

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE  
**DIREITO**

**DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA**

**N.36 | Setembro / Dezembro 2018**

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO



**Newton**

## ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Barros Beldi

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Denise de Lourdes Oliveira

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa

GESTOR DO INSTITUTO DE HUMANAS: Henry Julio Kupty

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

□

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva  
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton  
Paiva, 2003.

n. 36, set. /dez. 2018

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.  
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA** **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

# EXPEDIENTE

## EDITOR

Michael César Silva

## CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade de Uberaba, Uberaba, Minas Gerais, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazzon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Ernani de Paula Contipelli | Unochapecó, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe Piazzari Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Sarsur Lucas da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz  
Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton | <http://npa.newtonpaiva.br/npa>  
Projeto Gráfico: Ariane Lopes

# sumário





## APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA ..... 10-11

## ARTIGOS

DIREITO FUNDAMENTAL AO NOME NA UNIÃO EUROPEIA:  
APRESENTAÇÃO DE CASOS CONCRETOS

JANICE SILVEIRA BORGES ..... 13-29

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A BUSCA PELA UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL  
E A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES

CARLOS ALBERTO FERRI | ANDRÉ DE CARVALHO OKANO

ELIAS MOIA WANZELER JUNIOR..... 30-47

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO E TRATAMENTO  
ADEQUADO DOS CONFLITOS ESCOLARES

FABIANA MARION SPENGLER | SILVIO ERASMO SOUZA DA SILVA..... 48-58

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA JUSTIÇA  
RESTAURATIVA A PARTIR DO PENSAMENTO DE IMMANUEL KANT

CARLA BERTONCINI | ELUANE DE LIMA CORRALES..... 59-69

A POSSIBILIDADE DE CONVENÇÃO PROCESSUAL REFERENTE  
À PROVA INDEPENDENTE DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

ALEXANDER PERAZO NUNES DE CARVALHO | ADRIANO CÉSAR OLIVEIRA NÓBREGA..... 70-82

DESAFIOS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NAS RELAÇÕES COMERCIAIS  
INTERNACIONAIS: O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

MARCILEI GORINI PIVATO | DÉBORAH DE MEIRA MÁLAQUE

JULIANA MACHADO SORGI..... 83-93

A JUSTIFICATIVA FUNCIONALISTA SISTÊMICA PARA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA  
DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

RAFAEL SCHWEZ KURKOWSKI..... 94-111

# apresentação



A releitura crítica e discursiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da jurisprudência, se apresenta como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir o diálogo e reflexões teóricas e práticas de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) se destaca como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O Periódico se encontra classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato B1* do Sistema *Qualis* de periódicos científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A Revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, se encontra inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que se apresenta o terceiro número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2018 (n.36, set./dez. 2018).

Agradece-se aos autores pela confiança assentada em nossa Revista para publicação de suas pesquisas, aos membros do Conselho do Conselho Editorial pelo apoio científico e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações dos artigos.

O presente número do Periódico compõe-se por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

Por fim, cumpre destacar a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

Espera-se que o diálogo e as reflexões propostos e as perspectivas identificadas pelos autores possam colaborar para futuras pesquisas e para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

**Professor Doutor Michael César Silva**  
Editor da Revista Eletrônica de Direito do  
Centro Universitário Newton Paiva



# DIREITO FUNDAMENTAL AO NOME NA UNIÃO EUROPEIA: APRESENTAÇÃO DE CASOS CONCRETOS

## FUNDAMENTAL RIGHT TO NAME IN THE EUROPEAN UNION: PRESENTATION OF CONCRETE CASES

Janice Silveira Borges<sup>1</sup>

**RESUMO:** O direito ao nome vem ganhando relevância no contexto do Direito Comunitário no que tange ao conflito da legislação nacional com as normas comunitárias. Em função disso, o direito ao nome e sua proteção efetiva é o objeto do presente estudo. Para tanto, foram utilizados casos concretos apresentados à Corte de Estrasburgo e à de Luxemburgo, para verificar sob quais pilares e formas que ocorreu a efetiva proteção.

