicursos, oficinas e workshops relacionados à temática da justiça restaurativa, sempre que possível integrando

teoria e prática e considerando a diversidade das metodologias restaurativas praticadas no Brasil e internacionalmente. Entre as atividades formativas previstas, adequadas a cada eixo de ação do Plano, destacamos:

- Curso de Introdução à Justiça Restaurativa – presencial, remoto e/ou à distância.
- Curso de Aprofundamento em Justiça Restaurativa – presencial, remoto e/ou à distância.
- Curso de Formação de Facilitadores de Círculos de Justiça Restaurativa e Construção de Paz.
- Curso de Formação de Multiplicadores/ Instrutores de Círculos de Justiça Restaurativa e Construção de Paz.

Os cursos de introdução e aprofundamento em justiça restaurativa tomam como referenciais teórico-metodológicos a literatura nacional e internacional acerca da temática, considerando as diferentes teorias e metodologias praticadas no Brasil e mundo afora, assim como a diversidade dos campos de aplicação da justiça restaurativa. Já os cursos de formação de facilitadores e multiplicadores/instrutores privilegiam a metodologia dos peacemaking circles ou processos circulares, inspirada nas tradições ameríndias de resolução de conflitos e que tem como autores de referência Pranis (2010 e 2011), Pranis, Stuart e Wedge (2003) e Pranis e Boyes-Watson (2011 e 2018). Os cursos de justiça restaurativa ofertados pela CJR, no entanto, podem incluir outras abordagens e metodologias, tais como:

- Conferências Vítima-Ofensor.
- Conferências Vítima-Ofensor-Comunidade.
- Conferências de Grupo Familiar.
- Escola de Perdão e Reconciliação.
- Fundamentos da Justiça Restaurativa.
- Comunicação Não Violenta.

- Círculos Transformativos.
- Estratégias para Conscientização de Traumas e Resiliência (STAR).

No tocante à oferta de cursos, o Plano de Ações busca desenvolver estratégias que tenham o potencial de alcançar o maior número possível de comarcas do Estado do Pará. Por esta razão, tenta compatibilizar o oferecimento de formações teóricas e práticas, nas modalidades presencial, remota e a distância (EaD), quando isto se demonstrar adequado, sem prejuízo do aprendizado das competências (conteúdos, habilidades e atitudes) necessárias ao trabalho com justiça restaurativa. Quanto aos cursos presenciais, sempre que se demonstrar técnica, financeira e operacionalmente viável, o Plano registra a importância de as formações serem ofertadas em igual quantidade e qualidade nas 03 (três) regiões anteriormente mencionadas, de sorte que a maioria das comarcas do Estado venha a ter a possibilidade de acessar aos cursos disponibilizados pela Coordenadoria de Justiça Restaurativa.

Para todas as turmas de facilitadores e multiplicadores/instrutores formados no âmbito do TJPA, assim como para membros de unidades jurisdicionais, instituições, organizações e entidades parceiras, a CJR, sempre que demandada, tem por atribuição disponibilizar suporte técnico – teórico e metodológico – em justiça restaurativa, dentro dos limites de sua disponibilidade de tempo e recursos humanos, materiais, tecnológicos e de conhecimento. Independentemente de demanda, porém, a Coordenadoria objetiva realizar acompanhamento e oferecer supervisão aos facilitadores e multiplicadores/instrutores, criando e mantendo atualizado um banco de dados com informações relativas àqueles que foram certificados ou estão em processo de certificação e

que o TJPA possa contar como colaboradores para os serviços restaurativos prestados à população paraense por intermédio do Poder Judiciário estadual.

Paralelamente às atividades formativas, o Plano de Ações aponta para o desenvolvimento de atividades de sensibilização e disseminação voltadas a profissionais do sistema de justiça e à comunidade local, as quais podem se valer de palestras, minicursos, oficinas, workshops, círculos de diálogo e outras estratégias capazes de divulgar a filosofia, valores, princípios e metodologias da justiça restaurativa na sociedade paraense. Neste ínterim, almeja-se realizar anualmente, sob a responsabilidade da CJR, um encontro destinado a congregar facilitadores, multiplicadores/instrutores, profissionais e membros da comunidade local em torno de discussões teórico-práticas e de avaliações dos trabalhos relacionados à justiça restaurativa no Estado do Pará, sempre trazendo, na medida dos recursos disponíveis, ao menos 01 (uma) referência nacional ou internacional para participar como conferencista.

Para o desenvolvimento das ações voltadas a promover a saúde e a qualidade de vida no ambiente de trabalho e organizacional, o Plano sugere a adoção da metodologia dos processos circulares, mais especificamente os círculos de diálogo, tomando também como referencial teórico-prático a linguagem da comunicação não violenta, formulada pelo psicólogo estadunidense Marshall Rosenberg e difundida no Brasil sobretudo pelo sociólogo inglês Dominic Barter. Neste eixo de ações, podem igualmente ser realizados minicursos, oficinas e/ou workshops de comunicação não violenta aplicada ao contexto laboral e das organizações, sem necessariamente

utilizar-se de processos circulares. Nada obsta, porém, que outras abordagens e metodologias que se demonstrarem interessantes e viáveis venham a ser adotadas para o desenvolvimento destas ações.

Com fito na concretização dos eixos de ação previstos no Plano, está previsto que a Coordenadoria de Justiça Restaurativa buscará o estabelecimento de parcerias interinstitucionais e a atuação em rede com organismos dos sistemas de justiça, segurança pública, educação, assistência social e saúde, assim como com organizações não governamentais e entidades da sociedade civil. Para tanto, é indicado o empreendimento de esforços no sentido de firmar convênios, termos de cooperação técnico-científica, protocolos de intenções e outros instrumentos jurídicos, particularmente com instituições de educação superior, órgãos que integram a administração pública e organizações não governamentais com expertise na área da justiça restaurativa, de sorte que se concretize os objetivos visados com um mínimo possível de oneração dos quadros de pessoal e da infraestrutura do TJPA.

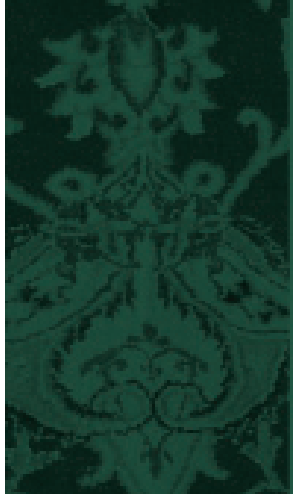
## CONCLUSÃO

Finalmente, é importante destacar que as ações descritas acima precisam passar por avaliação regular e continuada pela equipe que integra a coordenação e a execução do Plano, assim como pelos colaboradores e parceiros, o que há de se dar sempre em observância à filosofia, valores e princípios restaurativos e, na medida do possível, utilizando-se metodologias restaurativas de discussão e deliberação. Visando ao aperfeiçoamento das ações do Programa de Justiça Restaurativa do TJPA e do Plano de Ações,

a Coordenadoria pode procurar estabelecer parceria com grupos e projetos de pesquisa de instituições de educação superior a fim de que sejam realizados estudos que produzam, analisem e avaliem dados relativos à justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário estadual. Mas, independentemente da colaboração de atores externos, faz-se necessária uma acurada e continuada avaliação dos processos e resultados alcançados pelas ações da Coordenadoria, elaborando-se regularmente relatórios das atividades a serem reportados ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e à Presidência do TJPA, também viabilizando-se sua divulgação em plataforma virtual com amplo e transparente acesso ao público interessado.

## REFERÊNCIAS

- CRUZ, F. B. (coord.). **Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225**. Brasília: CNJ, 2016.
- DE VITTO, R. C. P., SLAKMON, C. e PINTO, R. S. G. (orgs.). **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça, PNUD, 2005.
- SILVA NETO, N. M.; LIMA, I. M. S. O.; COSTA, D. C. A. Dossiê "Justiça restaurativa no Brasil: experiências e pesquisas de Sul a Norte". **Revista Ciências da Sociedade (RCS)**, vol. 3, n. 6, jul./dez. de 2019.
- SLAKMON, C., MACHADO, M. R., BOTTINI, P. C. (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.
- ELLIOTT, E. M. **Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades seguras**. Trad. Cris- tina Telles Assumpção. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018.
- PAMPLONA MEDEIROS, J. G., SILVA NETO, N. M., e GUIMARÃES, J. L. C. Justiça restaurativa e desenvolvimento sustentável na Amazônia: uma revisão teórica preliminar. In: MELO, S. e BRASILEIRO, T. S. A. (orgs.) **Sociedade, natureza e desenvolvimento na Amazônia**. Curitiba, Brazil: CRV, 2020.
- PRANIS, K. **Processos Circulares**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.
- PRANIS, K. **Círculo de justiça restaurativa e de construção de paz: guia do facilitador**. Trad. Fátima De Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.
- PRANIS, K.; STUART, B.; e WEDGE, M. **Peacemaking circles: from conflict to community**. St. Paul, Minnesota, USA: Living Justice Press, 2003.
- PRANIS, K. e BOYES-WATSON, C. **No coração da esperança: guia de práticas circulares**. Trad. Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.
- PRANIS, K. e BOYES-WATSON, C. **Círculos em movimento: construindo uma comunidade escolar restaurativa**. Trad. Fátima de Bastiani. Porto Alegre; Fortaleza: AJURIS; TDH, 2018.
- ZEHR, H. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2018.
- ZEHR, H. **Justiça restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2017.



Manoel Antônio Silva Macêdo  
Gabriela Mascarenhas Lasmar

O NOVO REGIME DAS INCAPACIDADES: ANÁLISE CRÍTICA  
SOBRE POSSÍVEIS INCONSISTÊNCIAS:

#### **Resumo**

O presente artigo tem como finalidade analisar as mudanças operadas sobre o regime das incapacidades, através da Lei 13.146, de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por meio do método de abordagem dedutiva, com apoio em pesquisas bibliográfica e documental, esta proposta investigativa abrange o objetivo de responder aos problemas referentes à atual (des)proteção das pessoas com deficiência e acerca das incoerências decorrentes do regime das incapacidades em vigor.

**Palavras-chave:** Incapacidades. Pessoa com deficiência. Proteção. Inconsistências.

#### **Abstract**

Abstract: The purpose of this article is to analyze the changes made to the disability regime, through Law 13,146, of July 2015, which instituted the Statute for Persons with Disabilities. Through the deductive approach method, supported by bibliographic and documentary research, this investigative proposal covers the objective of responding to the problems related to the current (dis) protection of people with disabilities and about the inconsistencies resulting from the current disability regime.

**Keywords:** Disabilities. Disabled person. Protection. Inconsistencies.

# O NOVO REGIME DAS INCAPACIDADES: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE POSSÍVEIS INCONSISTÊNCIAS

THE NEW DISABILITY REGIME: CRITICAL ANALYSIS OF POSSIBLE INCONSISTENCIES

Manoel Antônio Silva Macêdo\*  
Gabriela Mascarenhas Lasmar\*\*

\* Doutorando e Mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu da PUC Minas. Juiz do TJPA.

\*\* Advogada. Doutoranda em Direito Privado pela PUC Minas. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professora da Faculdades Milton Campos.

## INTRODUÇÃO

Os arts. 3.º e 4.º do Código Civil foram profundamente alterados pela Lei 13.146, de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabelecendo uma nova teoria das incapacidades dentro do Direito Civil Brasileiro.

Resta saber se tal mudança representou um avanço ou retrocesso para a proteção das pessoas com deficiência, antes enquadradas como incapazes.

Pretende-se, pois, abordar as mudanças operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a fim de se oferecer uma perspectiva crítica sobre o atual regime das incapacidades.

## 1. O REGIME ATUAL DAS INCAPACIDADES

A capacidade para a prática dos atos da vida civil é dividida em dois eixos: capacidade de fato e capacidade de direito. Consoante lição de Sílvio de Salvo Venosa, capacidade de fato é a aptidão para exercer por si só os atos da vida civil, que exige certas qualidades ou requisitos, sem os quais o indivíduo

será considerado incapaz. Se a incapacidade for absoluta, a pessoa fica totalmente tolhida de exercer pessoalmente os atos da vida civil, dependendo de representação para o exercício, sob pena de nulidade absoluta do negócio jurídico eventualmente celebrado, conforme o art. 166, inciso I, do Código Civil. Se for relativa, permite-se o exercício parcial dos atos da vida civil quanto a alguns direitos, exigindo, em regra<sup>1</sup>, a assistência, cuja ausência gera a anulabilidade do negócio jurídico celebrado, dependente de eventual iniciativa do lesado (art. 171, inc. I, do CC) (VENOSA, 2019, p. 7).

Noutro passo, a capacidade de direito é possuída por todos os seres humanos, eis que inerente à própria personalidade, independentemente de aptidões, qualidades ou requisitos (VENOSA, 2019, p. 7).

Note-se que o regime das incapacidades se refere ao exercício pessoal dos atos da vida civil, tocando, portanto, a capacidade de fato do sujeito de

<sup>1</sup> Diz-se “em regra”, pois o Código Civil admite que os maiores de 16 e menores de 18 anos possam ser mandatários, contrair casamento, testar e testemunhar (arts. 228, I; art. 666; art. 1517; art. 1860, parágrafo único).



direitos, que, para ser declarado incapaz, submete-se a um processo próprio de interdição – de natureza declaratória e cuja sentença deve ser registrada no registro de pessoas naturais (art. 755, § 3º, CPC).

Caio Mário da Silva Pereira explica que:

Se a capacidade de direito ou de gozo é geminada com a personalidade de que naturalmente decorre, a capacidade de fato ou de exercício nem sempre coincide com a primeira, porque algumas pessoas, sem perderem os atributos da personalidade, não têm a faculdade do exercício pessoal e direto dos direitos civis. Aos que assim são tratados pela lei, o direito denomina incapazes. Como a incapacidade é uma restrição ao poder de agir, deve ser sempre encarada *stricti iuris* e sob a iluminação do princípio segundo o qual a capacidade é a regra, e a incapacidade, a exceção.

[...] O que é necessário frisar é que, pelo direito brasileiro, a incapacidade resulta da coincidência da situação de fato em que se encontra o indivíduo e a hipótese jurídica da *capitis deminutio* definida na lei. (PEREIRA, 2020, p. 228).

Atualmente, estão sujeitos ao instituto da interdição, conforme o art. 1.767 do Código Civil, apenas os relativamente incapazes que são aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade, os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os pródigos, com exceção dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Os artigos 3º e 4º do Código Civil tratam do regime das incapacidades para a prática de atos da vida civil. E, segundo tais dispositivos legais, a incapacidade da pessoa pode se dar em razão da falta de discernimento, com base no critério etário ou pelo critério da saúde mental.

Pelo critério etário, são capazes os maiores com 18 (dezoito) anos completos. Já os menores de 16 (dezesseis) anos completos até os 18 (dezoito) anos incompletos são considerados relativamente incapazes, aos quais se reconhece certo amadurecimento para compreender o alcance de alguns atos, ao passo que os menores de 16 anos são categorizados como absolutamente incapazes. Ambos os mencionados menores de 18 anos de idade incompletos não estão sujeitos a processo de interdição, em virtude do critério etário ser de *pleno iure*, não admitindo prova em contrário da presença de discernimento, como se fosse possível dormir na véspera de completar a maioridade, e no dia seguinte acordar-se capaz.

Pelo critério da saúde mental, com base no grau de discernimento, a pessoa pode ser considerada relativamente incapaz, quando for considerada ébria habitual, viciada em tóxico, pródiga ou não puder exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente.

## 2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DO REGIME DAS INCAPACIDADES

No Código Civil de 1916 (CC/1916), a enfermidade mental era considerada um estado permanente e contínuo, que tornava a pessoa incapaz de realizar os atos da vida civil, somente podendo levantar-se, como até hoje ocorre, com a recuperação total<sup>2</sup>. Adotava-se o regime da incapacidade que levava em consideração a falta de discernimento, com base no critério etário ou pelo critério da saúde mental, consoante se viu acima.

<sup>2</sup> Art. 461. Levantar-se-á a interdição, cessando a incapacidade, que a determinou, ou existindo mais os parentes designados no artigo anterior.

Para o CC/1916, eram absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos; os loucos de todo o gênero; os surdos-mudos, que não pudessem exprimir a sua vontade, e os ausentes. Eram considerados relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos; as mulheres casadas, enquanto subsistisse a sociedade conjugal; os pródigos; e os silvícolas, submetidos a regime tutelar.

Além disso, o CC/1916 não fazia distinção quanto ao impedimento de natureza sensorial do surdo-mudo<sup>3</sup>, conferindo ao juiz a possibilidade de assinar os limites da curatela, segundo o seu desenvolvimento mental, em processo de interdição, desconsiderando as possibilidades de inserção social desse indivíduo, pelo ensino da linguagem brasileira de sinais (Libras)<sup>4</sup> e pelo sistema de escrita tátil conhecido como braille.

Com a passagem para o Código Civil de 2002, verificou-se, inicialmente, a supressão da expressão pejorativa “loucos de todo o gênero”, para definir, de forma geral, a ausência de saúde mental, abarcando assim diversas anomalias mentais, sem respeitar as especificidades e gradações de cada uma delas, e ainda desprezando a possibilidade de auxílio das ciências médicas e outras auxiliares sobre o assunto.

Além disso, o Código Civil de 2002 retirou do rol de absolutamente incapazes os surdos-mudos e os ausentes, mantendo os menores de 16 anos; e os que, mesmo por causa transitória, não podem exprimir

sua vontade; tendo, além disso, incluído os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

Em relação aos relativamente incapazes, em razão da alteração da idade da capacidade civil plena de 21 para 18 anos (art. 5º), o referido rol passou a contar com os maiores de 16 e menores de 18 anos, sendo mantidos os pródigos. Foram incluídos no mesmo rol os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que, por deficiência mental, têm o discernimento reduzido, e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; excluindo-se as mulheres casadas e os silvícolas submetidos a regime tutelar.

Com a evolução da sociedade brasileira atual, tendo como marca a perda de *status* do Código Civil e a crescente importância da legislação especial e da Constituição de 1988, como novo epicentro do sistema jurídico e social, a proteção conferida aos incapazes pelo CC/1916 acabou se tornando insuficiente, já que a preocupação do sistema jurídico codicista consistia, predominantemente, em conferir segurança às relações jurídicas patrimoniais para a proteção dos direitos de terceiros, em detrimento das relações privadas existenciais.

Percebe-se que a Constituição de 1988 visa essencialmente ao livre desenvolvimento da personalidade de todos, com amparo no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

No mesmo sentido, Anderson Schreiber afirma que:

A lógica empregada no Código Civil, segundo a qual a pessoa ou é capaz ou é incapaz (lógica do tudo ou nada), não mais

<sup>3</sup> Art. 451. Pronunciada a interdição do surdo-mudo, o juiz assinará segundo o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela.

<sup>4</sup> A Libras surgiu no século XIX, a partir do convite de D. Pedro II ao francês Ernest Huet para fundar a primeira escola de educação para surdos, primeiramente chamada Imperial Instituto de Surdos Mudos, mas que apenas em 2002, foi reconhecida como meio legal de comunicação e expressão, através da Lei 10.436, de 24 de abril de 2002.

se coaduna com a máxima proteção à pessoa. Hoje, impõe-se a modulação da incapacidade, reconhecendo-se à pessoa a mais ampla participação possível nos atos da vida civil, como já se vê em exemplos preciosos como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que reconhece o direito do adolescente maior de 12 anos de ser ouvido no processo de adoção. (Schreiber, 2020, p. 108).

Assim, o Código Civil perdeu o *status* de centralidade do ordenamento jurídico para a Constituição Federal de 1988, em função da mudança de valores sociais incorporados no Texto Constitucional, instaurando-se a onda reformista, que implementou a mudança de perspectiva em relação ao tratamento da pessoa portadora de incapacidade, no sentido de reconhecer a necessidade de tutelá-la em sua concreta vulnerabilidade, respeitando-se tanto quanto possível sua autonomia e inclusão social, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Isso porque o alcance da interdição do CC/02 continuou, como antes, na letra fria da lei, observando o desenvolvimento mental do interdito, conforme art. 1.772 do Código Civil, e fazendo com que o instituto da interdição fosse aplicado com base nas mesmas premissas de priorização da preservação do patrimônio e de não individualização do caso submetido ao crivo do Poder Judiciário, no momento de aferição da (in)capacidade, para o pronunciamento da interdição.

Somente com a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência pelo Congresso Nacional, via Decreto Legislativo nº 186, de 09/07/2008, sob o status de norma constitucional, é que o Direito brasileiro incorporou novo paradigma

de proteção às pessoas incapazes, sobretudo após a aprovação, em 2015, da Lei nº 13.146.

A partir da Lei nº 13.146/2015, os portadores de enfermidade ou deficiência mental e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, foram, respectivamente, excluídos do rol de absoluta e relativamente incapazes, e passaram a ser considerados como pessoas com deficiência, só que agora plenamente capazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Assim, no rol dos absolutamente incapazes apenas figuram hoje os menores de 16 anos, posto que foram excluídos os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, os quais foram inseridos no rol dos relativamente incapazes. Quanto ao rol dos relativamente incapazes, foram mantidos os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os pródigos; foram incluídos aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e, por fim, foram excluídos os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Em consequência, foi também introduzido pela Lei nº 13.146/2015 o § 2º no art. 1.550 do Código Civil, permitindo à pessoa com deficiência mental ou intelectual, em idade núbil, contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.