**Palavras chave:** Direito ao nome; direito comunitário.

**ABSTRACT:** The right to the name has gained relevance in the context of Community law as regards the conflict between national legislation and Community rules. Due to this, the right to the name and its effective protection is the object of the present study. In order to do so, concrete cases were submitted to the Court of Strasbourg and Luxembourg, to verify under which pillars that the effective protection took place

**Keywords:** Right to a name; community law.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público & PhD- Estado Social, Constituição e Pobreza, pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito Privado, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho e em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução dos estudos em Direitos Fundamentais levou à conclusão de que esses, antes de serem considerados como posições jurídicas das quais os indivíduos são titulares perante o Estado para se defenderem contra atuações arbitrárias, são interesses próprios dos titulares reconhecidos pelas normas constitucionais como bens jurídicos pessoais<sup>2</sup> (VIEIRA DE ANDRADE, 2016).

Isso porque a pessoa humana consiste em uma realidade que “preexiste ao Direito, de modo que o Direito está subordinado a ela. A pessoa define-se e impõe-se por si, não é a lei quem a cria” (ASCENSÃO, 2006), mas isso não impede que o Direito desempenhe a função de dar condições de praticabilidade à realidade, atribuindo meios para operacionalizar a vida.

E, uma das formas que o Direito possui para tanto é justamente a de dar reconhecimento e efetividade aos direitos, sobretudo aos Direitos Fundamentais, dentre eles, o direito à identidade pessoal e a sua manifestação mais clara: o direito ao nome<sup>3</sup>.

O direito ao nome é um direito de identificação pessoal, é um “meio de realização do bem da identidade” (PINTO, 2003). Em tempos em que as pessoas são cada vez mais conhecidas pelo número de seus documentos, por senhas e também biometricamente (LOUREIRO, 2014), resgata-se o estudo do nome, para permitir a salvaguarda de direitos fundamentais, compatibilizando-os com continuidade das tradições familiares e culturais dentro da União Europeia, como elemento de identificação pessoal e social, bem como da própria origem, no âmbito do Direito Comunitário, perante os casos apresentados ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos e ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO NOME

O direito à identidade se configura essencialmente no direito ao nome, mas abrange também o direito à imagem<sup>4</sup>, ao reconhecimento pelo timbre de voz, por material genético, por sinais físicos, e tudo que possa individualizar a pessoa e a distingui-la de outra, inclusive, sinais característicos como tatuagens e *piercings*.

Os estudos sobre o direito à identidade pessoal remonta ao direito italiano. Em um primeiro momento, a identidade pessoal foi pensada como algo que distinguiu um sujeito do outro de modo individualizar-lo em suas conotações e marcas pessoais e em seu nome aos olhos da coletividade e da Administração Pública<sup>5</sup>.

Contudo, por volta dos anos 50, iniciou-se um movimento doutrinário, liderado por Adriano De Cupis (2004), que passou a analisar a questão da identidade pessoal em uma perspectiva mais ampla. Segundo o autor, o indivíduo era uma unidade da vida social e jurídica que necessitava de afirmar a própria individualidade, de modo a se distinguir dos demais indivíduos e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. “O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais” (DE CUPIS, 2004), assim, o homem não se firma como pessoa, mas sim como certa pessoa não só para ele mesmo, mas também para o

2 Importante salientar que o conceito ora apresentado refere-se ao direito fundamental subjetivo, que se contrapõe ao direito fundamental objetivo, na medida em que se considera o “direito subjetivo como dimensão principal, que abrange todas as faculdades suscetíveis de referencia individual, reduzindo a dimensão objetiva a uma ‘pura dimensão objetiva’ em que só tem lugar os conteúdos normativos (as garantias ou os deveres) a que não possam corresponder direitos individuais” (VIEIRA DE ANDRADE, 2016).