A nova medida protetiva de curatela prevista pela Lei nº 13.146/2015 destinou-se a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício

dos direitos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, anteriormente denominadas como pessoas portadoras de enfermidade ou deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, e excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

A curatela prevista Lei 13.146/2015 deixou de alcançar os direitos existenciais dos indivíduos reconhecidos como pessoas com deficiência, limitando-se proporcionalmente aos direitos de natureza patrimonial ou negocial, conforme as necessidades e as circunstâncias de cada caso, pelo menor tempo possível (art. 84, § 3º, EPD).

Assim, de acordo com o art. 85 da Lei 13.146/2015, a curatela prevista para a pessoa com deficiência<sup>5</sup> afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Ainda conforme a Lei 13.146/2015, pessoa com deficiência não é apenas a portadora de impedimento de longo prazo de natureza mental ou intelectual, mas também o indivíduo que possuir impedimento de natureza física ou sensorial, desde que, em qualquer desses casos, haja a obstrução da capacidade de participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições (art. 2º).

Assim, conforme atentam Mariana Alves Lara e Fabio Queiroz Pereira, "Verifica-se, assim, que o Estatuto não parte de uma diferenciação apriorística dos tipos de deficiência, oferecendo um tratamento protetivo, amplo e generalizado" (PEREIRA, MORAIS; LARA, 2018, p. 103).

<sup>5</sup> Vale, ainda, ressaltar que a Lei 13.146/2015 aboliu a expressão "pessoa deficiente".

Em relação aos atuais relativamente incapazes<sup>6</sup>, a curatela continua sendo a medida decorrente do processo de interdição, cujos limites devem ser fixados pelo juiz, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito (art. 755, I, CPC).<sup>7</sup>

Além disso, pelo Código de Processo Civil foi estabelecido o dever de o juiz considerar, na sentença que decretar a interdição, as características pessoais, potencialidades, habilidades, vontades e preferências do interdito (art. 755, I, CPC).

Inobstante a supracitada contribuição do Código de Processo Civil para a tutela jurídica das incapacidades, é interessante destacar que o referido diploma legal revogou o inciso IV do art. 1.768 do Código Civil, incluído pela Lei nº 13.146/2015, o qual previa como legitimado para promoção da interdição a própria pessoa. Ou seja, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o indivíduo passou a ter legitimidade processual para requerer a curatela prevista na Lei nº 13.146/2015, mas não para requerer a interdição decorrente de sua incapacidade relativa.

### 3. INCONSISTÊNCIAS DO NOVO REGIME DE INCAPACIDADES

Inegáveis foram os avanços proporcionados pela Lei nº 13.146/2015 no tratamento jurídico das incapacidades, no entanto faz-se necessário refletir acerca de algumas alterações que suscitam

<sup>6</sup> Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (transferidos para o rol de relativamente incapazes pela Lei 13.146/2015), os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os pródigos.

<sup>7</sup> A interdição não recai sobre os atuais absolutamente incapazes, que são apenas os menores de 16 anos, em função da ausência presumida de discernimento pela idade.

questionamentos hermenêuticos, como no caso da manutenção dos pródigos no rol de relativamente incapazes. Pródigo, segundo o sentido léxico, consiste em “que(m) gasta mais do que o necessário; esbanjador; perdulário” (HOUAISS, 2015, p. 766). Assim, se considerada apenas a potencialidade de autolesão à esfera patrimonial como condição mental inerente à prodigalidade, não seria suficiente a curatela prevista na Lei nº 13.146/2015?

Por que manter o prodigo no rol dos relativamente incapazes, se ele pode apresentar mais discernimento até do que os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e do que os portadores de enfermidade ou deficiência mental, hoje capazes?

O fato de o prodigo não ter plenas condições de gerir sozinho seu patrimônio indica que necessariamente será inapto para realizar escolhas existenciais, ou mesmo para decidir situações que não oferecem perigo aos seus interesses patrimoniais, como nos casos de contratos de baixo valor?

Vê-se, portanto, uma incoerência da Lei nº 13.146/2015, que não conseguiu se afastar totalmente do antigo viés patrimonialista do predecessor regime das incapacidades, persistindo a preocupação antes com o patrimônio do que com a pessoa humana.

Longe de se afirmar que o patrimônio não representa um aspecto de importância para o bem-estar individual. Representa sim, porém entende-se que o instrumento jurídico mais adequado para sua proteção consiste na curatela prevista na Lei nº 13.146/2015, com efeitos estritamente negociais, não havendo que se falar em interdição para o objetivo de proteção do patrimônio do prodigo.

Aponta-se também um problema em relação a “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, posto que é difícil imaginar que alguém inapto para tomar decisões livres possa ser assistido, e não representado.

Segundo Schreiber, o excesso de preocupação com a terminologia, evitando-se expressões como “deficiente” e “interdição” tirou o foco das questões centrais, como os critérios e o modo de avaliação do discernimento, resultando na criação de um sistema abstrato e formal, no mesmo modelo “tudo ou nada”, perdendo-se a oportunidade de reformar o regime de incapacidades, funcionalizando-o para atendimento do livre desenvolvimento da personalidade humana (SCHREIBER, 2020, p. 112).

O equivocado direcionamento da reforma, no sentido expressado por Schreiber, faz com que a jurisprudência (SÃO PAULO, 2020a) continue estabelecendo a relação direta entre as necessidades e as circunstâncias de cada caso e o grau de incapacidade (relativa) decorrente do processo de interdição, classificando, assim, a curatela da pessoa com deficiência como interdição parcial (SÃO PAULO, 2020b), que exige a assistência para certos atos, bem como desconsiderando o fato de a deficiência não afetar a plena capacidade civil da pessoa, conforme estabelece o art. 6º da Lei nº 13.146/2015.

Todavia, em prevalecendo o entendimento acima, reduz-se o exercício da curatela das pessoas com deficiência às restrições impostas ao prodigo, nos termos do art. 1.782 do CPC, com desprezo à plena capacidade que foi, expressamente, assegurada às pessoas com deficiência.



Em resumo, a pessoa com deficiência continuaria sujeita a um processo de interdição, tendo como justificativa a necessidade de gradação da curatela para o exercício de atos relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial, da mesma forma que se aplica aos pródigos.

Ainda conforme esse entendimento, a gradação da curatela dependeria de processo de interdição, rechaçando-se toda a nova sistemática da Lei 13.146/2015, que atribuiu plena capacidade às pessoas com deficiência, e que instituiu a curatela apenas como medida protetiva de inclusão social.

Entendemos que essa não constitui a melhor e mais adequada interpretação da Lei 13.146/2015, que pretendeu assegurar plena capacidade à pessoa com deficiência, sendo desnecessário que para ela haja um processo de interdição.

Assim, a curatela prevista na Lei 13.146/2015, enquanto meio para assegurar o direito ao exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, prescinde do processo de interdição tal qual ainda vigora para os relativamente incapazes, isso porque, como se disse antes, as pessoas com deficiência são plenamente capazes.

Nesse sentido, o § 3º do art. 84, da Lei 13.146/2015 define a curatela da pessoa com deficiência como medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, com duração pelo menor tempo possível.

No Direito Comparado, podemos citar como paradigma legal do novo sistema o Código Civil francês que, em seu artigo 440, admite a aplicação da

curatela<sup>8</sup> e da tutela<sup>9</sup> de forma excepcional, sendo interessante observar que a imposição das referidas medidas protetivas não significa um procedimento de interdição, bem como tais medidas são extintas, quando não mais se justifica a proteção (SOUZA, 2015, p. 127).

Semelhante modelo se encontra no Direito alemão, conforme versão atual do Código Civil, onde o instituto da interdição foi extinto e substituído pelo Instituto da Orientação ou Cuidado (*Betreuung*), em que não há a determinação de incapacidade, nem a classificação das doenças e deficiências pela legislação (SOUZA, 2015, p. 136).

Disso decorre a necessidade de diferenciar a curatela do CC/02 da curatela da Lei 13.146/2015: a primeira significa um múnus público que modifica o estado da pessoa, mediante a constatação da incapacidade de fato referente ao exercício pessoal de direitos; ao passo que a curatela da Lei 13.146/2015 configura medida protetiva extraordinária que, apesar de envolver um múnus público, não modifica o estado da pessoa.

Assim, semelhantemente ao Direito Civil alemão, a Lei nº 13.146/2015 atribuiu capacidade plena às pessoas com deficiência, de modo que a curatela prevista em seu art. 84, § 3º, consiste apenas em medida protetiva extraordinária, que prescinde do processo de interdição.

<sup>8</sup> Na França, a curatela é uma medida protetiva parcial destinada a pessoas que não conseguem tomar algumas decisões ou exercer certos atos em razão de transtornos mentais ou incapacidades físicas.

<sup>9</sup> Prevista para os maiores que, em razão de transtornos mentais ou incapacidades físicas, necessitem de representação contínua para os atos da vida civil, sendo necessária a comprovação de uma incapacidade civil quase total do indivíduo para o seu deferimento.



Portanto não se pode mais admitir que como decorrente da interdição parcial a curatela protetiva prevista pela Lei 13.146/2015.

#### 4. (DES)PROTEÇÃO?

Além das inconsistências mencionadas anteriormente, existe a indagação se a nova legislação, que alterou o regime das incapacidades de fato e que tem sua base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências, oferece maior ou menor proteção às pessoas com deficiência.

Lara e Pereira criticam a mudança legislativa que extirpou os deficientes com ausência ou redução de discernimento do rol de incapazes, sem atentar para critérios de gradação dos limites e potencialidades das deficiências, apontando assim a falta de preocupação com as vulnerabilidades, que caracterizam as variadas deficiências mentais e intelectuais, tendo como possível consequência uma maior marginalização desses indivíduos e a criação de campos de desproteção (PEREIRA; MORAIS; LARA, 2018, p. 107).

Lara e Pereira também citam que o legislador partiu do pressuposto equivocado de que a deficiência levaria à incapacidade, discriminando a pessoa, quando, na verdade, é a ausência de discernimento que leva à incapacidade (PEREIRA; MORAIS; LARA, 2018, p.109).

Assim, Lara e Pereira citam como exemplos de desproteção do incapaz: a celebração de maus negócios, por ausência de discernimento pleno; a incompatibilidade da assistência com a incapacidade, permanente ou temporária, de expressar a vontade;

o curso regular da prescrição contra as pessoas com deficiência mental ou intelectual, com enorme prejuízo para o patrimônio desses sujeitos; a necessidade de consentimento da pessoa com deficiência nos casos de doação pura, que não era exigido dos absolutamente incapazes; a validade plena dos atos praticados por pessoas com deficiência mental ou intelectual sem participação de curador; a realização de casamentos interesseiros, bastando apenas a vontade manifestada pelo responsável ou curador, sem consideração aos interesses da pessoa curatelada; a validade do pagamento feito à pessoa com deficiência; a não aplicação da presunção de necessidade de alimentos por incapacidade em favor da pessoa com deficiência; a responsabilidade civil primária, e não mais subsidiária, da pessoa com deficiência entre outros exemplos (PEREIRA; MORAIS; LARA, 2018, p.109-116).

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

À primeira vista, constata-se que a Lei 13.146, de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, buscou assegurar, como novo paradigma do regime das incapacidades, a plena participação e inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, não mais sujeitando-a à assistência ou à representação por terceiros, a fim de efetivar a máxima possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade desses indivíduos por si próprios.

Contudo várias lacunas e inconsistências foram deixadas sem resposta pelo legislador, acarretando situações de vulnerabilidade que antes eram combatidas pelo predecessor regime das incapacidades, por meio da interdição para questões existenciais e negociais.

Nesse sentido, é preciso que o intérprete atente para as peculiaridades do caso concreto, observando as características pessoais, potencialidades, habilidades, vontades e preferências do indivíduo (art. 755, I, CPC), e não apenas para o comando legal, a despeito da louvável intenção de promover a dignidade humana das pessoas com deficiência.

Não há que se falar em processo de interdição, para deferimento da curatela da pessoa com deficiência, visto que esta não afeta a plena capacidade civil da pessoa, conforme estabelece o art. 6º da Lei nº 13.146/2015.

Contudo haverá casos em que o pródigo poderá ser considerado uma pessoa capaz, se sua patologia não comprometer gravemente seu patrimônio, ou no caso de uma pessoa com deficiência, que precise muito mais do que um curador para decidir situações patrimoniais. A fim de responder às questões particulares de cada caso, o juiz deverá valer-se da equipe multidisciplinar ou de perito que indique as necessidades, características pessoais, potencialidades, habilidades, vontades e preferências do indivíduo, em favor de quem se pretende garantir a proteção, o tratamento igualitário e uma existência digna.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HOUAISS. Pequeno. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia, [organizador] ; [diretores Antônio Houaiss, Mauro de Salles Villar, Francisco Manoel de Mello Franco]. 1. ed. São Paulo: Moderna, 2015.

LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fabio Queiroz. **Estatuto da Pessoa com deficiência: proteção ou desproteção?** In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.]. *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência – 2ª ed.* – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil, volume I** ; [revisão e atualização] Maria Celina Bodin de Moraes. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SÃO PAULO. TJSP. **Apelação Cível 0025747-57.2007.8.26.0405**. Relator (a): Mônica de Carvalho. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 31/08/2020. Data de Registro: 31/08/2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13916678&cdForo=0>>. Acesso em: 5 ago. 2020a.

SÃO PAULO. TJSP. **Apelação Cível 1002034-17.2016.8.26.0471**. Relator (a): Viviani Nicolau. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 01/09/2020. Data de Registro: 02/09/2020. Disponível em:

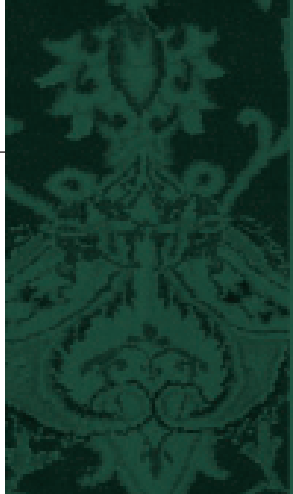
<[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13926467&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_89b66f7d1c354e1d97d8af87c53e833c&g-recaptcha-response=03AGdBq250X1v1\\_vbuEw2iRAb5VdeqkX6V0zPXOAIZx9DgFwiUOgsrWDqYtAa33fJsXFhTvLoNDuifHotccU8eNBCzCjyJbDSEUVMDiXO9BEhLcmZ5a6Rip\\_rb33n7uJgnUro36RmmcNV1pGVwk\\_OUfB\\_uGNtwrrlI9mGmB0IeNBCXAdBy56tefQVECeE5se3\\_OL\\_50NuTFH\\_6GZISW3C3QATIDX1gzstRiDmwtBqRm2iFcthUNiriEaq8BqHvM0QWNhrncifT5i9tLdSUDVUwHjHNyXt3\\_NbFyjRjXhB1mwV38lzU0byyScbwumUD6QaJd\\_vEZEhYC7r9rOquNDGjgR41U5rwgcnOFzHc2yA2aKaQ4R4SYst09jsu00GnrEt2DPGgl9INc5HvirokfU140AxtJtoJhvzU6A](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13926467&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_89b66f7d1c354e1d97d8af87c53e833c&g-recaptcha-response=03AGdBq250X1v1_vbuEw2iRAb5VdeqkX6V0zPXOAIZx9DgFwiUOgsrWDqYtAa33fJsXFhTvLoNDuifHotccU8eNBCzCjyJbDSEUVMDiXO9BEhLcmZ5a6Rip_rb33n7uJgnUro36RmmcNV1pGVwk_OUfB_uGNtwrrlI9mGmB0IeNBCXAdBy56tefQVECeE5se3_OL_50NuTFH_6GZISW3C3QATIDX1gzstRiDmwtBqRm2iFcthUNiriEaq8BqHvM0QWNhrncifT5i9tLdSUDVUwHjHNyXt3_NbFyjRjXhB1mwV38lzU0byyScbwumUD6QaJd_vEZEhYC7r9rOquNDGjgR41U5rwgcnOFzHc2yA2aKaQ4R4SYst09jsu00GnrEt2DPGgl9INc5HvirokfU140AxtJtoJhvzU6A)>. Acesso em: 5 ago. 2020b.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo** / Anderson Schreiber. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

SOUZA, Iara Antunes de. **Revisão da interdição e da curatela**: uma proposta baseada na revisão da teoria das incapacidades à luz do biodireito e da saúde mental. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_SouzaIAd\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SouzaIAd_1.pdf)>. Acesso em: 5 ago. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**; coautora Cláudia Rodrigues. – 4. ed., – São Paulo: Atlas, 2019.





## Marcos Paulo Sousa Campelo

EM BUSCA DA TUTELA PROVISÓRIA PERDIDA: SOBRE UMA TUTELA PROVISÓRIA EMERGENTE PARA ATENDIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

### Resumo

O advento da nova ordem processual civil consolidou o sistema de tutela provisória de urgências visando à máxima concretização dos direitos que atendam aos critérios legais de sua concessão. Todavia a sociedade pós-moderna desafia perenemente o legislador na medida em que nem toda satisfação de direitos se dá através de uma tutela urgente, mas sim, uma tutela emergente, incontinenti, extremamente imediata, sob pena de tornar os direitos perecíveis e com isso vulnerar a sistemática constitucional de proteção de direitos fundamentais. A prestação tempestiva de uma tutela que há de ser reconhecida em brevíssimo tempo deve ser voltada para prestigiar a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chaves:** Tutela. Provisória. Emergência.

### Abstract

The rise of the new civil procedural order consolidated the system of provisional protection of urgencies aiming at the maximum realization of the rights that meet the legal criteria of its concession. However, postmodern society permanently challenges the legislator in that not all satisfaction of rights occurs through urgent protection, but rather an emergent protection, incontinent, extremely immediate, under penalty of making rights perishable and with that to violate the constitutional system of protection of fundamental rights. The timely provision of guardianship that must be recognized in a very short time must be aimed at honoring the dignity of the human person.

**Keywords:** Protection. Provisional. Emergency.

# EM BUSCA DA TUTELA PROVISÓRIA PERDIDA: SOBRE UMA TUTELA PROVISÓRIA EMERGENTE PARA ATENDIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

IN SEARCH OF LOST PROVISIONAL GUARDIANSHIP: ON AN EMERGING PROVISIONAL GUARDIANSHIP TO ATTEND FUNDAMENTAL RIGHTS

## INTRODUÇÃO

Sabidamente a satisfação de direitos encontra-se dividida basicamente em tutela provisória ou tutela definitiva. O atual Código de Processo Civil prevê em seu art. 294 a divisão das tutelas provisórias em tutelas de urgência e de evidência. Mas em qual medida ambas são capazes de promover a tutela em situações de extrema urgência? Especialmente considerando a velocidade da sociedade que, não raras vezes, provoca os operadores jurídicos, pressionando continuamente por respostas imediatas para suas questões?

Em uma primeira leitura, o art. 300 do Código de Processo Civil mostra-se timidamente capaz de conferir um tratamento mínimo para as tutelas urgentes, principalmente quando promove o Código uma consolidação da antiga antecipação de tutela.

Contudo, para os direitos reclamados pela sociedade atual, marcada pelo amplo acesso à informação, pelo excessivo tráfego de dados, de pessoas e de riquezas, a tutela provisória de urgência nas atuais vestes não propicia uma resposta imediata à proteção desses direitos invocados, pois ela há de ser

Marcos Paulo Sousa Campelo\*

\* Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP e Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS. Endereço: Fórum Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Conceição do Araguaia, Av. Mal. Rondon, s/nº, Centro, Conceição do Araguaia/PA, e-mail marcos.campelo@tjpa.jus.br

imediate, incontinenti, temporalmente conectada aos fatos, sob pena de perecerem direitos fundamentais, como saúde, proteção de dados pessoais ou proteção contra desastres, diretamente ligados à atual qualidade de vida.

Para esta finalidade, a atual arquitetura do código deixa transparecer uma proteção não condizente com tais direitos marcados pela extrema fluidez. Para solucionar tal impasse, será observado a aplicação da teoria do diálogo das fontes como meio de superação da anomia sintetizando as atuais tutelas provisórias de urgência e evidência em tutela provisória de demanda emergente.

## 1. SOBRE UMA TUTELA PROVISÓRIA ADEQUADA À PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA

O que é o tempo? A resposta tradicional nos relata que é uma relação de movimento.



No campo jurídico, o tempo sempre teve sua importância reconhecida. O sistema de prescrição e decadência informa a interação entre o direito e o tempo. Os prazos processuais e materiais, como a prescrição aquisitiva, performam com certa precisão direitos mais clássicos.

Porém, as ondas reformadoras do processo civil trouxeram à baila a realização de outros anseios sociais. Mauro Cappelletti e Bryan Garth, na clássica obra *Acesso à Justiça*, destacam a existência de três ondas renovatórias, e, para fins deste trabalho, invoco a onda final relativa aos obstáculos que a implementação da ordem jurídica justa possui e enfrenta. Neste ponto, destacam:

Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. Existem muitas características que podem distinguir um litígio do outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes, soluções, eficientes. Os litígios, por exemplo, se diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custos resolver uma questão de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude. Os litígios diferem muito em relação ao montante da controvérsia, o que frequentemente determina quanto os indivíduos (ou a sociedade) despenderão para solucioná-los. Alguns problemas serão mais bem ‘resolvidos’ se as partes simplesmente se ‘evitarem’ uma a outra. A importância social aparente de certos tipos de requerimentos também será determinante para que sejam alocados recursos para a sua solução. Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71-72).

Observa-se, portanto, que a natureza do litígio é diretamente vinculada ao modo como se opera a sua solução. E o modo de operação revela a tipologia na mensuração temporal de quando o direito deve ser implementado.

Daí que o tempo é um ativo na ordem processual e a depender do direito invocado a resposta há de ser imediata dentro do plexo tutelar de tais reclamações.

Sendo um ativo, a tutela jurisdicional tempestiva é erigida a um patamar sobrelevado na atual ordem processual brasileira. Luiz Guilherme Marinoni leciona que o “direito à tempestividade não só tem a ver com a tutela antecipatória, como também com a compreensão da duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do réu e do juiz” (MARINONI, 2004, p. 183).

A Constituição da República Federativa do Brasil já contorna, expressamente, a razoável duração do processo desde o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004). O vigente Código de Processo Civil destaca que uma das normas estruturantes do processo civil é a obtenção, em prazo razoável, da solução integral do mérito (BRASIL, 2015) sem deixar de neste caso abandonar a imediata solução de ameaça ou lesão a direito. O fato de inexistir menção direta no art. 4º do Código a uma tutela imediata da urgência não exclui a acurácia acerca de sua existência.

Logo a tempestividade da tutela jurisdicional é haurida na ordem jurídica brasileira como direito fundamental, abrangendo toda espécie de direitos:

Entretanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra

o juiz, não exige apenas a efetividade da proteção de direitos fundamentais, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos. Tal direito fundamental, por isso mesmo, não requer apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, mas sim técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos. De modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de dar proteção aos direitos fundamentais, mas sim uma maneira de se conferir tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos direitos fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas do Estado (prestações em sentido estrito ou prestações sociais).

Com isso todo direito fundamental há de atrair a adequada e instrumental proteção por meio da jurisdição.

Hodiernamente, as atuais tensões sociais impõem maior velocidade no atendimento aos direitos fundamentais. A realidade social simplesmente abate-se em uma exigência contínua de aperfeiçoamento da ordem jurídica, o que nem o processo legislativo nem processo jurisdicional são capazes de demover, com presteza.

Além disso, novos direitos se avizinham aos já tradicionais estatutos jurídicos. Direitos ligados à proteção de dados, a desastres ambientais e sanitários, às características sociais vertentes na atualidade, na qual impera maior fluidez e tráfego de pessoas, recursos financeiros e informações nem sempre possuem a adequada tutela imediata quando sujeitos a algum entrave no seu exercício.

É corrente em nossa tradição e evolução normativa a distinção entre uma tutela definitiva

e uma tutela provisória. Ao longo de décadas, a comunidade jurídica se debruçou sobre a existência ou não de uma tutela provisória, inicialmente se utilizando da tutela cautelar, passando por uma tutela antecipada e atualmente bem estabelecida por uma tutela provisória de urgência ou de evidência, como já vincado no art. 294, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

O Código atual ainda divide as tutelas provisórias de urgência em tutela de urgência cautelar e tutela de urgência antecipada, como formas próprias e mais céleres de atender direitos fundamentais.

Entretanto, diante da atual realidade mundial e nacional, nos casos de extrema violação de direitos fundamentais, de evidentes transgressões à ordem jurídica, surge dificuldade em operar as categorias da tutela provisórias de urgência a uma situação que exige extremo imediatismo do Poder Judiciário.

Sem embargo, exigir uma postura que viole o princípio da demanda, em que o Poder Judiciário aja de ofício diante da inexistência de qualquer processo, não é a hipótese que se enquadra na situação, pois no caso, haveria flagrante abuso de poder, salvo alguma exceção legal que permita uma atuação prática a remover o gravame.

Ao contrário, diante de uma situação posta em juízo que afeta gravemente direitos fundamentais do maior cariz para os cidadãos, o ordenamento jurídico processual brasileiro possui lineamento mínimo, que se extrai não de uma leitura automática da legislação, mas sim dos próprios elementos que informam a tutela provisória de urgência, atraindo uma emergente tutela de direitos, como meio

hiperveloz de sanar uma antijuridicidade a um bem jurídico em sofreguidão.

A situação emergente do direito fundamental atrai uma postura emergente da tutela provisória, que atente à emergente transformação social.

De fato, observa-se que a preocupação do Código de Processo Civil de 2015 é voltada para a tutela da evidência e urgência, mas não da emergência, que guarda uma caixa de ressonância diretamente informada pelo perecimento de direitos.

Sem necessidade de um processo legislativo e da inexistência de lindes profundos entre as normas postas, a tutela provisória da situação emergente, qualificada como urgentíssima em tese já reside na atual codificação, sem necessidade de se socorrer de legislação exterior.

Dito isto, é aplicável a teoria do diálogo das fontes à tutela provisória da situação emergente? A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro concede a adequada proteção da situação urgentíssima por meio das soluções clássica de nosso ordenamento jurídico? Há outras vias previstas no próprio Código de Processo Civil?

No que se refere à atração da teoria do diálogo das fontes, é necessário estabelecer que o diálogo é realidade entre diferentes instrumentos normativos, o que redundaria na invocação do produto de eventual processo legislativo como antecedente à realização do diálogo. O assento da teoria parte dos estudos de todo o ordenamento jurídico, abandonando-se os tradicionais critérios de hierarquia, especialidade e anterioridade (BOBBIO, 1999, p. 92) pelos

diálogos sistemáticos de coerência, subsidiariedade e complementariedade e de influências recíprocas sistemáticas. Tanto uma forma quanto a outra dependem da pluralidade de mais de um diploma legislativo (MARQUES, 2019, p. 39), o que torna difícil a implementação de direitos fundamentais por tal motivo, dada a necessidade de invocação de uma segunda lei para a solução da primeira.

Como segundo ponto, unindo-se à tradição brasileira dos critérios de solução de antinomias, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê em seu artigo 4º (BRASIL, 1942) que existem métodos de integração do ordenamento jurídico: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Neste ponto, a evolução jurídica, em cima de direitos que exigem extrema velocidade em sua proteção, principalmente quando se tem como direitos fundamentais, aponta para a insuficiência dos critérios de solução das antinomias e as anomias, das lacunas do ordenamento jurídico através dos métodos clássicos de integração da ordem jurídica acima informados, a partir da constitucionalização do direito como um todo, como adverte Bruno Miragem:

[...] a evolução jurídica recente, especialmente a partir do constitucionalismo de valores, e a força contemporânea que assumiram os princípios jurídicos, assim tomados como proposições que contêm mandados de otimização (segundo a influente teoria de Robert Alexy, de larga repercussão no direito brasileiro), dão conta de tornar insuficientes os critérios de solução de antinomias e, mesmo, para preenchimento de lacunas. A atividade jurisprudencial associa-se, em grande medida, à identificação de valores jurídicos, de um ethos jurídico dominante – conforme ensina Larenz –, tomado como proposições jurídicas fundamentais que estão a expressar uma

concepção valorativa dominante. Embora aos princípios não se subsumam situações de fato, devem ser concretizados, servindo como fundamento e diretriz do sistema e suas normas, critérios de interpretação e aplicação dos direitos. (MIRAGEM, 2012, p. 73).

Diante dessa quadra é necessário observar que para o saneamento de uma lacuna legislativa, para se considerar a teoria dos diálogos das fontes, é necessário que haja uma cláusula geral que estabeleça a possibilidade de conceder uma tutela baseada em emergência. E o assento da solução é dado a partir da questão jurídica, na forma preconizada por Theodor Viehweg (MIRAGEM, 2012, p. 80) para qualificação da teoria do diálogo das fontes como método sistemático na aplicação da solução da controvérsia na aplicação do direito em situação emergente:

[...] Da mesma forma, como é próprio de qualquer método de interpretação sistemática, organiza e coordena fontes no sentido da identificação e do preenchimento de lacunas. A peculiaridade do método reside, justamente, na ordenação do procedimento de interpretação sistemática e na admissão apriorística da possibilidade de aplicação simultânea de normas distintas a um mesmo caso, em caráter complementar. Neste sentido, não apenas a certa interpretação da norma aplicada ao caso concreto é considerada a mais adequada em vista de sua conformidade com o sistema normativo e o princípio da unidade do ordenamento jurídico. Do método do diálogo das fontes resulta certa norma aplicável, segundo determinada interpretação. Ou, ainda, em muitos casos, mais de uma norma aplicável ao mesmo fato, tudo legitimado pelo princípio da unidade do ordenamento, mas especialmente orientado pelo princípio da supremacia da constituição.

Há com certa definição a ausência de norma processual que instrumentalize direitos fundamentais

sob uma situação emergente. Neste sentido, sem necessariamente se socorrer de um diploma legislativo diverso, mas sim de todo o sistema normativo visando à maior proteção e promoção da utilidade e celeridade das medidas processuais em geral e ao oferecimento da tutela adequada ao direito postulado em juízo (MIRAGEM, 2012, p. 85 e 104)

Há, portanto, viabilidade para a proteção de direitos fundamentais em situação de extrema periclitación por meio da aplicabilidade da teoria do diálogo das fontes como método de interpretação sistemática, como forma de proteção a direitos fundamentais que exigissem a imediatíssima proteção processual.

Apesar da possibilidade, a fim de promover a proteção de direitos fundamentais em situação de emergência processual, é necessário identificar quais dispositivos legais informam diretamente a construção de uma tutela provisória suficientemente adequada à proteção de direitos fundamentais em situação emergente.

De início, como norma a afastar uma periclitación a informar direito fundamental sob risco de seu próprio perecimento, o art. 300 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) concede contornos sobre o perigo de dano, quanto ao aspecto temporal. Contudo, dentro da finalidade de expor a hipervelocidade requerida, há de se observar que o atraso na análise fulminaria o próprio direito, ora tornando-o inerte, ora solapando-o dada a altíssima probabilidade de perpetuação de prejuízo.

Assim, o fator temporal é diretamente vinculado à própria existência e eficácia do direito, sob pena

de extingui-lo ou torná-lo imprestável em face de eventuais atrasos mínimos em sua análise.

O enfreteamento da situação emergente logo passa pela incidência imediata e não remata do art. 8º, do Código de Processo Civil, de 18 de março de 2015 (BRASIL, 2015).

Este dispositivo guarda a tutela processual da dignidade da pessoa humana enquanto norma fundamental incidente sobre o processo civil. Falecendo a invocação da hipervelocidade, carece de tutela o direito material submetido à instrumentalidade do processo.

Não se esgota a norma na dignidade da pessoa humana, como escopo da tutela processual provisória da situação de emergência do direito fundamental. É necessário observar que a tutela processual deva ser prestada com a devida eficiência, qualidade necessária à invocação da tutela de direitos fundamentais. Somente uma tutela provisória qualificada para a situação emergente, eficientemente concedida é capaz de permitir a retirada do risco ao direito fundamental.

Sobre o tema da eficiência, leciona Fredie Didier Júnior visando a uma maior intensidade da atuação do órgão julgador na análise da questão emergente:

Eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Ou seja, na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso (quantidade – não se pode escolher um meio que promova resultados insignificantes) e

certo (probabilidade - não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade – não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado). [...] (DIDIER, 2017, p. 116).

Assim, somente com a adequação é possível se concretizar a tutela de direitos em situação de emergência, seja no plano individual, seja no plano coletivo, pelos legitimados, sob pena de esfacelamento do próprio direito em si.

Direitos ligados a situações de calamidade, catástrofes, ou mesmo garantia de vida, que sejam intimamente ligados à questão de uma postura de maior intensidade, de maior exigência de velocidade na prestação jurisdicional podem reclamar tal emergência na análise, sem prejuízo da avaliação pelos demais agentes processuais que devem estar atentos à possibilidade de sua invocação tempestiva.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acima se expôs que há determinados direitos inseridos em situações específicas cuja mera invocação da tutela provisória de urgência antecipada guarda insuficiência em sua eficácia.

Há determinados direitos fundamentais que se confrontam e tensionam severamente a forma de concessão de tutela provisória de urgência. A prestação jurisdicional e a sua invocação demandam tempo extremamente concentrado, sob pena de, falhando nesta observância, restar esgotado o próprio direito material instrumentalizado no processo.

Ainda que não se invoque a teoria do diálogo

das fontes como meio de suprir a ausência de norma específica, principalmente diante da ineficiência das tradicionais categorias de integração do direito, a sua utilização como método de interpretação sistemática é capaz de atrair a proteção jurídica da situação emergente dentro do mesmo diploma legislativo, sem necessidade de qualquer remissão a outro diploma capaz de coordenar a incidência de normas jurídicas ao caso posto em juízo.

Por fim, a tutela provisória da situação emergente, que conflita com o aspecto temporal da atividade jurisdicional, pelo informado, visa à proteção extremada de direitos fundamentais a partir do processo em uma sociedade que exige do Poder Judiciário mais velocidade neste desiderato.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. Ed. Brasília: EdUNB, 1999, pg 92.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

**Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 71-72.

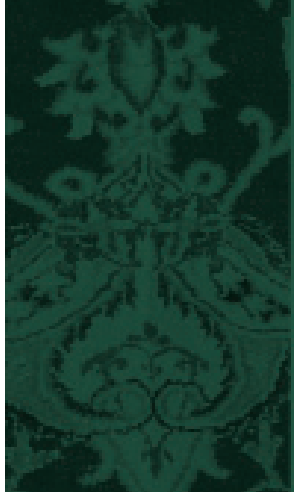
DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 19. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 116.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p; 183.

MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme in: **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática in: **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.





## Maria Elizabeth Souza Muniz

MEMÓRIAS AFETIVAS DE MAGISTRADOS PARAENSES E O AMOR CRIATIVO EM TEMPOS DE PANDEMIA

### Resumo

Pensamos em despertar magistrados, servidores e a comunidade em geral quanto à humanidade que perpassa o exercício de cargos públicos, neste caso pessoas ocupantes do cargo de Juiz de Direito, que optaram por uma carreira profissional complexa. Em contexto de pandemia, tal profissão os instiga a transcender em um processo de autodesenvolvimento e de autoconhecimento para deixar legados. Atitudes que de alguma forma aproximam a magistratura das pessoas, em meio à comunidade judiciária, por intermédio de poemas e de histórias de encantamento lúdico. Um ponto em comum reside entre dois magistrados de vida singular no contexto do Poder Judiciário Paraense: Manoel de Christo Alves Filho e Cláudio Henrique Lopes Rendeiro, os quais tiveram vivências que se transformaram em expressões de “amor criativo”. Dentro e fora do ambiente laboral os dois exerceram a magistratura sem abrir mão de seus valores enraizados na influência do “caboclo da Amazônia”, um estilo de viver bem diferente do exercício do cargo público de Juiz de Direito, que fez com que estes homens transformassem conhecimentos em sabedorias, ditas em poemas e histórias, que no mundo imaginário de suas mentes deixavam um estilo de “amor criativo” capaz de transformar a rigidez do cargo público em uma relação pública humanizada.

**Palavras-chave:** Magistrados. Histórias. Amor criativo.

### Abstract

We think about awakening magistrates, civil servants and the community in general about the humanity that permeates the exercise of public office, in this case people occupying the position of Judge of Law, who opted for a complex professional career. In a pandemic context, this profession encourages them to transcend into a process of self-development and self-knowledge to leave legacy. Attitudes that somehow bring the magistracy closer to people, in the midst of the judicial community, through poems and stories of playful enchantment. A common point lies between two magistrates with a singular life in the context of the Pará Judiciary Power: Manoel de Christo Alves Filho and Cláudio Henrique Lopes Rendeiro, who had experiences that turned into expressions of “creative love”. Both inside and outside the work environment, the two exercised the magistracy without giving up their values rooted in the influence of the “caboclo of the Amazon”, a style of life very different from the exercise of public office of Judge of Law, which made these men transform knowledge in wisdom, told in poems and stories, which in the imaginary world of their minds left a style of “creative love” capable of transforming the rigidity of public office into a humanized public relationship.

**Keywords:** Magistrates. Stories. Creative love.

# MEMÓRIAS AFETIVAS DE MAGISTRADOS PARAENSES E O AMOR CRIATIVO EM TEMPOS DE PANDEMIA

## AFFECTIVE MEMORIES OF PARAENSE MAGISTRATES AND CREATIVE LOVE IN PANDEMIC TIMES

Maria Elizabeth Souza Muniz\*

\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museo Social Argentino. Multiplicadora de Práticas Restaurativas. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. E-mail: bethmuniz2020@gmail.com.

### INTRODUÇÃO

Em meio ao momento turbulento em que vivemos, em decorrência dos efeitos devastadores causados pelo vírus denominado COVID-19, é o amor criativo que nos vem ao pensamento para discorrer sobre uma experiência de conviver com pessoas singulares, especialmente os magistrados que, no ambiente de trabalho, ressignificam o labor diário do trabalho.

Em contato direto com os dois magistrados nos foi permitido ouvir as impactantes histórias e vivências de Cristo Alves, além das engraçadas também histórias de Cláudio Rendeiro. Estávamos no interior dos nossos exercícios laborais, no quais, guardadas as responsabilidades dos cargos públicos e a relação funcional respeitosa funcional e hierárquica com os mesmos, experimentamos vivências de convívio com pessoas autênticas e inovadoras.

O amor criativo nos deixou despertos para discorrer um pouco sobre a sabedoria destes magistrados e, ao mesmo tempo, despertar um pouco de nós filhos de homens e mulheres vestidos das sabedorias da Amazônia, pessoas ligadas à filosofia da vida na natureza como são os filhos nascidos na Amazônia, que carregam por muito tempo em suas

vidas a experiência de ancestrais que viveram em bases filosóficas de povos simples e interioranos.

Uma conexão que se reflete entre os dois magistrados que viveram com base em suas raízes. Por coincidência, os mesmos deixaram a terra após serem diagnosticados pelos graves males causados pelo COVID-19. Um vírus que nos suspende a atenção para voltarmos o olhar para o amor e os seus efeitos, desenvolvermos a criatividade e o uso de ferramentas que nos despertem sabedorias criativas.

Ao percorrermos nossos olhares, não muito longe, mas à nossa volta na convivência diária, em que é real a existência de muitas enfermidades e óbitos de pessoas queridas e próximas, escolhemos nos iluminar de esperança para pensarmos no que acontece em passos paralelos, isto é, o desejo de que mais pessoas sejam imunizadas, a cada dia através do contato com novas vacinas.

Assim, deixar aos que sobrevivem em tempos de pandemia um redirecionamento para alma no que se refere à arte de amar de forma criativa.

Levando-se em conta a experiência da velocidade que tem o pensamento para permitir ao homem uma elevação e colocá-lo em um lugar de espera, imaginamos apontar uma conexão com as suas memórias afetivas, como está acontecendo conosco no exato momento de escrita do artigo. Além disso, apontamos sugestões de novos caminhos na perspectiva da experiência atual vivida.

## 1. OBJETIVO

Instrumentalizar uma espécie de amor criativo, a partir de vivências espontâneas no trabalho, orientadas dentro de uma expectativa vivida por magistrados do Poder Judiciário do Estado do Pará.

## 2. DESENVOLVIMENTO

A partir de história e de vivências de um magistrado ancião, este relata recortes do passado de um Juiz na Amazônia, histórias de um homem católico apostólico romano. Christo Alves Filho (2020, p.13) viveu de forma diferente e assim discorre sobre sua vida: “Confesso, também, que sou, por índole, ecumênico, por isso entendo que assim como sou fiel à minha crença, admito e respeito que outros pensem diferente”. Cláudio Rendeiro (também conhecido como Epaminondas Gustavo) – que nos deixa ainda moço – sinalizava a sua preocupação com a necessidade de recolhimento em casa e discorre sobre uma vida diferente em tempos de pandemia, conforme anuncia reportagem de *O Liberal*: “faz da tua casa, da tua família e das pessoas que convivem contigo um lugar de amor criativo”. Ambos os Juízes de Direito, falecidos recentemente, foram acometidos pelos vírus denominado COVID-19.

O juiz, que é poeta, escritor e humorista, aponta na poesia, por envio de áudios nas redes sociais de compartilhamento de mensagens, uma expressão amorosa e criativa de cuidado pela vida e da necessidade do distanciamento, para que em casa pudéssemos nos ressignificar.

Em tempos de pandemia, precisamos nos recolocar no espaço e, logo, pensamos em memórias afetivas, em histórias de convivência diária com os dois magistrados. Também revisitando nas horas de descanso do trabalho em plataformas digitais, a nossa vida vai assim reflorescendo apesar dos efeitos devastadores do luto e da dor que vivemos em tempos de pandemia.

Mas foi exatamente em nossos espaços presenciais de trabalho, que tivemos a grata alegria de conviver com os dois magistrados. Nessa escola que é a vida, relatos interessantes de experiências dos dois servirão como referencial metodológico, como bases teóricas e empíricas de vidas que nos deixaram um legado de sabedorias e de ensinamentos a respeito do amor criativo.

Em um cenário de tantas perdas que estamos vivenciando, ficam as memórias afetivas de Cláudio Rendeiro que, em suas redes virtuais, declamava poemas de sua autoria:

Os que se foram, deixam um pouco deles em nós para sempre. Deixam seus sorrisos e, engraçado, levam um pouco do nosso. Deixam suas lágrimas e nos fazem enxugar as nossas. Deixam suas gargalhadas ecoadas em cantos vazios e levam um pouco das nossas, já não tão altas, pelo menos na intensidade dos sentidos. Deixam seus afazeres quietos não terminados dentro de nosso cotidiano. O cheiro da

camisa do time, a argola de ouro portuguesa, a caixinha amarela de remédios, o Nescafé forte em cima do criado-mudo, o vestido azul de cambraia azul da festa de 15 anos, as frestas do calafate nos batelões, a palavra “leso” com outro sentido, o mingau das nove no fogão, o sonho de ser Polícia, a faculdade de pedagogia inacabada. O passeio com o neto do Guamá à São Braz. E ficamos com suas ausências em nossas vidas. Seguimos sem eles. O que nos deixam, deixam a certeza do efêmero e também certeza de que folhas são belas, mesmo caídas no chão, indicando a chegada do outono (RENDEIRO, 2018, p. 37).

Os que nos deixam em tempos de pandemia, também deixam exemplos de “amor criativo” da vida interiorana, os saberes das pessoas simples, em que se depreende a ideia de partilha, de vida simples, como uma forma de expressar amor. Em meio a tempos incertos que a vida nos envolve, Christo Alves, um magistrado contador de histórias e de “causos”, relata sobre a experiência de um Juiz Náufrago:

Viajei de volta para Gurupá, na lancha ‘Deus te salve do mal’, fretada por um comerciante madeireiro, eu e os tripulantes. Eram 12 horas de viagem para Gurupá. Acontece que, às três da madrugada, eu estava dormindo, quando um dos tripulantes me acordou dizendo que a lancha estava naufragando. Noite escura, sem iluminação, em plena Baía de Gurupá, onde só se avistava terra quando relampeava. Só tive tempo de retirar a blusa do pijama e joguei-me n’água. Com relâmpagos, deu para ver que estava perto da beira, a uma distância de 500m e a maré a favor. Nadei desesperado. Era bom nadador naquela época, assim como bom remador, devido minha origem interiorana. Os companheiros de viagem também se salvaram. Minha maleta com roupas e pertences desapareceram no naufrágio. Por que o naufrágio? A embarcação era de madeira e, ao passar sobre uma ponte velha, não mais usada montara sobre um dos

pilares antigos, furou o madeirame e a lancha afundou. Quando subi o barranco olhando um pouco ao redor, avistei uma casa de palha, cujo dono, como todo morador amigo, me acolheu e aos demais náufragos, dando-me para vestir um seu ‘calção’. Passamos ali alimentados pelo pobre morador que Deus o recompense (ALVES FILHO, 2020, p. 144).

A “casa” torna-se um lugar de abrigo para o Juiz náufrago que, sem roupas, é surpreendido com as vestes cedidas pelo “Caboclo da Amazônia”, que acolhe, partilha o alimento e o vestir, assim como dá abrigo aos náufragos.

O momento pede muito de cada de um de nós, somos então aquilo que compartilhamos:

Qualquer que seja o mundo em que estamos começando a viver, com qualquer otimismo à parte, o fato é que existe algo de novo no ar. É algo feito com centenas de colaboradores que promovem não mais a produção em massa, mas a inovação em massa (GIARDELLI, 2012, p. 27).

Estamos todos conectados, em um novo tempo, que pede muito mais de cada um de nós. Mais que produção em massa, pede novos saberes, novas partilhas. Em teias ou em círculos, sentimos a dor que está longe ou perto, a vida que se apresenta em isolamento social nos faz refletir sobre vários fatores, incluindo interesses individuais e coletivos, logo nos vem, por exemplo, como pensar em objetos do amor. Na definição de Erich Fromm,

O amor não é, primordialmente, uma relação para com uma pessoa específica; é uma *atitude*, uma orientação de caráter, que determina a relação de alguém para com o mundo, como um todo e não para com um ‘objeto de amor’. Se uma pessoa ama apenas a uma outra pessoa e é indiferente ao resto de seus semelhantes,

seu amor não é amor, mas um afeto simbiótico, ou um egoísmo ampliado (FROMM, 1995, p. 61, grifo do autor).

A pandemia aponta muitos comportamentos diferentes, novos olhares sobre o amor, novas perspectivas de vida no recolhimento em casa ou no trabalho, em locais públicos e privados, na linha de frente, nas ruas, nos hospitais, nas escolas, na comunidade.

Surge um sopro de esperança com vacinas, mas os traumas estão em cada um dos que ficam. Por onde começar o novo tempo? Passou a ser um desafio tal resposta.

Uma perda aqui, um susto ali, alguém que cai, outro que levanta, um que se deprime, outro que se desaponta, e tudo reflete na família que passa a ter que buscar novas formas de amar, tendo a “casa” como espaço seguro, mas que passou a correr riscos e ficar ameaçada por circuitos violentos dentro da própria família.

Pode ser necessário pensarmos alternativas para o caminho que nos permite dar um novo sentido para a vida. Ressignificar uma guerra, por exemplo, é algo muito complexo de ser feito. Porém ressignificar as dores, os efeitos das perdas, dar passos então para sobrevivermos pode ser uma interessante opção:

A ressignificação é ainda o elemento-chave para o processo criativo; trata-se da habilidade de situar o evento comum num molde útil ou capaz de proporcionar prazer (BANDLER, 1986, p. 10).

Em tempos de pandemia, buscar novas formas de ressignificar o medo, a dor, a tristeza, o luto, pode nos permitir vivências de amorosidade, em uma “receita”

que nos instigue o “amor criativo”. Pois “muitas vezes aumentamos nossa felicidade ao máximo quando buscamos atitudes que nos deem significado e prazer e que ajudem os outros” (BEM-SHARAR, 2008, p.165).

Escutar pessoas pode ser uma forma também de transformar vidas em tempos de tantas dificuldades. Captar os significados dos sentimentos, Dunker e Thebas (2019, p. 59) observam sobre o que chamam de “O pacto da escuta hospitaleira”, pelo qual:

Criar junto com o outro e deixar-se afetar pelo outro. Deixar-se levar, compartilhando, ainda que provisoriamente, não só suas opiniões e ideias, mas principalmente o que há de estranho no outro, suas incertezas e confusões, suas incoerências e descaminhos.

### 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Notadamente as nossas experiências no ambiente de trabalho, com os magistrados Manoel de Christo Alves Filho e Cláudio Henrique Lopes Rendeiro, resultaram de maneira bastante significativa, na sabedoria de suas experiências, nas lições de partilha do conhecimento do homem magistrado que, filho do interior do estado, ou filho de ribeirinhos, nos dava certeza do quanto nossas diferenças nos aproximavam e nossas necessidades ganhavam simetria.

A visão sistêmica da vida nos colocava diante de uma situação que está para além do conhecimento teórico, em que o conhecimento empírico nos levaria para ferramentas de grande valor para serem usadas no momento.



Será necessário, no entanto, percebermos o quanto o medo, a dor, a indiferença são sentimentos com significados diferentes para cada indivíduo. Ao mesmo tempo, permitir-se e permitir que cada um respeite as diferenças, através da percepção do autocuidado e do autoconhecimento já seria um grande passo em direção ao outro. Capra (2015, p. 382) destaca que:

Alguma coisa pode ser profundamente significativa para nós por intermédio de uma experiência direta do contexto.

O Significado é essencial para os seres humanos. Precisamos manter coerência entre nossos mundos exterior e interior, de modo que ambos façam sentido para nós, encontrar significado em nosso ambiente e em nossas relações com outros seres humanos, e agir de conformidade com esse significado. Isso inclui, em particular, nossa necessidade de agir com um propósito ou objetivo em mente.

Pensarmos que estamos todos em um cenário de diferentes sentimentos, emoções e significados nos leva a discorrer de forma breve sobre uma "Anatomia do Momento Criativo", que faça ou os nos permita despertar para um novo tempo. Daniel Goleman, Paul Kaufman e Michael Ray (2007, p. 14-19) constroem por etapas através de um processo de preparação de caminhos.

A primeira etapa é quando você mergulha no problema e investiga qualquer dado que possa ser relevante. [...] Aqui é absolutamente necessário ser receptivo e saber ouvir. [...] Preparar-se para viver o novo, admitir que pode acontecer a frustração, desvendar os momentos de escuridão. [...] [a segunda etapa – Incubação] você poderá deixar o problema 'cozinhar em fogo brando' [...] [a terceira etapa – Devaneio] quando não estamos pensando em nada em particular. Por isso, o 'sonho acordado' é tão útil na busca da criatividade [...] COM SORTE, a imersão e

o devaneio conduzem à Iluminação [a quarta etapa] quando, de repente, a resposta surge como que do nada.

Relevante é observar que estamos diante de muitas dificuldades, e como tirar forças, neste tempo? Também é algo complexo de se pensar?

Acreditamos ainda assim na inovação e criatividade, e para aplicação é necessário pensarmos em estratégias.

Através de um sistema integrado de conhecimentos, por exemplo, o Dragon Dreams que aponta métodos que podem servir para o autoconhecimento e o autodesenvolvimento tanto para grupos quanto para indivíduos, conforme descreve o seu Guia Prático (p. 2):

O amor é uma aventura na descoberta mutuamente compartilhada. 'Amor em Ação' é descobrir as habilidades que honram e envolvem a individualidade e as contribuições únicas de cada pessoa e, ao mesmo tempo, honrando e envolvendo a diversidade manifesta da comunidade da Terra Viva da qual fazemos parte. Dragon Dreaming é muito mais do que apenas fazer nossos sonhos realidade. É uma filosofia de vida, baseando-se em sabedoria dos aborígenes da Austrália Ocidental.

Um novo tempo surge em nossas vidas, e ao que se vê é possível se fazer um resgate de sabedorias milenares de seres que passaram e viveram experiências catalogadas, em um equilíbrio perfeito, no qual cada um terá seu valor e importância e pode deixar um legado de contribuição para todos. Levando em conta a integração desse sistema, resgatamos a sabedoria que se constrói a partir de Oraibi, da Nação Hopi, a profecia de um ancião celebrador no anoitecer dos



seus dias:

Você disse ao povo que esta é A Décima Primeira hora, agora você deve voltar e dizer às pessoas que esta é a Hora. E há coisas a serem consideradas. Onde você está morando? O que você está fazendo? Quais são os seus relacionamentos? Você está em relação correta? Conheça o seu jardim. É hora de falar a sua verdade. Seja bom para os outros. E não procure o líder fora de si mesmo. Então, ele apertou as mãos, sorriu, e disse: 'Este poderia ser um bom momento'. Há um rio que agora flui muito rápido. É tão grande e rápido, que há aqueles que terão medo. Eles tentarão se manter às margens. Eles sentirão que estão sendo dilacerados e sofrerão muito. Saiba que o rio tem seu destino. Os mais velhos dizem, temos de sair das margens, empurrar para o meio do rio, manter nossos olhos abertos e nossas cabeças acima da água. E eu digo, veja quem está lá dentro com você e celebre. Neste momento da história, não devemos tomar nada como pessoal. Menos do que tudo, a nós mesmos. No momento, o que fazemos, o nosso crescimento espiritual e viagem chegam a um impasse. O tempo do lobo solitário acabou. Reúnam-se! Retire a palavra luta de sua atitude e seu vocabulário. Tudo o que fazemos agora deve ser feito de uma forma sagrada e em celebração (GUIA PRÁTICO DRAGON DREAMING, p. 36).

No mesmo viés, na integração de pessoas e conhecimentos, é possível experimentar outras experiências baseadas em princípios filosóficos a partir das sabedorias dos aborígenes, como os Processos Circulares baseados na Roda da Medicina. Prannis (2010, p. 57-58) aponta uma metodologia, com foco nos relacionamentos. Nele, antes de tentar resolver as questões ou partir para a ação é preciso investir algum tempo ajudando os participantes a encontrar sua ligação como seres humanos, a partir de

quatro elementos relacionais, que acontecem também por etapas, como nos demais métodos supracitados: reunião/conhecimento mútuo; construção de entendimento e confiança; tratar da visão/problemas e desenvolvimento de planos/senso de comunidade.

Ao que se vê, a escuta vai se tornando cada vez mais uma ferramenta muito relevante para o momento, e muito necessária por sinal. Passos curtos apresentam-se com uma chave para iniciarmos na prática uma ação do amor criativo.

Eis que é possível que o ambiente familiar seja uma porta para mudanças de atitudes, para a transformação de nossos mundos em tempos de pandemia. Assim, Dunker e Thebas (2019, p. 223) observam:

Se você quer começar a ampliar a sua escuta, mas acha que não é muito bom com as palavras, comece convidando pessoas para sua casa, para jantares, festas ou reuniões, a pretexto de qualquer coisa. Aprender a receber alguém, e deixar o outro em casa, na sua casa, é o começo e a origem para escuta hospitaleira.

Há quem diga que "o local de trabalho é uma extensão de nossa casa", a exemplo de atitudes de magistrados criativos. Tal afirmativa se confirma dentro do ambiente de trabalho, no qual os magistrados com que convivemos nos reportavam com seus diálogos afetivos a uma vida familiar no trabalho.

Ao que se vê nas coisas simples da vida, na escuta de histórias, de ensinamentos e de poesias, vivenciamos o "amor criativo" através do qual nos foi permitido aprendermos novos saberes no espaço de trabalho.

Apesar das limitações que o momento de pandemia nos impõe, serão nossas escolhas que nos apontarão para um conjunto de ideias, a nos permitir ressignificar nossas dores e traumas em um momento de recolhimento social.

No resgate de nossas raízes ou nos ensinamentos da ancestralidade, muitas sabedorias podem ser assimiladas dentro do atual contexto. Dunker e Thebas (2019, p. 165), ao se reportarem sobre as sete escutas da língua tupi, relatam que:

os tupis aprendem a escutar nas trocas cotidianas em comunidade, transmitindo histórias e fazendo perguntas. Treinados desde sempre a perceberem, e exercitarem suas escutas, os indivíduos da tribo vão igualmente reconhecendo qual a característica de escuta de cada integrante da aldeia.

Acreditamos que vive em nós, filhos da Amazônia, por nossas heranças ancestrais, a influência da vida do homem do interior e do ribeirão, e é bem possível que não tenhamos tantas dificuldades de vivenciarmos uma “escuta hospitaleira” entre nós ou na comunidade, no eterno recomeço que é a vida diante de um processo de aprendizado e de renascimento constante.

Eis que em cada um de nós há que se encontrar uma linha de vida, que pode ter influenciado nossos ancestrais, homens e mulheres interioranas ou “Caboclos da Amazônia” ou mesmo nos magistrados a que nos referimos neste trabalho: Manoel de Christo Alves Filho nasceu em uma cidade da região do Salgado, nordeste do Pará, na cidade de Curuçá (2020, p. 15) e Cláudio Henrique Lopes Rendeiro nasceu em São de Caetano de Odivelas, cidade ribeirinha do interior do Estado do Pará (2018, p. 23).

Ambos são pessoas simples, que nos deixam saudades pela relevância dos ensinamentos partilhados e por seus legados manifestos em atitudes, baseados nos modelos de vida, que agregaram valores em suas vidas pessoais e influenciaram pessoas por tais modelos. Estes trazem a sabedoria do chão e da terra molhada do interior da Amazônia, cuja criatividade tem como berço a mãe natureza, que se recria de forma amorosa e criativa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na contação de histórias sobre pessoas significativas no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Pará, no conhecimento de saberes dos aborígenes, dos indígenas ou mesmo da influência de povos do interior da Amazônia, além é claro das demais referências teóricas citadas, é possível que encontremos em um ou outro caminho ensinamentos que nos impulsionem a transformar o momento que vivemos em experiências de amor criativo.

Transformar e ressignificar nossas histórias de vida, medos e desesperanças em oportunidades de crescimento, a partir da escuta de pessoas à nossa volta, fazendo do isolamento social uma atitude de respeito para conosco e com os outros, bem como uma oportunidade a mais de se experimentar viver.

Convencemo-nos, nestes tempos de pandemia, de que a oportunidade, em última análise, serve para nos ajudar a perceber que somos todos um – “ubuntu” na expressão de origem africana –, já que a experiência de ser ou não contaminado por um vírus não nos classifica por cargos, raça, cor ou gênero, ao contrário nos une e nos iguala em uma única necessidade, a vida.

## REFERÊNCIAS

ALVES FILHO, Manoel de Christo. **Recortes do Passado de um juiz na Amazônia**. Belém: Instituto Euvaldo Lodi IEL/PA, 2020.

ÁUDIO emocionante de ‘Epaminondas Gustavo’ defendia o isolamento social, ouça. **O Liberal**, Belém, 18 jan. 2021. Disponível em: <https://tecnoblog.net/247956/referencia-site-abnt-artigos/>. Acesso em: 19 abril 2021.

BANDLER, Richard; GRINDER, John. **Ressignificando**: programação neurolinguística e a transformação do significado. Tradução de Maria Sílvia Mourão Netto. São Paulo: Summus, 1986.

BEM-SHARAR, Tal. **Seja mais feliz**: aprenda os segredos da alegria de cada dia e da satisfação permanente. Tradução de Paulo Anthero S. Barbosa. São Paulo: Editora Academia de Inteligência, 2008.

FROMM, Erich **A arte de amar**. Tradução de Milton Amado originalmente do americano, sob o título de The Art Of Loving. Rio de Janeiro: Itatiaia, 1995.

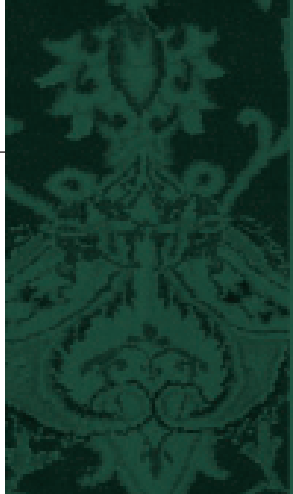
GOLEMAN, Daniel; KAUFMAN, Paul; RAY, Michael. **O Espírito Criativo**. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa, originalmente do título The Creative Spirit. São Paulo: Cultrix, 2007.

GIARDELLI, Gil. **Você é o que você compartilha: e-agora**: como aproveitar as oportunidades de vida e trabalho na sociedade em rede. São Paulo: Editora Gente, 2012.

RENDEIRO, Cláudio Henrique Lopes. **Líricas ribeirinhas e outras margens**. Belém: Imprensa Oficial do Estado, 2018a.

PRANNIS, Kay. **Processos Circulares**: Teoria e Prática. Tradução de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.





Natasha Costa Favacho

RECUSA TERAPÊUTICA: UMA EXPRESSÃO DOS  
PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PESSOAL DO PACIENTE E  
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

#### Resumo

O presente artigo analisa a questão da recusa terapêutica sob a ótica do princípio da autonomia do paciente, levando em consideração a dignidade da pessoa humana e o direito à informação, mediante pesquisa bibliográfica de textos contidos em obras sobre Direito Médico, análise legislativa de normas legais e deontológicas que regem a matéria e verificação jurisprudencial sobre casos levados ao Poder Judiciário. Este estudo avalia, primeiramente, o processo de evolução na relação entre paciente e médico ao longo do tempo. Em um segundo momento, a pesquisa aborda o conceito de autonomia do paciente, sua correlação com a dignidade da pessoa humana e o direito à informação. Finalmente, é analisada a questão da recusa terapêutica no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chaves:** Autonomia Pessoal. Recusa Consciente de Tratamento. Relação Médico-Paciente.

#### Abstract

This article analyzes the question of therapeutic refusal from the point of view of the principle of patient autonomy, taking into consideration the dignity of the human person and the right to information, through bibliographic research of texts contained in works on Medical Law, legislative analysis of legal and deontological norms that govern the matter, and jurisprudential verification of cases brought before the Judiciary. This study evaluates, firstly, the process of evolution in the relationship between patient and physician over time. In a second moment, the research approaches the concept of patient autonomy, its correlation with human dignity and the right to information. Finally, the question of therapeutic refusal in the Brazilian legal system is analyzed.

**Keywords:** Personal Autonomy. Conscientious Refusal to Treat. Physician-Patient Relations.

# RECUSA TERAPÊUTICA: UMA EXPRESSÃO DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PESSOAL DO PACIENTE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

## THERAPEUTIC REFUSAL: AN EXPRESSION OF THE PRINCIPLES OF PERSONAL PATIENT AUTONOMY AND HUMAN DIGNITY

Natasha Costa Favacho\*

\* Pós-graduada em Direito Médico pela Faculdade CERS. Pós-graduada em Direito de Família pela Universidade Estácio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Ex-advogada. Servidora Pública Efetiva do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Foi Diretora de Secretaria da 7ª Vara de Família de Belém. Analista Judiciária. Endereço eletrônico: natashafavacho86@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

A Medicina surgiu com a própria existência humana, pois o homem, em qualquer época de sua evolução, padecia de doenças, tendo sido buscados tratamentos para alívio de dores e cura das moléstias por seus pares seja por questão de empatia e piedade humana ou por curiosidade de quem aplicava os métodos curativos ao enfermo a fim de recuperar a saúde do indivíduo.

As primeiras atividades no campo da Medicina eram baseadas no empirismo de certos membros da comunidade que receitavam chás e ervas como remédios para determinada doença e realizavam rituais de cura, como ocorria na área da antiga Mesopotâmia por volta do ano 4.000 a.C. (HOLANDA; MATOS, 2021, p.64).

Naquele momento histórico, a prática médica era realizada por membros das comunidades, como feiticeiros, sacerdotes, curandeiros, o que fez com que esses sujeitos fossem vistos como seres superiores e

dotados de poderes religiosos e sobrenaturais, tendo, por isso, o paciente uma condição inferior a quem o curava.

Com o filósofo e médico grego Hipócrates, chamado de “pai da Medicina”, houve a modificação quanto à realização de tratamentos baseados na religião, na magia e no sobrenatural, pois passaram a ser adotadas as práticas médicas com base nas ciências biológicas e naturais. Desta forma, a atuação do médico voltou-se ao paciente, pela experimentação curativa, realização de exames, etc. O diagnóstico da enfermidade passou a decorrer de um processo lógico advindo da observação de sinais e sintomas e deixou de ser uma inspiração mágica ou religiosa (HOLANDA; MATOS, 2021, p.65-66).

Nesse contexto, o juramento de Hipócrates, referenciado como o primeiro código de ética médica ocidental, consagrou o que pode ser chamado de princípio da beneficência impositiva, segundo o



qual se deveria buscar o tratamento que beneficiasse incondicionalmente o paciente, recaindo a escolha quanto à terapêutica aplicada ao doente única e exclusivamente sobre o profissional médico, sem a necessidade de anuência do paciente, a quem cabia seguir estritamente as determinações daquele, expressando, desse modo, uma relação assimétrica entre os sujeitos envolvidos.

A Medicina também foi influenciada pelo Cristianismo, com fundamentos e princípios de caridade, amor ao próximo, cabendo aos pacientes o dever de honrar os médicos e obedecer aos seus cuidados e orientações, pois se considerava que a autoridade do profissional era proveniente de Deus (HOLANDA; MATOS, 2021, p.68).

Ocorre que com as modificações sociais, após as atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial, como a realização de experimentos com gases tóxicos em seres humanos, e com o advento do Código de Nuremberg, no ano de 1947, verificou-se que a relação entre paciente e médico deveria ser pautada em outros princípios além da beneficência impositiva, dentre os quais, o princípio da autonomia, o qual é expresso mediante o consentimento livre, esclarecido e informado do paciente.

Com essa evolução, na sociedade atual, entende-se que ter saúde não decorre apenas da ausência de moléstias. Um ser humano saudável é aquele que, além de não estar fisicamente doente, também é capaz de tomar suas próprias decisões acerca de seu corpo, de seu modo de vida, de sua saúde, de eventual tratamento ao qual é submetido, após ser informado sobre as questões a si atinentes, tendo suas escolhas respeitadas por quem quer que seja,

garantindo, desta forma, o pleno exercício de sua autonomia e de sua dignidade.

Como dito, ao princípio hipocrático da beneficência impositiva, juntaram-se os princípios da autonomia, da não maleficência e da justiça, como pilares fundamentais da bioética que alicerça a medicina moderna. Essa nova perspectiva e a valorização dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano resultaram numa mudança marcante no modo como a Medicina e a relação médico-doente são encaradas atualmente (GONÇALVES; DADALTO, 2020, p.341).

Deste modo, nessa relação, as partes vêm assumindo posições de importâncias equivalentes, isto é, os sujeitos mantêm um diálogo aberto e democrático, sedimentado na confiança e na boa-fé, deixando-se de lado a relação assimétrica e o paternalismo médico. O paciente, deste modo, deixa de ser apenas um objeto de prática e experimentos médicos e passa a ser sujeito de direitos.

No modelo interativo-integrativo, intenta-se uma troca equilibrada em que o médico detém o conhecimento técnico acerca da enfermidade, seu tratamento, prognóstico, riscos, etc. e o paciente, por sua vez, detém a autonomia para realizar a escolha que lhe seja mais adequada (AMANTINO; CORDEIRO, 2020, p. 434).

O paradigma paternalista passa a ceder lugar à autonomia do paciente, nas suas relações com o médico e a este não se reconhece mais autoridade para impor determinada terapia ou para se substituir o indivíduo nas decisões essenciais a respeito de sua integridade física e moral. A manifestação de

vontade do paciente, no entanto, sobretudo quando importe recusa de tratamento, deve estar cercada de um conjunto de cautelas e exigências (BARROSO, 2010).

Nesse contexto, diante da tendência atual de horizontalidade da relação entre paciente e médico, observa-se que o princípio da autonomia da vontade, que tem base constitucional, como será explanado ao longo deste artigo, é fonte do direito-dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente, sendo também base do direito de recusa terapêutica por este.

Sendo assim, exercício do direito de recusa terapêutica pressupõe que o paciente seja livre, capaz e mantenha uma relação paritária com o profissional que o assiste e que tenha acesso à informação prestada pelo médico, a fim de que possa expressar sua vontade de forma livre e esclarecida.

O objetivo do presente artigo é, pois, verificar que a recusa terapêutica nada mais é do que a expressão do direito da autonomia do paciente e conseqüente respeito à sua dignidade, demonstrando que a autonomia confere legitimidade à decisão quanto à recusa terapêutica, desde que obedecidas determinadas condições que lidimem, genuinamente, o consentimento do doente.

O debate é necessário para que haja a ampliação dos estudos sobre o respeito ao direito de recusa de tratamento do paciente pelo médico e pela própria sociedade à luz da consagração da autonomia privada como conseqüência da dignidade humana e da evolução da relação entre os sujeitos envolvidos, mostrando, também um direcionamento jurídico e ético ao

profissional médico para ter segurança ao agir e respeitar as decisões de seus pacientes em situações concretas.

## 1. AUTONOMIA PESSOAL DO PACIENTE COMO DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

As novas tecnologias, a informática e o acesso às informações em tempo real deram às pessoas a oportunidade de se instruírem sobre diversos assuntos. Hoje se sabe muito mais sobre procedimentos médicos, saúde, doenças e seus tratamentos do que se sabia há décadas. A relação entre paciente e médico vem transmudando o paternalismo vertical para uma horizontalização e esta é uma escolha da sociedade, pois essa relação se desenvolve em consonância com o pensamento da comunidade no momento vivido.

Na relação dialógica entre médico e paciente, o último é convocado para participar ativamente da tomada de decisões a respeito de sua saúde e de sua vida como um todo, tendo, por isso, competência e direito às escolhas autônomas. Diante disso, a autonomia pessoal ou privada do paciente está diretamente ligada à horizontalização ora referenciada.

Nesse cenário, verifica-se que o princípio da autonomia está intrinsecamente ligado à racionalidade humana de fazer suas próprias leis e escolhas. Ele se conecta à prática e à definição das regras sociais, tais como privacidade, necessidade de obtenção de permissão para intervir na vida e no corpo da pessoa, dentre outros. Num sentido mais estrito, pode-se afirmar que tal princípio está ligado ao papel de relevância que o sujeito assume na modernidade, conectando-se à cultura moderna, essencialmente

tecnocientífica e humanístico-individualista (BARONI, 2021, p. 269-270).

Daí vislumbra-se que a autonomia está ligada à ideia de autodeterminação e de autogoverno do indivíduo, ou seja, relaciona-se à capacidade do ser humano de decidir o que é bom para si e o que compreende o seu bem-estar, à capacidade de deliberação de poder agir livremente, de realizar as próprias escolhas, tomar as próprias decisões independentemente de qualquer vício, ameaça ou coação.

Nesse sentido, a autonomia mostra-se como um direito inerente do ser humano e é enaltecida a partir do vetor fundante da cláusula geral de dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, o respeito às suas decisões se torna peça-chave a guiar a relação médico-paciente (SCHULMAN; ALMEIDA, 2021, p.24).

A dignidade humana é o epicentro axiológico da ordem jurídica brasileira e todos os direitos humanos dela retiram seu substrato valorativo e teleológico. Na sua expressão mais essencial, a dignidade exige que todo o indivíduo seja tratado como um fim em si mesmo. Desta forma, a missão contemporânea do Estado Democrático de Direito é viabilizar a cada pessoa a possibilidade de fazer escolhas existenciais sem cerceamentos públicos ou privados, nos estritos limites em que tais opções não impossibilitem o exercício de direitos alheios ou de titularidade difusa (CHADDAD; CALUX, 2021, p. 231-232).

Ora, sob a perspectiva da dignidade humana, constata-se que a autonomia pessoal garante que nenhum indivíduo deve pautar sua vida para atender aos desejos ou anseios de outra pessoa ou, até

mesmo, para os propósitos coletivos da sociedade. Garante-se ao ser humano o direito de fazer suas próprias escolhas de acordo com o que entende ser adequado para si, sem a interferência de terceiros, assegurando-se, assim, a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos, bem como o direito a não sofrer discriminações em decorrência de suas escolhas.

Para Luís Roberto Barroso, a dignidade como autonomia é a concepção subjacente aos grandes documentos de Direitos Humanos do século XX, bem como a inúmeras constituições do segundo pós-guerra, que se expressa como a capacidade de autodeterminação do ser humano mediante a existência de condições adequadas para o exercício dessa liberdade, de modo a evitar que ela se converta em mero formalismo ou em justificativa para a violação de direitos fundamentais do próprio indivíduo. Desta maneira, a concepção de dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais, fomentando o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma maneira geral (BARROSO, 2010).

Seguindo este entendimento, a Constituição Federal de 1988, alçou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III, demonstrando que a visão de dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade, suas escolhas e seus direitos fundamentais.

Do mesmo modo, a Carta Maior, como expressão da garantia à dignidade humana, em seu artigo 5º *caput* e incisos assegura a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, estabelecendo que ninguém

será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, sendo, ainda inviolável a liberdade de consciência, de crença e a livre manifestação do pensamento.

Assim, no âmbito do Direito, a autonomia se reflete através da possibilidade de autodeterminação do indivíduo. Por sua vez, nas esferas médica e bioética, a autonomia se expressa no direito de o paciente informar e definir o que para ele é uma necessidade de saúde, sendo as decisões afetas ao próprio corpo, à saúde, à vida, tratamento cruciais para que o indivíduo possa viver com dignidade.

Nesse contexto, é imprescindível o reconhecimento da plena soberania do indivíduo sobre o próprio corpo, saúde, vida e a liberdade de tomar decisões sobre intervenções médicas, destacando-se que a autonomia do sujeito capaz, orientado e livre, não guarda qualquer relação com um juízo de valor sobre suas escolhas, isto é, independe se são boas ou ruins sob a ótica de outras pessoas, ainda que seja contrário ao senso comum. O paternalismo, antes patente na relação entre médico e paciente, é incompatível com o respeito à autonomia, inclusive no tocante à vida, e, portanto, impor tratamentos indesejados a pacientes, em qualquer circunstância, não se sustenta do ponto de vista constitucional (ARANHA, FILHO, 2021, p.137).

Desta forma, a autonomia, enquanto expressão da dignidade e princípio da bioética, estabelecido na Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos<sup>1</sup>, é fonte do dever de informação e do correlato direito

<sup>1</sup> **Artigo 5 – Autonomia e Responsabilidade Individual:** Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais.

de Consentimento Livre e Esclarecido<sup>2</sup>, também previsto na declaração, e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.

Para decidir autonomamente e exercer o direito de consentir, o indivíduo deve ter liberdade de decidir e ser capaz de compreender as explicações fornecidas e as implicações do ato, para que possa deliberar sobre as escolhas possíveis em função dos valores e metas que persegue e expressar claramente a própria escolha. Além disso, deve receber as informações e esclarecimentos para que tenha compreensão dos dados expostos e voluntariedade, não só para participar ou aceitar, mas também para recusar ou se retirar da pesquisa, procedimento ou tratamento a qualquer tempo.

O consentimento deve ser exercido por meio de um processo contínuo e ininterrupto, através do qual a interação entre médicos e pacientes deve permanecer durante toda a relação constituída e atua como instrumento de preservação da autonomia privada existencial ao permitir que a vontade válida do paciente seja respeitada.

Portanto, para o exercício da autonomia e expressão válida do consentimento, o sujeito deve ser capaz e estar em condições adequadas de discernimento. Sua manifestação deve ser personalíssima, expressa, atual,

Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia.

<sup>2</sup> **Artigo 6 – Consentimento:** a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito

revogável a qualquer tempo, livre, sem interferências externas. Finalmente, o consentimento deve ser informado, isto é, o paciente deve receber todas as informações necessárias acerca de seu estado de saúde, as alternativas para tratamento e terapêutica e as consequências das suas opções.

## 2. A RECUSA TERAPÊUTICA

Hodiernamente, os profissionais da saúde se deparam com dilemas práticos e bioéticos envolvendo questões relativas aos direitos à saúde, à vida, à autodeterminação e à dignidade de seus pacientes, o que, num primeiro momento, pode sugerir um possível conflito entre esses direitos e os princípios estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro. São comuns situações nas quais o paciente, por convicção religiosa, por medo ou por qualquer outro motivo, recusa receber transfusão de sangue, recusa ser intubado em casos graves de COVID-19, recusa prolongar tratamentos para moléstias incuráveis, etc.

Nesse cenário, a recusa terapêutica consiste na objeção do paciente ao tratamento, procedimento ou uso de medicamento para o restabelecimento de sua saúde ou, até mesmo, para a realização de cuidados paliativos para sua enfermidade.

Como já explanado ao longo deste artigo, um dos pilares, relação entre médico e paciente, é o direito-dever de informação. Ao profissional cabe o dever de prestar ao paciente ou representante legal, todos os esclarecimentos necessários ao deslinde do tratamento a ser aplicado e dos eventuais riscos dele decorrentes, a fim de que o paciente possa exercer sua autonomia e direito de escolha, optando pela terapêutica que melhor lhe aprouver ou, até mesmo,

decidindo por não realizar tratamento algum. O mesmo vale em relação a medicamentos.

As escolhas individuais do paciente, desde que lúcido, capaz e dotado de discernimento, são soberanas e devem ser respeitadas e acatadas para que o princípio da autonomia seja estabelecido, respaldando o ato médico, seja em hospitais, postos médicos públicos ou privados. Nenhum profissional ou junta médica poderá sobrepor-se à vontade livremente manifestada pelo enfermo qualquer que sejam suas razões ou consequências advindas dessa escolha.

Nesse sentido, o Código de Ética Médica, em seus artigos 22, 24 e 31, veda ao profissional deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, assim como desrespeitar o direito de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, exercer sua autoridade para limitar a vontade do doente e deixar de obter o consentimento após o esclarecimento sobre o procedimento a ser realizado<sup>3</sup>.

Seguindo o entendimento de que a recusa terapêutica é um direito do indivíduo capaz, informado e livre, o ordenamento jurídico brasileiro, em diversos diplomas legais garante o seu exercício. O Código Civil estabelece que ninguém poderá ser constrangido, com risco de morte, a tratamento

<sup>3</sup> É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.



médico ou intervenção cirúrgica. O Artigo 7º, incisos III e V da lei nº 8.080/1990, dispõe que, no âmbito do SUS, serão obedecidos os princípios da preservação da autonomia da pessoa e o direito à informação. Do mesmo modo, a lei nº 10.741/2003, em seu artigo 17 garante ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

Os Enunciados 403 da V Jornada de Direito Civil e 533 da VI Jornada de Direito Civil estabelecem, respectivamente, a) que o Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, na Carta Magna, aplica-se à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que capaz, livre, consciente e informada; b) que a oposição diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante e; c) que o paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

No âmbito do Conselho Federal de Medicina, a autarquia regulamentou a questão referente à recusa terapêutica, inicialmente mediante a Resolução nº 1.021/1980 e, posteriormente, pela Resolução nº 2.232/2019, a qual revogou aquela. Referidas resoluções estabelecem que a recusa terapêutica é um direito do paciente capaz e informado, porém esta não deve ser aceita pelo médico quando houver risco de morte, abuso de direito ou risco a terceiros.

Ocorre que tais normativas são objetos de Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental

perante o STF, respectivamente, ADPF 618 e ADPF 642, com o intuito de ser excluída a interpretação de que os médicos devem realizar a transfusão de sangue mesmo contra a vontade prévia ou atual dos pacientes maiores e capazes, dada a prevalência nestes casos do disposto nos arts. 1º, III e art. 5º, *caput*, VI a VIII da Carta Maior e de ser declarada inconstitucional a Resolução 2.232/2019 por suposta violação de princípios fundamentais da legalidade, da separação de poderes e do devido processo legislativo, por limitação inconstitucional da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à liberdade, à igualdade, à saúde e à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante.

Ora, como dito pelo Papa João Paulo II, obrigar alguém a violar sua consciência é o golpe mais doloroso infligido à dignidade humana. Em certo sentido, é pior do que infligir a morte física ou matar. No campo da Medicina, os atos de autonomia nas decisões afetas ao próprio corpo, saúde e vida são cruciais para viver com dignidade (SCHULMAN;ALMEIDA, 2021, p.32).

Desta forma, entende-se que respeitar a autonomia é reconhecer que ao indivíduo cabe possuir certos pontos de vista e que é ele quem deve deliberar e tomar decisões segundo seu próprio plano de vida e ação, embasado em crenças, aspirações, valores próprios, mesmo quando diverjam daqueles dominantes na sociedade ou daqueles aceitos pelos profissionais de saúde, pois o corpo, a dor, o sofrimento, a doença são da própria pessoa e o posicionamento dos Tribunais Superiores é essencial para que haja uma pacificação sobre o assunto e embasamento das práticas médicas (MUÑOZ; FORTE, 1998, p.58).



Nesse sentido, no Recurso Especial nº 1.540.580 – DF, o Ministro Luis Felipe Salomão destacou que, no contexto médico, o dever de informação tem relação com o direito que possui o paciente, ou seu representante legal, de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, confira-se:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.540.580 - DF (2015/0155174-9) RELATOR : MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE: DIMAS PEREIRA E ABRAHAO RECORRENTE: LINDALVA GONCALVES ABRAHAO RECORRENTE : TIAGO BARBOZA ABRAHAO ADVOGADOS: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF007383 RAMIRO FREITAS DE ALENCAR BARROSO - DF033119 RECORRIDO : SOCIEDADE BENEFICIENTE DE SENHORAS HOSPITAL SÍRIO LIBANÊS ADVOGADO: ELIAS FARAH JÚNIOR E OUTRO(S) - SP176700 RECORRIDO: CLINICA PAULISTA DE NEUROLOGIA E NEUROCIRURGIA LTDA - EPP RECORRIDO: MANOEL JACOBSEN TEIXEIRA ADVOGADOS: SERGIO DOMINGOS PITTELLI E OUTRO(S) - SP165277 SÉRGIO DE GÓES PITTELLI - SP292335 EMENTA RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DOMÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO

CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO. (...). 2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação. 3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal. 4. **O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar**, de Documento: 87116219 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 04/09/2018 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações. 5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanket consent*), necessitando ser claramente individualizado. 6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. (...). (sem destaque no original)

Nessa esteira de entendimento, colaciona-se julgado do TRF1:

CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PACIENTE INTERNADO. TRATAMENTO APLICADO PELA INSTITUIÇÃO DE SAÚDE. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. TRANSFUSÃO DE SANGUE COMPULSÓRIA. RECUSA DA PESSOA ENFERMA. OPÇÃO POR MODALIDADE DIVERSA DE TRATAMENTO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À LIBERDADE. DIREITO DE ESCOLHA DA ESPÉCIE DE TRATAMENTO MÉDICO. LEGALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. 1. **A opção de escolha pela modalidade e características do tratamento médico que lhe pareça mais conveniente, sob os aspectos biológico, científico, ético, religioso e moral, é conduta que possui a natureza de direito fundamento, protegida pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade, na forma preconizada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.** 2. **É lícito que a pessoa enferma e no pleno exercício de sua capacidade de expressão e manifestação de vontade, de modo claro e indubitado, recuse determinada forma de tratamento que lhe seja dispensado, não se evidenciando nesse caso lesão ao bem maior da vida, constitucionalmente tutelado, mas se configurando, de outro modo, o efetivo exercício de conduta que assegura o também constitucional direito à dignidade e à liberdade pessoal.** 3. Com relativa frequência o Poder Judiciário é chamado a dirimir conflitos que remontam a profundos e complexos questionamentos subjetivos e dúvidas existenciais, e dizem respeito à própria finitude humana, contudo, a grande envergadura dessa missão não pode resultar em omissão na direção legal a ser adotada, mas exige pronta e efetiva resposta, que também deve ser erigida à expressão da relevância inserida no conflito de bens caros, essenciais e igualmente agasalhados pela

Constituição Federal. 4. Na hipótese dos autos, uma paciente acometida de Leucemia Linfoblástica Aguda - LLA, em razão de sua convicção religiosa (Testemunha de Jeová) e científica - biológica - existência de meios terapêuticos sem os riscos transfusionais-, recusou, mediante declaração escrita e verbal, tratamento médico que prevê a transfusão de sangue, e, optou por tratamento médico diverso e alternativo, firme na preservação de sua dignidade e de suas convicções pessoais e filosóficas ante o evento da vida. Não acolhendo esses fundamentos, foi proferida no processo de origem Decisão antecipatória da tutela que autorizou o procedimento forçado de transfusão sanguíneo, provimento judicial que, no entanto, mereceu reforma nos presentes autos de Agravo de Instrumento. 5. Recurso de Agravo de instrumento conhecido e provido, para o fim de desconstituir, integralmente a Decisão agravada. (AG 0017343-82.2016.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 08/07/2016 PAG.)

Portanto, vislumbra-se que o exercício do direito de recusa terapêutica como consectário da autonomia não configura colisão com o direito à vida, o qual expressa o modo individual de ser, existir e viver de cada pessoa, de acordo com suas convicções, crenças e desejos, ainda que distintos dos professados pela maioria das pessoas.

Assim, os riscos de morte e à saúde dos indivíduos devem ser compreendidos como os riscos inerentes ao viver humano e, desde que conscientemente assumidos pelo sujeito lúcido, capaz, livre e informado, não caberá ao profissional médico desrespeitá-lo, restando, apenas, seguir a vontade do paciente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, a relação entre médico e paciente vem desprendendo-se do antigo paradigma paternalista, reconhecendo-se que os profissionais médicos não devem ser os únicos responsáveis quanto às escolhas das possibilidades terapêuticas e medicamentosas a serem aplicadas ao paciente, o qual passa a exercer sua autonomia. Tal tendência é refletida nessa relação e também na produção legislativa, doutrinária e jurisprudencial no País.

Desta forma, a autonomia do paciente, como expressão da dignidade humana permite que o sujeito realize suas escolhas existenciais e assuma as responsabilidades por elas, especialmente no que tange a qualquer intervenção que afete sua integridade.

Portanto configura-se legítima a recusa de tratamento pelo paciente, qualquer que seja sua motivação, em respeito à dignidade como expressão da autonomia privada, não cabendo ao Estado ou ao profissional médico impor procedimento médico recusado pelo paciente, devendo a aferição da vontade real do paciente estar cercada de cautelas, sendo o consentimento genuíno advindo de pessoa capaz, lúcida e que seja válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada. Para a segurança do médico e do paciente, a recusa deve ser anotada em prontuário e, se possível, deve ser assinado o termo de recusa terapêutica pelo paciente e duas testemunhas, ficando uma via do documento com o doente e outra anexada ao prontuário.

## REFERÊNCIAS

AMANTINO, Gisele Ester Miguel; CORDEIRO, Eros Belin Moura. O consentimento informado à luz do novo regime de incapacidades. In: NETO, Miguel Kfoury; NAGAROLI, Rafaela, coordenadores. **Debates contemporâneos em direito médico e da saúde**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; 2020.

ARANHA, Rodrigo Camargo; FILHO, Marco Aurélio Florêncio. A recusa de tratamento por parte do paciente como causa de exclusão supralegal de antijudicidade da omissão médica penalmente relevante. In: ALVIM, Arruda, et al., coordenadores. **Direito Médico. Aspectos materiais, éticos e processuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; 2021.

BARONI, Mariana Souza. As diretivas antecipadas de vontade como instrumento de efetivação da autonomia privada do indivíduo. In: ALVIM, Arruda et al., coordenadores. **Direito médico. Aspectos materiais, éticos e processuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

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

CHADDAD, Maria Cecília Cury; CALUX, Sérgio Henrique Goulart. Recusa de transfusão sanguínea por motivo religioso: possibilidades e limites na ordem constitucional brasileira. In: ALVIM, Arruda,

et al., coordenadores. **Direito médico. Aspectos materiais, éticos e processuais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica.** Resolução CFM nº 2.217/2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao código de ética médica.** 3ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE BIOÉTICA E BIODIREITO. Disponível em: [http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_univ\\_bioetica\\_dir\\_hum.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf). Acesso em: 20 abr. 2021.

ENUNCIADOS CJF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

GONSALVES, Nathalia Recchiutti; DADALTO, Luciana. Testamento Vital e Responsabilidade Civil. In: NETO, Miguel Kfoury; NAGAROLI, Rafaela, coordenadores. **Debates contemporâneos em direito médico e da saúde.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2020.

HOLANDA, Cíntia Ayres; MATOS, Maria Luísa Vieira. Deontologia médica e mídias sociais: breves considerações sobre o atuar dos profissionais da medicina frente às novas formas tecnológicas na publicidade da sociedade contemporânea. In: DANTAS, Eduardo; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra, coordenadores. **Tendências do direito médico.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021.

JURISPRUDÊNCIA UNIFICADA. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

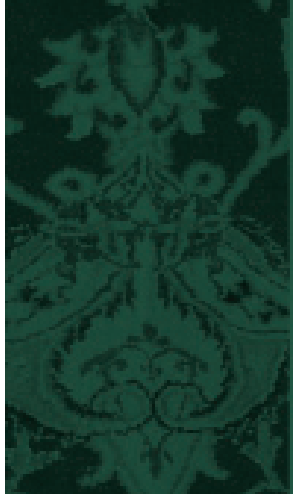
MUNÕZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio de Carvalho Fortes. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido.** Obra coletiva "iniciação e bioética". Conselho Federal de Medicina. Brasília/DF, 1998 p.58.

PARECER 09/2009 –GUB. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE1Ng%2C%2C>. Acesso em: 21 abr. 2021.

SHULMAN, Gabriel; ALMEIDA, Vitor. Novos olhares sobre a responsabilidade civil na saúde: autonomia, informação e desafios do consentimento na relação médico-paciente. In: ROSENVALD, Nelson; DE MENEZES, Joyceane Bezerra; DADALTO, Luciana, coordenadores. **Responsabilidade civil e medicina.** São Paulo: Editora Foco, 2020.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87116219&num\\_registro=201501551749&data=20180904&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87116219&num_registro=201501551749&data=20180904&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 23 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias STF.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=384048>. Acesso em: 25 jan. 2021.



Patrícia Marques Freitas

Rodolfo Silva Marques

REFLEXÕES SOBRE JUSTIÇA E CIDADANIA A PARTIR  
DAS PERSPECTIVAS DE MICHEL FOUCAULT E DE PIERRE  
BOURDIEU

#### Resumo

O presente artigo busca trazer uma discussão teórica a partir de dois conceitos relevantes – e universais: cidadania e justiça. O objetivo fundamental é trazer uma discussão teórico-prática em que se perceba o uso das duas categóricas na prevalência do Estado Democrático de Direito. Para viabilizar tal discussão, usam-se dois caminhos metodológicos: a revisão de literatura, buscando, prioritariamente, as perspectivas dos dois autores escolhidos – Michel Foucault e Pierre Bourdieu; e um breve estudo comparado, considerando-se os contextos e a aplicabilidade dos conceitos em um campo mais prático. Como conclusões preliminares, entende-se a necessidade do suporte da Ciência Jurídica para a compreensão da Justiça e da Cidadania e a importância de trazer importantes referências históricas para o aprofundamento do debate acadêmico.

**Palavras-Chave:** Cidadania; Justiça; Estado Democrático de Direito.

#### Abstract

This paper seeks to bring a theoretical discussion based on two relevant - and universal concepts: citizenship and justice. The fundamental objective is to bring a theoretical-practical discussion in which the use of the two categories is perceived in the prevalence of the Democratic Rule of Law. To make this discussion feasible, two methodological paths are used: the literature review, seeking, primarily, the perspectives of the two chosen authors - Michel Foucault and Pierre Bourdieu; and a brief comparative study, considering the contexts and the applicability of the concepts in a more practical field. As preliminary conclusions, it is understood the need for the support of Legal Science to understand Justice and Citizenship and the importance of bringing important historical references to deepen the academical talking.

**Keywords:** Citizenship; Justice; Democratic Rule of Law.



# REFLEXÕES SOBRE JUSTIÇA E CIDADANIA A PARTIR DAS PERSPECTIVAS DE MICHEL FOUCAULT E DE PIERRE BOURDIEU

DISCUSSIONS ON JUSTICE AND CITIZENSHIP FROM THE PERSPECTIVES OF MICHEL FOUCAULT AND PIERRE BOURDIEU

## INTRODUÇÃO

Ao se tratar de assuntos como Justiça e Cidadania, acaba-se por se falar em política. Mas como abordar um tema como a política, sem se tratar de poder? A Ciência Política se ocupa, como seu principal objeto de estudo, do poder que emana do Estado, tratando de questões como os desenhos institucionais, a Cultura, a Socialização, as Políticas Públicas e as Relações Internacionais.

Para Michel Foucault, um dos dois autores cujos conceitos estão operacionalizados neste trabalho, o poder está ligado a uma prática social construída no âmbito histórico, considerando-se as várias transformações. O poder estaria em toda a parte e provocando ações e reações, não residindo apenas nas instituições e nas pessoas, mas nos diferentes espaços sociais (FOUCAULT, 2008).

Ao mesmo tempo, é necessário entender as correlações sobre cidadania e justiça. Cidadania, em essência, constrói-se com informação e com

Patrícia Marques Freitas \*  
Rodolfo Silva Marques

\* Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário do Pará. Professora, Pesquisadora e Advogada, associada ao Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e pesquisadora do grupo de Filosofia Michel Foucault da PUC/SP, atuando principalmente nas seguintes áreas: Filosofia do Direito, Biodireito/Bioética e Direitos Humanos. E-mail: patymfr@hotmail.com

\*\* Analista Judiciário da Coordenadoria de Cerimonial do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará. MBA em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas/Ideal. Docente da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade da Amazônia (UNAMA) e da Faculdade de Estudos Avançados do Pará (FEAPA). Endereço: Rua Rodolfo Chermont, 236 – Torre Rudá, Ap.402 – Belém-PA. CEP: 66615-170. E-mail: rodolfo.smarques@gmail.com

formação de senso crítico. Ao trabalhar o conceito de *habitus*, Bourdieu (1989) desenvolve a percepção de cidadania na incorporação de alguma(s) estrutura(s) social(is) pelas pessoas, com influências nos modos de pensar, de agir e de se comunicar – representam aprendizados culturais que podem ser transmitidos de geração para geração (BOURDIEU, 1989). O *habitus* são atitudes incorporadas pelos sujeitos sociais durante seu processo de socialização; e possui experiências anteriores, percepções, apreciações. O *habitus* é meio com disposições estruturadas.

Para Bourdieu et al (2003), a cidadania, nesse contexto, consolida-se como um conjunto de direitos e deveres relativos a uma pessoa nos ambientes sociais, nas interações com o poder e meios de modificação nos espaços e nas chances de intervenção.



A concepção da justiça está ligada à visão precípua do Direito, que funciona árbitro das relações sociais e dos conflitos estabelecidos com as diferentes perspectivas sobre ética individual e sobre a moral coletiva. Direito e Justiça estão interligados no sentido da promoção social, sendo que esta é um sistema mais amplo e aberto, modificado com as mudanças culturais, enquanto aquele representa um conjunto de regras, normas e princípios para efetivar a justiça (CAVALIERI FILHO, 1998). Para Cavaliere Filho (1998), a cidadania está ligada ao pertencimento e a necessidade de expressão e de interações em nível de igualdade.

Assim, este trabalho procura realizar uma discussão teórica e interdisciplinar (GUSDORF, 2006), tendo como base dois conceitos relevantes – e universais: a cidadania e a justiça, a partir de um debate teórico-prático na efetivação do Estado Democrático de Direito, sob as perspectivas dos dois autores escolhidos – Michel Foucault e Pierre Bourdieu.

Na sequência do texto, após essa seção introdutória, há os seguintes itens: 1) Direito de Poder: por uma genealogia do poder, com a discussão mais a partir de Foucault; 2) Justiça, Cidadania e Campo Político, olhando mais atentamente para a perspectiva de Bourdieu; 3) um breve estudo comparado, com um quadro analítico e com a nuvem de palavras; e 4) Conclusões preliminares, considerando-se que esta é uma agenda permanente de pesquisa.

## 1. DIREITO E PODER: POR UMA GENEALOGIA DO PODER

Procura-se realizar, aqui, um recorte na obra *Microfísica do poder* do filósofo francês Michel Foucault, mais especificamente, fazendo referência

ao texto de Roberto Machado que, em 2008, faz a introdução à obra.

Antes de fazer um “mergulho” no texto, vale aqui fazer um breve resumo do legado que Michel Foucault (2008 e 2010) nos deixou. Nesse contexto, FONSECA (2012) revela que, normalmente, a obra de Michel Foucault é dividida em três aspectos metodológicos conhecidos como arqueologia, genealogia e ética. As obras relacionadas à arqueologia são as marcadas com as temáticas do saber e as práticas discursivas.

Com o marco cronológico dos anos 1970, o que se percebe é a metodologia da genealogia nas obras que se seguem. As obras que surgem então são *Vigiar e punir* e *A vontade de saber*, dentre outras, em que Foucault analisa a subjetividade moderna, como resultado de intervenções de poder.

A maior parte das obras relacionadas à genealogia foram produzidas no período em que Foucault lecionava no *Collège de France*. Em 2 de dezembro de 1970, Foucault dá sua aula inaugural no *Collège de France*, que ficou conhecida como *A Ordem do discurso*. Os cursos se seguiram nos anos seguintes, dando o tom da genealogia, que marcava seus trabalhos da época. De 1978 a 1980, Foucault tratou das temáticas do biopoder e das “artes de governar”.

Quanto ao terceiro aspecto metodológico, que é chamado de ética, em que se tem *O uso dos prazeres* e *O cuidado de si*, além dos cursos do *Collège de France* de 1981 a 1984, Foucault passa a tratar das discussões sobre as “práticas de si”. Nesse momento, há uma contraposição entre a formação de uma subjetividade no presente, assinalada pelos mecanismos da

normalização, e as formas diversas de “constituição de si”. O estudo do cuidado de si surge com a leitura das práticas morais da Antiguidade Clássica e do período helenístico.

Com isso, retomando o texto de Machado (2008 *apud* FOUCAULT, 2008, p.VII) este esclarece que:

A questão do poder não é o velho desafio formulado pelas análises de Foucault. Surgiu em determinado momento de suas pesquisas, assinalando uma reformulação de objetivos teóricos e políticos que, se não estavam ausentes dos primeiros livros, ao menos não eram explicitamente colocados, complementando o exercício de uma arqueologia do saber pelo projeto de uma genealogia do poder.

Contudo, ainda que Foucault tenha tratado do poder, é preciso que se entenda que ele não criou uma teoria geral do poder. Assim, para Foucault, o poder não detinha uma natureza, nem uma essência que se procuraria definir nas características universais. Desse modo, o poder não é uma coisa que se possua ou não, ele tem formas heterogêneas, sendo, portanto, uma prática social em constante transformação, por isso, constituída historicamente. Para Foucault, o poder está na relação e esta pode se desenvolver de diversas formas.

Nesse sentido, para Roberto Machado (2008 *apud* FOUCAULT, 2008, p.XI):

A razão é simples, embora apresente uma grande descontinuidade com o que geralmente se entende e se pratica como teoria. É que, para ele, toda teoria é provisória, acidental, dependente de um estado de desenvolvimento da pesquisa que aceita seus limites, seu inacabado, sua parcialidade,

formulando conceitos que clarificam os dados – organizando-os, explicitando suas interrelações, desenvolvendo implicações – mas que, em seguida, são revistos, reformulados, substituídos a partir de novo material trabalhado. Nesse sentido, nem a arqueologia, nem, sobretudo, a genealogia tem por objetivo fundar uma ciência, construir uma teoria ou se constituir como sistema; o programa que elas formulam é o de realizar análises fragmentárias e transformáveis.

Sendo assim, na medida em que Foucault critica as teorias científicas, na formação de cada saber, ele mesmo não poderia construir uma teoria, mas pelo contrário, seu papel foi desconstruir o saber e demonstrar como este se liga ao poder.

Assim, para Foucault, a microfísica do poder: “significa tanto um deslocamento do espaço da análise quanto do nível em que esta se efetua.” (MACHADO, 2008 *apud* FOUCAULT, 2008, p.XII). Seria um poder que atinge o corpo dos indivíduos.

Além do mais, o poder para Foucault não é algo que necessariamente deriva do Estado, ele se insurgia contra a ideia de que o Estado seria o órgão central e único de poder, ou ainda, a de que a rede de poderes da sociedade moderna seria uma simples extensão dos efeitos do Estado. Sendo assim, o Estado não é o único foco de onde se derivaria a explicação para a formação dos saberes nas sociedades capitalistas, mesmo porque, há várias vezes em que as relações de poder se instituíram fora dele.

Roberto Machado (2008 *apud* FOUCAULT, 2008, p.XV) ainda nos esclarece que Foucault desenvolveu uma concepção não jurídica do poder:

Com isso se quer dizer que é impossível dar conta do poder se ele é caracterizado como um fenômeno que diz fundamentalmente respeito à lei e à repressão. Por um lado, as teorias que têm origem nos filósofos do século XVIII que definem o poder como direito originário que se cede, se aliena para constituir a soberania e que tem como instrumento privilegiado o contrato; teorias que, em nome do sistema jurídico, criticarão o arbítrio real, os excessos, os abusos de poder. Portanto, exigência que o poder se exerça como direito, na forma da legalidade. Por outro lado, as teorias que, radicalizando a crítica ao abuso de poder, caracterizam o poder não somente por transgredir o direito, mas o próprio direito por ser um modo de legalizar e exercício da violência e o Estado o órgão cujo papel é realizar a repressão. Aí também é na ótica do direito que se elabora a teoria, na medida em que o poder é concebido como violência legalizada.

A ideia básica que Foucault demonstra é que as relações de poder não se passam, predominantemente, nem o nível do direito, nem da violência, ou seja, não são, exclusivamente, contratuais, nem, totalmente, repressivas. Assim, para Foucault, a dominação capitalista não seria capaz de se manter baseada, unicamente, na repressão.

Machado complementa (2008 apud FOUCAULT, 2008, p.XVI):

Não se explica inteiramente o poder quando se procura caracterizá-lo por sua função repressiva. O que lhe interessa basicamente não é expulsar os homens da vida social, impedir o exercício de suas atividades, e sim gerir a vida dos homens, controlá-los em suas ações para que seja possível e viável utilizá-los ao máximo, aproveitando suas potencialidades e utilizando um sistema de aperfeiçoamento gradual e contínuo de suas capacidades.

Objetivo ao mesmo tempo econômico e político: aumento do efeito de seu trabalho, isto é, tornar os homens força de trabalho dando-lhes uma utilidade econômica máxima; diminuição da sua capacidade de revolta, de resistência, de luta, de insurreição contra as ordens do poder, neutralização dos efeitos de contra-poder, isto é, tornar os homens dóceis politicamente. Portanto, aumentar a utilidade econômica e diminuir os inconvenientes, os perigos políticos; aumentar a força econômica e diminuir a força política.

Sempre lembrando que não pode haver generalização do pensamento de Foucault, porque se cairia, justamente, no que ele criticava que era a concepção de uma universalidade. O campo de pesquisa de Foucault era específico, sendo que ele se focou nesse período da genealogia, sobre instituições penais, hospitais, escolas, exército e a fábrica.

Uma das teses fundamentais da genealogia que surge após o século XIX, em função das estratégias que as relações de poder disciplinar trazem, é a de que o poder é produtor de individualidade, com isso, o indivíduo é produção do poder e do saber, em um contexto mais amplo de cidadania e de relações sociais.

A ação sobre o corpo, o adestramento do gesto, a regulação do comportamento, a normalização do prazer, a interpretação do discurso, com o objetivo de separar, comparar, distribuir, avaliar, hierarquizar, tudo isso faz com que apareça pela primeira vez na história esta figura singular, individualizada – o homem – como produção do poder. Mas também, e ao mesmo tempo, como objeto de saber. Das técnicas disciplinares, que são técnicas de individualização, nasce um tipo específico de saber: as ciências humanas. (MACHADO apud FOUCAULT, 2008, p. XX).

Nesse sentido, a ideia de Foucault (2008) não era a de relacionar o saber diretamente com a economia. O que a genealogia faz é considerar o saber como peça de um dispositivo político que se articula com a estrutura econômica, o que significa dizer que, considerando-se as práticas políticas disciplinares, formam-se domínios de saber conhecidos como ciências humanas – e estas dão um amparo mais amplo para a compreensão dos fenômenos sociais e para a observância da justiça.

Dessa maneira, conclui-se, nesta seção, que todo o conhecimento só existe a partir de condições políticas necessárias para a formação tanto do sujeito, quanto do domínio de saber. Assim, não há saber neutro, pois, todo saber é político. Todo saber tem sua gênese em relações de poder, portanto o saber é político, não porque o Estado se aproprie dele, mas devido à sua origem.

## 2. JUSTIÇA, CIDADANIA E CAMPO POLÍTICO

Uma das perspectivas fundamentais, quando se discute Justiça e Cidadania - e as esferas de poder -, é entender um pouco também o papel da mídia neste processo. Uma premissa básica é de que só se pode construir, efetivamente, a cidadania através da informação.

Cidadania, originária do latim *civitas*, reforça-se na observância dos direitos e deveres de quem está nos espaços públicos, prioritariamente nos contextos urbanos. Cidadania, também, está muito ligada aos princípios da liberdade e da igualdade, como forma de uma busca permanente do equilíbrio social.

Neste caso, um conceito que deriva deste debate é a visão de “campo político” de Pierre Bourdieu (1989). A concepção de campo político, de maneira mais específica, mostra que a disputa pelo poder não se encerra nos espaços institucionalizados de tomada de decisão, tais como o próprio Estado, os governos em diferentes níveis, os partidos políticos, o Parlamento, entre outros lócus.

Neste contexto, o espaço político é constituído no contexto histórico, sendo (re)construído permanentemente pelos agentes políticos.

Bourdieu (1989) é um autor da teoria social pós estruturalista e sua obra é uma forma de síntese das sínteses, exibindo um viés marxista, nas críticas materiais e uma vertente weberiana - e a devida ideia da legitimação da ciência social.

No campo epistemológico, Bourdieu (1989) se propõe a superar o objetivismo estruturalista e o subjetivismo interacionista. O autor exibe uma reflexão sociológica contemporânea sobre o poder simbólico, trazendo à evidência algumas questões, como “o que é - e como se configura o poder simbólico?” (1989).

A abordagem do autor traz uma concepção relacional e sistêmica do mundo social. O campo político é estruturado, com sua hierarquia de influência, ou “o lugar em que se geram, na concorrência entre os agentes que nele se acham envolvidos, produtos políticos, problemas, programas, análises, comentários, conceitos, acontecimentos, entre os quais os cidadãos comuns, reduzidos ao estatuto de ‘consumidores’, devem escolher” (BOURDIEU, 1989, p. 164).

Nesta definição das esferas de poder, portanto, os campos são “arenas sociais”, territórios de relações entre grupos, coletivos ou unidades de sobrevivência do sujeito humano, com diferentes práticas sociais, contextos e discursos. O campo político se configura, para Bourdieu (1989), no espaço de mobilização de poder para consensos e rupturas, conforme sejam as circunstâncias históricas do jogo de poder em cena.

Todo campo se define pela imposição de variáveis próprias de análise da realidade, com destaque à fixação de objetivos e metas que se interpõem como naturais. É essencial observar, nessa discussão, que as posições no campo político, para Bourdieu (1989), não são apenas um resultado dos votos concedidos pelos eleitores; o capital político, no contexto da justiça e da cidadania, é uma forma de capital simbólico - e este é dependente do reconhecimento fornecido pelos pares, para garantir a legitimidade. A popularidade é um importante aspecto da formação do capital político, mas jamais pode ser vista como uma variável única e isolada.

Bourdieu (1989) exhibe sua teorização na cultura. Com a percepção de que o poder é onipresente, existe o poder simbólico “invisível”, a ser exercido com a “cumplicidade” daqueles que estão sujeitos a este poder. Os símbolos são os veículos da integração social e, enquanto instrumentos de comunicação e da formação de conhecimentos, permitem a possibilidade de se chegar a um *consensus* a respeito do mundo social. O poder simbólico é um poder de construção de realidade. Bourdieu (1989) entende que os sistemas simbólicos se distinguem por um campo de produção e de circulação relativamente autônomo.

As ideologias, segundo Bourdieu (1989), são determinadas em dois flancos: a) indicam os interesses das classes, grupos e unidades; e b) apresentam os interesses específicos de quem as produz. São instrumentos simbólicos para a dominação. Bourdieu (1989) ressalta que poder é uma capacidade de mover vontades, interesses, desejos, signos, corpos físicos, metafísicos e simbólicos.

Assim, não há poder e não há mobilização de poder sem a mobilização de entes. Poder indica dominação, controle e se refere à capacidade de mobilizar, dominar e controlar. O poder simbólico está nas relações estabelecidas entre as partes.

Bourdieu (1989) trabalha a manifestação do capital cultural em três formas: a) capital cultural em estado incorporado; b) capital cultural no estado objetivado: surge a partir das condições para aquisição de bens, produtos, serviços e artefatos culturais pelo agente e; c) capital cultural no estado institucionalizado.

Assim, a estrutura do campo político determina “as tomadas de posição”, porque entrar no “jogo” político é correr o risco de ganhar ou perder. Ser cidadão, dentro deste contexto, é manter o senso crítico e buscar as melhores alternativas para o funcionamento de determinada sociedade, participando ou não diretamente do poder político.

O ente da Justiça se manifesta, pois, como o árbitro das relações sociais, em que os cidadãos se posicionam e, eventualmente, estão em algum tipo de conflito - até mesmo representando seu campo político e/ou buscando seu poder simbólico.

[...] nas sociedades altamente diferenciadas, o cosmos social é constituído pelo conjunto



desses microcosmos sociais relativamente autônomos, espaços de relações objetivas que são o lugar de uma lógica e de uma necessidade específicas e irreduzíveis às que regem os outros campos”, então os diversos campos “obedecem a lógicas diferentes (BOURDIEU, 1989, p. 53).

A dominação do campo é alterada sempre que são ameaçados os equilíbrios estabelecidos no seu ambiente. Na visão do autor, é necessário, portanto, analisar-se a posição no campo em relação ao campo do poder. Logo, segundo Bourdieu (1989), o campo do poder é o das relações de força entre as diferentes espécies de capital.

### 3. ESTUDO COMPARADO

Para estabelecer uma visão mais ampla e consolidada das visões dos autores e fazer um breve estudo comparado sobre, usam-se duas ferramentas metodológicas – o quadro analítico e a nuvem de palavras.

Quadro 1: Categorias analíticas e visões dos autores

CATEGORIA/AUTOR	MICHEL FOUCAULT	PIERRE BOURDIEU
PODER	Pensado como uma relação. O autor não usa muito a palavra em si, mas associa as relações de poder à força e à dominação (SANTOS, 2016; FERREIRINHA e RAITZ, 2010).	O poder presume a compreensão dos indivíduos, considerando o aspecto simbólico e o campo da política, como dominação e imposição (ROSA, 2017).

JUSTIÇA	A justiça, para Foucault (2008), vai além da visão conceitual em si, enquanto um princípio básico e inquestionável. A justiça pode ser vista como um instrumento de poder no contexto das lutas sociais e na arbitragem dos conflitos (SILVA, 2017).	Na sua visão da Sociologia do Direito e na sua concepção de Justiça, Bourdieu (1989 e 2008), há um processo de reprodução do discurso e do poder social, também funcionando como um meio de transformação em vários patamares, focando no equilíbrio geral (SCKELL, 2016).
CIDADANIA	A cidadania está ligada à observância das regras de convivência – estabelecidas claramente ou não –, aceitas pela sociedade e executada pelos diferentes agentes. Está ligada a uma visão política (FOUCAULT, 2008 e 2013a)	Com a ideia do habitus, Bourdieu (1989) reforça a cidadania como estrutura social e representando um aspecto de relação com o Estado, com valores coletivos a partir de perspectivas individuais.

Fonte: Autoria própria, após revisão de literatura

No quadro 1, percebe-se um aprofundamento das visões conceituais sobre Poder, Justiça e Cidadania na perspectiva dos dois autores. Para Foucault (2008), prevalece a ideia das relações do poder, como força e dominação, enquanto a justiça está presente no contexto social, como um princípio. E a cidadania se liga à visão política como um exercício de participação.

O poder que se exercia sobre as pessoas que se encontravam nesses locais falados era o que Foucault chamava de poder disciplinar, podendo ser entendida como um dispositivo, técnica, mecanismo ou instrumento de poder que possibilitava o controle minucioso do corpo e garante a sujeição constante de suas forças. Dessa forma, é fabricado o tipo de homem ideal para a manutenção da sociedade industrial, capitalista.



Bourdieu (1989) reforça o poder no contexto do campo político, ampliando a visão do *habitus* para o entendimento da cidadania como estrutura social e o âmbito da justiça para o equilíbrio geral. De acordo com o autor, o campo político não é equivalente ao campo do poder. Para Bourdieu (1989), "... poder... são as relações de força entre as posições sociais que asseguram aos seus ocupantes um *quantum* suficiente de força social (...)". O poder guarda, pois, relação com a posse de capitais sociais. De acordo com Bourdieu (1989), as estruturas produzem sistemas de disposições duradouras, estruturas estruturadas predispostas a funcionarem como tal, na definição do autor. Na base de tal conceituação, Bourdieu (1989 e 2003) desenvolveu a teoria do campo político, como aplicação a um domínio específico da realidade de todo um uso conceitual.

Os agentes situados em um campo são definidos através da mediação específica que constituem as formas e as forças do campo. Para Bourdieu (1989), "em situação de equilíbrio, o espaço de posições tende a comandar o espaço de tomadas de posição".

A figura 1 ilustra as categorias conceituais que são discutidas, como uma ferramenta metodológica de metalinguagem.

Figura 1: Nuvem de palavras com as categorias conceituais e os autores avaliados



Fonte: Autoria própria

## CONCLUSÕES PRELIMINARES

Na presente agenda de pesquisa, que deve ser permanente, e a partir de algumas reflexões como as expostas nesse trabalho, há duas perspectivas bem consolidadas nas relações entre justiça, cidadania, política e poder. Para Michel Foucault (2008 e 2013b), a questão do conhecimento e do domínio do saber estão vinculadas diretamente às condições políticas, assim como a definição de que nem o saber é político, sem condições de ser considerado neutro. Foucault (2008) ressalta a ideia do poder vinculado a cessões, a partir de contratos jurídicos e/ou políticos, com uma percepção de que, embora repressor, o poder também trabalha para viabilizar os efeitos da verdade e do saber (FERREIRINHA e RAITZ, 2010).

Para Bourdieu (1989), o campo político, na definição do poder simbólico, dá um grande poder para aqueles que querem exercê-lo e, em paralelo, na construção da cidadania. O campo político não é identificado, em essência, como campo de poder, mas traz, em si, uma série de aspectos para as relações sociais. A partir de uma perspectiva da Sociologia do Direito, as capacidades humanas, embora desigualmente distribuídas, apresentam condições sociais para a postura cidadã (BOURDIEU, 1989). Dessa forma, exercer a cidadania com a participação nos processos políticos gera uma amplitude de senso crítico e a busca permanente por justiça social, sob a tutela dos ditames democráticos. O campo político, portanto, precisa ser ocupado pelos cidadãos, de uma maneira ampla e diversificada e em prol de direitos individuais e coletivos.

Destarte, é possível depreender que a justiça, nas perspectivas de Foucault (2008 e 2013c) e de Bourdieu (1989 e 2003), representa aspecto basilar para o devido funcionamento da sociedade, assim como o exercitar das liberdades. O exercício do poder está diretamente vinculado ao conhecimento e às informações adquiridas. O saber político contribui de maneira efetiva para a construção da cidadania.

Entende-se, portanto, a relevância do embasamento teórico da Ciência Jurídica para a compreensão da Justiça e da Cidadania, ao mesmo tempo em que há a necessidade de se trazer as referências históricas para o aprofundamento do debate acadêmico sobre Justiça e Cidadania, no campo político e nos vários espaços públicos e de convivência social.

## REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Bertrand, Rio de Janeiro, 1989.
- BOURDIEU, Pierre et al. **A miséria do mundo**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003
- BOURDIEU, Pierre. A escola conservadora: as desigualdades frente à escola e à cultura. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (orgs.). **Escritos de Educação**. Petrópolis: Vozes, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Direito, Justiça e Sociedade**. Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana. V.1, n.4, 1998.
- FERREIRINHA, Isabella Maria Nunes; RAITZ, Tânia Regina. As relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas. **Revista de Administração Pública [online]**. 2010, vol.44, n.2, pp.367-383. Disponível

em [www.scielo.br/pdf/rap/v44n2/08.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n2/08.pdf). Acesso em 20 abr.2021.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970; trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 23 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013a.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**; trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013b.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos**: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento; organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta; trad. Elisa Monteiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013c.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976); trad. Maria Emantina Galvão. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**; trad. Roberto Machado. 25 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975); trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MACHADO, Roberto. **Por uma genealogia do poder**. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2008, p. VII-XVIII.

ROSA, Tiago Barros. O poder em Bourdieu e Foucault: considerações sobre o poder simbólico e o

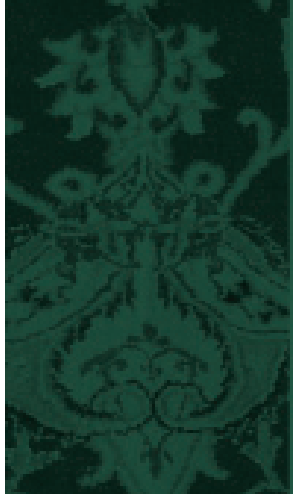
poder disciplinar. **Revista Sem Aspas** - Vol. 6, Nº. 1, 2017, págs. 3-12.

SANTOS, Paulo Rodrigues dos. A concepção de poder em Michel Foucault. **Especiaria - Cadernos de Ciências Humanas**. v. 16, n. 28, jan./jun. 2016, p. 261-280. Disponível em: Acesso em 20 abr.2021.

SCKELL, Soraya Nour. **Os juristas e o direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica**. Tempo soc. [online]. 2016, vol.28, n.1, pp.157-178. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/ts/v28n1/1809-4554-ts-28-01-00157.pdf>. Acesso em 20 abr.2021.

SILVA, Adelmo José. Poder político e poder de justiça em Michel Foucault. **Astrolabio: Revista internacional de filosofia**. 2017, núm. 20. pp. 25-34.





Renata Valeria Pinto Cardoso Lisboa

## O PROCESSO ESTRUTURAL NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA INFÂNCIA

### Resumo

Este artigo objetiva realizar um estudo de caso, a partir da análise do processo estrutural relacionado às creches no município de São Paulo, iniciado em 2008. Utilizou-se como metodologia qualitativa de dados, a partir da revisão bibliográfica de artigos científicos e legislação pertinente. Analisou-se o direito à educação infantil e, em seguida, discorreu-se acerca do processo estrutural aplicado às demandas da infância, especificamente, o caso da criação de creches no Estado de São Paulo. Os resultados evidenciaram a dificuldade de implementação das decisões estruturais, bem como pouca movimentação dos agentes legitimados, que deixam a cargo do Ministério Público a propositura de ações complexas, permanecendo com as individuais. Concluiu-se que, apesar da legislação processual ter avançado, verifica-se ainda grande dificuldade na implementação de direitos sociais, principalmente, direitos da infância.

**Palavras-Chave:** Processo estrutural. Educação infantil. Creches.

### Abstract

This article aims to carry out a case study, from the analysis of the structural process related to day care centers in the city of São Paulo, which began in 2008. A qualitative data methodology was used, based on a bibliographic review of scientific articles and pertinent legislation. The right to early childhood education was analyzed and then the structural process applied to the demands of childhood was discussed, specifically, the case of the creation of day care centers in the State of São Paulo. The results showed the difficulty of implementing structural decisions, as well as little movement of legitimate agents, who leave the prosecution of complex actions to the Public Prosecutor's Office, remaining with the individual ones. It was concluded that, despite the procedural legislation having advanced, there is still great difficulty in implementing social rights, especially children's rights.

**Keywords:** Structural process. Child education. Nurseries.

# O PROCESSO ESTRUTURAL NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA INFÂNCIA

## THE STRUCTURAL PROCESS IN THE DEFENSE OF FUNDAMENTAL CHILDREN'S RIGHTS

Renata Valeria Pinto Cardoso Lisboa\*

\* Doutoranda em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido pela Universidade Federal do Pará; Mestra em Segurança Pública pela Universidade Federal do Pará; Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC-UNINTER; Especialista em Direitos Fundamentais pela UFPA; Especialista em Direito Agrário pelo CESUPA-Pará; Especialista em Direito Administrativo pela Escola Superior de Advocacia-ESA-Pará. Atualmente é Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

## INTRODUÇÃO

O direito à educação está previsto na Constituição Federal, no art. 6º, como direito social fundamental, o qual requer políticas públicas para sua efetivação (DUARTE, 2004). O presente artigo visa a estudar o caso da implementação das creches no município de São Paulo, por meio dos autos nº 0150735-64.2008.8.26.0002.

A implementação dos direitos sociais constitucionalmente delineados ocorre de diferentes formas e constituem parte de um processo complexo de implementação de políticas públicas (TAPOROSKY e SILVEIRA, 2019). No Brasil, apesar da crescente judicialização de questões de políticas públicas, o tratamento dado aos processos estruturais ainda segue a lógica tradicional, bipolar, patrimonial e retrospectiva (FARIA, 2019). Partindo desta perspectiva, o modelo processual clássico se torna ineficaz para a tutela de litígios complexos, deixando de proteger os direitos que o processo se propõe a tutelar.

Reconhecer ao indivíduo a possibilidade de interferir em questões de alocação de recursos e ações governamentais, ensejaria com a apreciação do Poder Judiciário de questões da esfera de conveniência e oportunidade da Administração Pública, podendo levar à politização do Poder Judiciário, funcionando como uma grande barreira à efetivação dos direitos sociais (DUARTE, 2004).

Por outro lado, surgiu nos Estados Unidos, entre 1950 e 1970, a concepção de processo estrutural, que busca implementar uma reforma estrutural em um ente, com intuito de concretizar um direito fundamental (DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR E OLIVEIRA, 2020).

Partindo desta perspectiva, o estudo mostra resultado da revisão bibliográfica realizada a partir da análise de um caso específico, no caso o processo estrutural da criação de creches e pré-escola no município de São Paulo. A pesquisa realizada para



o desenvolvimento do trabalho consistiu na busca por estudos publicados na plataforma de periódicos CAPES, a partir das palavras-chave: processo estrutural, creches, litigância estratégica e Ministério Público. O estudo se baseia em dados secundários, sendo sido utilizados como fontes a legislação e artigos científicos publicados nos bancos de dados da internet. O trabalho foi dividido em 5 partes: após a introdução, foi descrita a metodologia do trabalho, em seguida, realizou-se uma breve revisão de literatura a respeito do assunto, para passar aos resultados e discussões e posteriormente às considerações finais.

## 1. METODOLOGIA

Foi realizada uma abordagem qualitativa dos dados, tendo sido realizada por meio da pesquisa nos sites de bancos de dados de artigos científicos, com as seguintes palavras chave: processo estrutural, creches, litigância estratégica, educação infantil e Ministério Público. Para Triviños (1987), na pesquisa qualitativa, o pesquisador tem a finalidade de diminuir a distância entre os dados e a teoria, na medida em que as experiências pessoais do pesquisador são importantes para análise e compreensão dos fenômenos estudados.

Nesse contexto, foi realizada pesquisa documental que, segundo Triviños (1987), possibilita ao investigador reunir grande quantidade de informações sobre leis, processos, planos de estudo e etc., que serão essenciais para a investigação proposta, além de pesquisa bibliográfica. Desta forma, foram extraídas informações do site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relacionadas aos autos da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002.

A partir da leitura das informações deste processo, passou-se a analisar como o processo foi desenvolvido e quais as estratégias características de um processo estrutural foram adotadas.

Com base nestas informações, como técnica de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, que segundo Marconi e Lakatos (2010), coloca o pesquisador em contato com tudo o que foi escrito sobre determinado assunto, propiciando o exame de um tema sob novo enfoque, a fim de se chegar em conclusões inovadoras.

## 2. DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL: PREVISÃO LEGAL E RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL

A Constituição Federal/88 (BRASIL, 1988) trouxe uma nova fase ao ordenamento jurídico brasileiro, com a consagração dos direitos sociais e acesso à justiça como direitos fundamentais. A educação infantil é obrigatoriedade do Estado (BRASIL,1988), configurando-se como um fim social no ordenamento jurídico brasileiro, o que garante seu atendimento com máxima prioridade (ZANETI JUNIOR, 2013; JACOB, 2013), além de estar inserido no Plano Nacional de Educação do Governo Federal (Lei nº 13.005/2014). Toda criança com idade de 0 (zero) a 6 (seis) anos incompletos tem direito à educação infantil, sendo dever do Estado assegurá-la com qualidade, gratuidade e acesso indiscriminado, nos termos do que dispõe o Art. 208, IV da Constituição Federal, sendo que as emendas constitucionais nº 14/1996 e nº 53/2006, o dever constitucional de assegurar educação infantil a

todas as crianças passou a ser atributo expresso dos Municípios (BRASIL, 1988).

A Lei de diretrizes e bases da educação (BRASIL, 1996), por sua vez, trata de direito das crianças de zero a cinco anos de idade, conforme previsto no art. 4º, II e 11, V, e e regulamenta as disposições constitucionais, reafirmando o dever do Município com relação à educação infantil. No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do adolescente (BRASIL, 1990) salienta que a educação infantil deve ser atendida com a máxima prioridade e estabelece, em seu art. 53 e 54, o dever de assegurá-la próximo à residência da criança. Desta forma, o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu o princípio da prioridade absoluta das políticas voltadas à infância (BRASIL, 1990). No mesmo sentido, o marco legal da primeira infância (BRASIL, 2016c) estabelece que a educação infantil é uma das áreas prioritárias para a infância.

Normas internacionais também asseguram o direito à educação infantil, tais como o art. 26, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; o art. 13 do Pacto Internacional sobre Direitos econômicos, sociais e culturais, de 1966; a Convenção sobre direitos da criança, ratificada em 1990, pela qual o Brasil se compromete a adotar todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito de se beneficiar dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus. Desta forma, não há dúvidas de que o direito à educação infantil é um direito humano fundamental, sendo exigível do administrador público a concretização deste direito (RIZZI e XIMENES, 2010).

Apesar disso, o reconhecimento do direito à educação infantil no ordenamento jurídico brasileiro não assegurava até 2005 decisões favoráveis no Judiciário Paulista, sob argumento da reserva do possível, ou seja, a administração pública não teria condições orçamentárias de garantir o direito à educação infantil, mormente em razão do princípio da anterioridade da previsão orçamentária. Alegavam também que o deferimento da demanda seria uma intervenção indevida do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo, o que fere o princípio da separação dos poderes. Além disso, nas ações em que se pedia o reconhecimento do direito difuso ou coletivo, ou seja, o Poder judiciário tendia a indeferir o pedido, sob alegação de impossibilidade de conceder a tutela para pedidos genéricos e indeterminados ou mesmo para pedidos futuros (RIZZI e XIMENES, 2010).

### 3. O CASO DA CRIAÇÃO DE CRECHES NO ESTADO DE SÃO PAULO

O presente artigo visa a analisar as medidas adotadas no Estado de São Paulo para a criação de creches e pré-escolas.

Em 2014, os dados do censo demográfico indicavam a existência de 225.806 vagas em creches e 203.415 vagas em pré-escola e a lista de crianças esperando vagas contava com 160.495 inscritos para creche e 12.082 para pré-escola, apresentando um déficit bem grande, uma vez que a criação de vagas não estava ocorrendo na proporção do crescimento da população (COSTA, 2016).

Verificou-se um grande número de processos individuais, bem como de demandas coletivas que, por muito tempo, culminavam com a extinção

do processo sem resolução do mérito, sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido por discricionariedade administrativa (COSTA, 2016).

Considerando este padrão decisório, o Ministério Público mudou de estratégia e passou a propor ações civis públicas voltadas à tutela de interesses individuais homogêneos fracionados e identificados, havendo boa aceitação do Poder Judiciário, entretanto tem sua eficácia bastante limitada, pois o rito procedimental demorava anos, o que acarretava a perda do objeto das ações, uma vez que as crianças saíam da idade da matrícula na creche e pré-escola (MARINHO, 2009).

Após algumas decisões do STF, em 2005, o posicionamento do Poder Judiciário Paulista começa a mudar, passando a decidir positivamente em casos de políticas públicas educacionais, em casos coletivos, entretanto, com relação a direitos difusos, ainda apresentava uma postura indefinida (COSTA, 2016).

Segundo Rizzi e Ximenes (2010), as decisões do STF extrapolam o tema da educação infantil, por seu caráter paradigmático e simbólico, sendo reconhecidas como importantes precedentes no tratamento judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral. As decisões do STF reconhecem a exigibilidade jurídica imediata do direito à educação infantil e declaram que cabe ao Judiciário atuar subsidiariamente na garantia dos direitos fundamentais sociais, determinando que sejam assegurados sempre que comprovada a omissão dos demais poderes. Nestas decisões, o STF define a educação infantil como prerrogativa constitucional indisponível, cuja exigibilidade decorre do próprio texto constitucional e impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso e

atendimento em creches e unidades de pré-escola. A cláusula da reserva do possível alegada pelo Poder Público, reconhecida como a única possibilidade de adiamento da aplicação do direito à educação infantil, foi interpretada restritivamente.

A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no recurso extraordinário 410.715-5-SP (BRASI, ), no sentido de que a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. O art. 208, IV, da Constituição Federal é juridicamente vinculante e impõe limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, que, em se tratando de atendimento de crianças em creches, não pode ser exercida de modo a comprometer, em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia deste direito de índole social.

Argumenta o Ministro Celso de Melo que o direito à educação qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos. Submetendo-se à noção dos direitos de segunda geração, que impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva, do qual o Estado somente se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem aos titulares do direito o pleno acesso ao sistema educacional. No mesmo sentido, após 2005, o STF já apreciou nove outros casos de demanda por educação infantil<sup>1</sup>. A partir

<sup>1</sup> RE 463.210-AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgamento em 06/12/2005, DJ em 03/02/2006. RE 431.916-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 25/04/2006, DJ em 19/05/2006. RE 469.819 AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2006, DJ em 06/10/2006. RE 465.066 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 13/12/2006, DJ em 16/02/2007. RE 384.201 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento em 26/04/2007, DJ em 03/08/2007.

pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, após o trâmite em primeira instância, a apelação interposta deu origem à primeira audiência pública da história do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na qual foi oportunizada a conciliação entre as partes, entretanto não foi obtido sucesso (FARIA, 2019). Em seguida, o acórdão condenou o Município de São Paulo à criação de no mínimo 150 mil novas vagas em educação infantil até 2016, sendo 105 mil delas em creches de período integral (XIMENES, OLIVEIRA e SILVA, 2019) (SÃO PAULO, 2013).

É interessante a análise da judicialização da educação infantil no Estado de São Paulo, eis que o caso se destaca em razão de alguns aspectos: 1- pela capacidade do município em resistir administrativamente às demandas individuais judicializadas, mediante a gestão da fila de espera pública, tornando as ações individuais de uma certa forma inócuas, sob o prisma da política pública; 2- pelas recentes pretensões do judiciário em termos de atuação expandida e dialógica; 3- pelo fato de estarem articulados em uma única iniciativa, ao menos desde 2012, todos os atores estatais e não estatais que têm relevância na judicialização da questão no município; 4- representar uma mão dupla no processo de judicialização, com efeitos institucionais para o executivo municipal e para os órgãos do sistema de justiça e efeitos para as políticas públicas de educação infantil no município (XIMENES, OLIVEIRA e SILVA, 2019).

O caso em análise é interessante, uma vez que visou a alterar uma prática institucionalizada danosa, de constante falta de vagas em creches e pré-escolas. Destaca-se que, mesmo após a condenação, permaneceram ocorrendo audiências públicas,

com a presença das partes e demais colaboradores, homologadas, em seguida em juízo, evidenciando o poder das soluções dialógicas entre as partes e a comunidade afetada, as quais têm potencialidade de serem mais efetivas (FARIA, 2019, p. 100).

#### 4. PROCESSO ESTRUTURAL

Segundo Didier Junior, Zaneti Junior e Oliveira (2020), a noção de processo estrutural surgiu nos Estados Unidos, no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, que determinou a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas.

Didier Junior, Zaneti Junior e Oliveira (2020) afirmam que o conceito-chave de problema estrutural compõe o processo estrutural, que se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada, uma situação de ilicitude contínua e permanente ou situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal.

Na visão de Didier Junior, Zaneti Junior e Oliveira (2020), existindo este estado de desconformidade, a solução do problema não pode dar-se com apenas um único ato, como uma decisão que certifique um direito e imponha uma obrigação. Existe a necessidade de intervenção para promover a reorganização ou uma reestruturação da situação.

Nesta perspectiva, o processo estrutural apresenta características típicas, mas não essenciais: a multipolaridade, a coletividade e a complexidade. O objetivo imediato do processo estrutural é alcançar o estado ideal de coisas, a fim de remover o estado de

desconformidade promovendo uma transição para o estado de conformidade (DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR E OLIVEIRA, 2020).

Didier, Zaneti Junior e Oliveira (2020) afirmam que é inviável estipular previamente os procedimentos adequados ao desenvolvimento do processo estrutural, considerando a variedade dos tipos de litígios estruturais. Salientam que a possibilidade de ajustar negócios processuais é potencializada nos processos estruturais em razão da complexidade e multipolaridade envolvidas na sua tramitação. Sustentam que o processo falimentar pode ser utilizado como base para a organização do processo estrutural, uma vez que se discute uma situação de desconformidade que exige uma intervenção reestruturante. A primeira fase do procedimento se encerra com a decisão que constata a existência de um problema estrutural e tem o propósito de estabelecer uma meta a ser atingida. A segunda fase do processo estrutural se inicia com a implementação das medidas necessárias ao atingimento da meta estabelecida na decisão estrutural.

Vitorelli (2018) conceitua os litígios estruturais como litígio coletivos, decorrentes de uma estrutura de natureza pública, que afetam a vida de um número considerável de pessoas e seu funcionamento não poderia ser simplesmente eliminando, como ocorre com uma estrutura privada, submetida à lógica de mercado. Vitorelli (2018) afirma que todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado, no sentido de que as lesões são relevantes para a sociedade envolvida, mas ela atinge, de modo diverso e variado, diferentes subgrupos que estão envolvidos no litígio, sendo que entre eles não há perspectiva social comum ou qualquer vínculo de solidariedade.

## 4.1 O PROCESSO ESTRUTURAL APLICÁVEL ÀS DEMANDAS DA INFÂNCIA

A constitucionalização dos direitos sociais, sem que houvesse respaldo em políticas públicas e sociais, os torna de difícil efetivação e acarreta a propositura de ações judiciais (SOUSA SANTOS, 2011), tornando o Poder Judiciário importante para a implementação de políticas públicas e ensejando o crescimento de ações judiciais (TAPOROSKY e SILVEIRA, 2019).

Percebe-se que as demandas judiciais envolvendo direitos sociais à educação têm sido recorrentes, mormente em razão da desigualdade no acesso a esse direito no Brasil e tem sido requisitado perante o Poder Judiciário por diversos meios, tanto por ações individuais, quanto por ações coletivas (SILVEIRA, 2013). No mesmo sentido, Vitorelli (2018) afirma que os processos coletivos, muitas vezes, são tratados como processos individuais no Brasil, o que prejudica a qualidade e economicidade da prestação jurisdicional e propicia julgamentos contraditórios, em prejuízo do princípio da isonomia e impede que o problema seja solucionado como um todo.

Deste diapasão, como direito social, a educação infantil tem nas ações coletivas o meio mais apropriado de requisição, eis que os direitos sociais possuem características de serem direitos coletivos, já que sua titularidade não pertence a um único indivíduo, mas à sociedade (TAPOROSKY e SILVEIRA, 2019).

Diante disso, há a percepção de que seu melhor atendimento se dará de forma coletiva, com a implementação de políticas públicas, o que impediria



que um único indivíduo fosse priorizado em detrimento dos outros (TAPOROSKY e SILVEIRA, 2019). Na visão de Vitorelli (2018), milhares de ações individuais estão servindo para substituir as crianças que ingressam nas creches pelo critério administrativo regular, por outras, que não obedecem a critério algum. Desta maneira, quem busca a jurisdição primeiro é atendido em primeiro lugar, fomentando uma ilusão de resolução do problema, que persiste da mesma forma.

Apesar disso, a tendência era a extinção das demandas coletivas sem julgamento do mérito, por atentar contra a discricionariedade administrativa (COSTA, 2016), deixando de considerar que a litigância coletiva permite a análise de toda a política pública *sub judice* e suas limitações estruturais e orçamentárias e, destarte, permite uma decisão mais completa, de acordo com a realidade e com mais legitimidade política (COSTA, 2016).

Taporosky e Silveira (2019a) discutiram a judicialização das políticas públicas a partir do direito à educação infantil, analisando os conceitos e conteúdos existentes na produção bibliográfica sobre a temática. Analisaram o conceito de justicialibilidade do direito e judicialização, suas causas e obstáculos, tais como o princípio da separação de poderes, discricionariedade administrativa e a teoria da reserva do possível. Estudaram também a noção de mínimo existencial e as possibilidades de interferência do Poder Judiciário nas políticas educacionais, concluindo por sua necessidade nos casos em que o direito à educação infantil não é garantido pelos demais poderes. Por fim, os autores concluíram pela necessidade de pesquisas empíricas que possam verificar os limites à atuação do Poder Judiciário nas políticas educacionais.

Verifica-se, ao longo dos últimos 10 anos, uma mudança de perspectiva acerca da propositura de ações para garantia de direitos relacionados à educação infantil, havendo um aumento de ações coletivas (TAPOROSKY e SILVEIRA, 2019). A despeito disso, a análise de Costa (2016) acerca da litigância judicial envolvendo o direito à educação infantil no município de São Paulo concluiu que o acesso à justiça no que se refere à educação infantil é por enquanto mais uma promessa que uma realidade e não encontra um Poder Judiciário plenamente acessível. Detectou que a litigância sobre a creche e pré-escola em São Paulo não apresentou resultados significativos, em relação à efetivação do direito universal à educação infantil (COSTA, 2016).

Segundo Vitorelli (2018) a reformulação de uma estrutura burocrática, por meio de um processo estrutural, ocorre por meio da elaboração de um plano aprovado pelo juiz e que terá sua implementação verificada ao longo de um período considerável de tempo. Entretanto, pesquisa desenvolvida por Taporosky e Silveira (2019), concluiu que a maioria das demandas centra a discussão no acesso à educação infantil e que este direito na maioria das vezes é atendido perante o Poder Judiciário apenas mediante oferta de vagas.

Taporosky e Silveira (2019) mapearam as ações coletivas julgadas pelos Tribunais de Justiça do Brasil que discutem o direito à educação infantil, proferidas entre 2005 a julho de 2016 e foi verificado que a maioria das ações são propostas na região sudeste e sul do país e que o Ministério Público foi o proponente, tendo sido reconhecido o direito à educação, bem como assegurado o acesso à creche e à pré-escola. Interessante mencionar que não foram encontradas



decisões coletivas nos tribunais de Roraima, Ceará, Pernambuco, Piauí e Distrito Federal (TAPOROSKY e SILVEIRA, 2019). Além disso, verificou-se pouca atividade de outros atores, como Defensoria Pública e organizações da sociedade civil na defesa do direito à educação infantil mediante ações coletivas (TAPOROSKY e SILVEIRA, 2019).

Na visão de Vitorelli (2018), a fase de implementação é a mais complexa em um litígio estrutural, pois muitos meios podem ser utilizados para a satisfação do direito material, mesmo que não esteja predeterminado em lei. Desta maneira, procura-se fazer a execução de maneira negociada, com participação direta do réu. Farias (2019, p. 100) estudou em que medida os meios atípicos de execução, previstos no Art. 139, IV, do CPC, poderiam ser úteis na efetividade das sentenças estruturais. Concluiu que as medidas atípicas de execução são formas de efetivar os provimentos estruturais, pois permitem a adequação do procedimento ao caso concreto. Defendeu ainda que a fixação dessas medidas seja submetida ao contraditório pleno. Citou algumas medidas atípicas executivas para o cumprimento das sentenças estruturais, na forma de negócio jurídicos processuais, dentre elas, a possibilidade de intervenção judicial na administração da pessoa jurídica que venha a descumprir o plano das ações decorrentes da sentença estrutural. Outra possibilidade é a fixação de impedimentos específicos às pessoas jurídicas para os casos em que a sentença estrutural seja descumprida.

Rizzi e Ximenes (2010) analisaram as iniciativas da ONG Ação Educativa na promoção da justiciabilidade como estratégia para impulsionar as políticas voltadas à realização do direito à educação infantil no município de São Paulo. Concluíram que

o Ministério Público é a instituição que mais propõe ações coletivas em defesa do direito à educação e destaca a importância de propositura de ações coletivas por meio de instituições da sociedade civil, uma vez que estão mais perto de movimentos sociais e esta litigância requer estratégias bem construídas em direção aos objetivos pretendidos.

Nesta perspectiva, Vitorelli (2018) enfatiza que a execução estrutural deve ser dividida em fases, a fim de viabilizar o gradual cumprimento das determinações judiciais e avaliação de seus efeitos, sob a avaliação das partes, do juiz e demais sujeitos impactados. Por isso a importância da comunicação que se deve criar entre os sujeitos envolvidos, a fim de revalidar os resultados alcançados e planejar as fases seguintes.

Vitorelli (2018) pontua que é possível também que uma execução seja estrutural e não seja negociada ou dividida em fases. Apesar do diálogo ser da essência de uma decisão estrutural, este tipo de decisão é bastante recorrente. Neste caso, o juiz determina que uma instituição se reorganize o cumprimento da decisão, estabelece um prazo final e aguarda o relatório, sob pena de multa cominatória.

Por outro lado, Arenhart (2015) destaca que um procedimento que discute políticas públicas, exige a possibilidade de participação da sociedade, bem como a ampliação da cognição judicial, de modo a permitir que o Poder Judiciário tenha contato com toda a questão, sob diversas perspectivas. Desta forma, impõe-se pensar em um processo diferenciado, tratado pelo nome de processo estrutural, que objetiva decisões que alcancem alterações substanciais para o futuro de determinada prática ou instituição. Neste sentido, instrumentos como as audiências públicas, *amicus curie* e a experiência

técnica de especialistas no tema, são fundamentais. Arenhart (2015) conclui que é necessária uma reforma legislativa, a fim de que haja um tratamento adequado às políticas públicas solicitadas no Poder judiciário.

Cabral e Janetti Júnior (2019) lecionam acerca da criação de *claims resolution facilities* para gerir o cumprimento de decisões e a execução civil em litígios de massa complexos, com intuito de promover a execução com mais eficácia de planos privados, autocomposições judiciais ou extrajudiciais e decisões em processos coletivos. Para Cabral e Janetti Júnior (2019), as *claims resolution facilities* tem potencial transformador na prática da tutela coletiva e se mostram como uma nova forma de gestão e organização do processo coletivo, podendo revelarem-se úteis nos processos estruturantes.

Para Didier, Zaneti Junior e Oliveira (2020), as *claims resolution facilities* se mostram como uma forma de gestão e organização do processo e podem ser bastante úteis nos litígios estruturantes. Além disso, podem ser consideradas uma medida indutiva, para que se obtenha a implementação, cumprimento e satisfação dos direitos coletivos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, pelo estudo realizado, que o Poder Judiciário tem sido cada vez mais demandado para a garantia de direitos relacionados à educação infantil, não apenas com ações individuais, mas também com ações coletivas. Apesar de ter a legislação processual avançado, verifica-se ainda grande dificuldade na implementação de direitos sociais, principalmente, direitos da infância.

O objetivo deste artigo foi mostrar o resultado da revisão bibliográfica realizada a partir da análise de um caso específico, no caso o processo estrutural da criação de creches e pré-escola no município de São Paulo.

Notou-se, ao longo dos 10 anos, um aumento das demandas coletivas relacionadas à educação infantil, apesar da grande resistência do Poder Judiciário, o qual as extinguiu sem julgamento do mérito, por entender que se tratava de interferência na conveniência e discricionariedade da Administração Pública.

Passou-se a perceber o alcance das ações coletivas, as quais abrangem os problemas de uma infinidade de pessoas, priorizando que a questão seja resolvida de forma coletiva, dificultando que demandas individuais sejam priorizadas em detrimento de outras.

A despeito disso, o processo estrutural ainda encontra grandes dificuldades e barreiras para sua implementação, eis que demanda uma certa garra do operador do direito, que deve se debruçar sobre a questão, para poder analisar, de forma detida, qual solução trará mais efetividade à demanda. Portanto ainda se verifica pouca movimentação dos atores legitimados, estando a cargo do Ministério Público a propositura da maioria das ações coletivas relacionadas a processos estruturais.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo comparado**. Vol 2, jul-dez., p. 211-229, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 16 Nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em 27 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996**. estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)> Acesso em 27 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm)> Acesso em 27 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá

outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm)> Acesso em 27 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 410.715-5- SP – São Paulo**. Recurso extraordinário - Criança de até seis anos de idade - Atendimento em creche e em pré-escola - Educação Infantil – Direito Assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever Jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º). Recurso improvido. Doutrina. Relator: CELSO DE MELLO, 22 de outubro de 2005. Disponível em : <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762513/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-410715-sp>. Acesso em: 07 jan. 2021.

CABRAL, Antônio do Passo; ZANETTI JUNIOR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as Claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, ano 44, vol. 287, jan. 2019.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil procedure Review**, v. 2, n. 2, p. 38-68, may-aug, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan-mar, 2020, p. 101-136.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo

e Políticas Educacionais. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 113-118, 2004.

FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. **Meios atípicos de execução e o cumprimento de sentenças estruturais**: entre a letigimidade constitucional e a efetividade (Dissertação). Universidade Federal de Ouro Preto.

GOTTI, Alessandra, XIMENES, Salomão. **Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa**. Opinião Legal, extraída dos autos da Apelação n. 0150735- 64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 237-283.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. Dissertação de Mestrado apresentada no Departamento de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo. In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando;

ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio. **Justiça e direitos humanos**: experiências de assessoria jurídica popular. Curitiba: Terra de direitos, 2010.

SÃO PAULO (2013). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Câmara Especial. Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002. Relator: GUILHERME, Walter de A. Apelantes: Ação Educativa et al. Apelado: Município de São Paulo. Publicado no DJ de 16.12.2013.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. Conflitos e Consensos na Exigibilidade Judicial do Direito à Educação Básica. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 34, n. 123, p. 371-387, abr./jun. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73302013000200003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302013000200003)>. Acesso em: 09 jan. 2016.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

TAPOROSKY, Barbara Cristina Hanauer; SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. O direito à educação infantil nos tribunais de justiça do Brasil. **Revista Educação e realidade**, Porto Alegre, v. 44, n. 1, e80678, 2019.

TAPOROSKY, Barbara Cristina Hanauer; SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. A judicialização das políticas públicas e o direito à educação infantil. **Revista científica EccoS**. São Paulo, n. 48, p. 295-315, Jan.-mar. 2019a.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais.

**Revista Iberoamericana de Derecho Procesual**, vol. 7, p. 147-177, jan-jun, 2018.

XIMENES, Salomão Barros; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da. Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de justiça e a Administração Pública. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n° 29, Brasília, Mai-Ago, p. 155-188, 2019;

ZANETI JR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In GRINOVER & WATANABE. **O controle jurisdicional de políticas públicas**, v. 2, p. 33-72, 2013.

WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33-72.







Escola Judicial do Poder Judiciário do Estado do Pará  
Doutor Juiz Elder Lisboa Ferreira da Costa

Revista A Leitura | EJPA 2021  
Belém-PA