3 No sentido de negar a existência do direito ao nome: Clovis Bevilacqua. Segundo o doutrinador, o nome civil não constituía um bem jurídico, pela impossibilidade de sua apropriação por parte da sociedade e do Estado. (BEVILAQUA, 1927).

4 Nesse sentido: Perlingieri (1972).

5 Nuovo Digesto Italiano, Identità personale”, UTET, Torino, IV, 1938.

ambiente social (*diritto su se stesso*)<sup>6</sup>. A tese foi acatada pela Corte Italiana<sup>7</sup> (ITALIA, 1985) que assinalou que cada sujeito tem interesse de ser apresentado na sua vida social com sua verdadeira identidade, tal como esta é conhecida, ou poderia ser conhecida. Isso fez com que a identidade pessoal consistisse em um bem em si mesmo, independente da condição pessoal e social, das virtudes e dos defeitos do sujeito.

Lorenzetti (1998), atento ao tema, visualizou duas instâncias do direito à identidade pessoal, a saber: a estática e a dinâmica. A identidade estática compreende o nome, a origem genética, a identificação física e a imagem. A identidade dinâmica se refere à verdade biográfica, ao estilo individual e social de cada pessoa, àquilo que a diferencie e singularize.

No presente estudo, a análise será restrita ao aspecto da identidade pessoal relacionada ao nome, por ser ele o primeiro e mais imediato elemento que a individualiza a pessoa (BODIN DE MORAES, 2000) de forma a corresponder ao direito que cada pessoa tem de lhe ser atribuído um nome e de construir e preservar sua identidade sobre esse aspecto.

Na antiguidade remota, bem como na Grécia Antiga, era adotado um nome simples, formado por uma única palavra. O povo hebreu precedia ao nome a indicação da filiação. Os romanos, por sua vez, adotaram um prenome, que designava a pessoa; um nome, que indicava gens e cognomen, que apontava a família (PEREIRA, 2000). Em contraposição ao sistema romano, os germânicos adotaram um único nome, e o encontro das culturas, promoveu a alteração do sistema romano. Na Idade Média, adotou-se apenas o 'nome de batismo', que corresponde ao nome simples. A partir do século XII, generalizou-se o uso do nome, tornado-o hereditário, o que propiciou o nascimento dos nomes de família (ou sobrenomes), que inicialmente teve suas origens em lugares, atividades ou funções (LOUREIRO, 2014) ou ainda de quem se recebia herança (DE CUPIS, 2004). Nos dias atuais,

*la expresion nombre referida a las personas tiene dos significados. En sentido amplio es el conjunto de palabras con el que se identifica o designa a una persona; en sentido estricto es aquella palabra o palabras que forman parte del nombre en sentido amplio y que tienen un caracter más individual, electivo o subjetivo, esto es, lo que se llama nombre propio, pre-nombre o nombre de pila en expresión castiza que alude al momento de su imposición en el bautismo.*<sup>8</sup> (GOMEZ, 1993)

Reconhecer um direito ao nome significa considerar o ser humano como detentor de personalidade individual, que o identifica e que fornece elementos para usar o nome a ele atribuído, bem como defendê-lo. "Usar o nome consiste em 'se fazer chamar por ele'; defendê-lo, consubstancia-se no poder de agir contra quem o usurpe, o empregue de modo a expor a pessoa ao desprezo público" (BODIN DE MORAES, 2000). O direito ao nome (PEREIRA, 2000) traz, ainda, a prerrogativa de reivindicá-lo quando negado, seja por qual motivo for.

Os componentes de um nome são o prenome e o patronímico (ou nome de família). O prenome é um direito da pessoa vista como sujeito; o patronímico é um direito do indivíduo como componente do grupo familiar, de maneira que não pode ser exclusivo, mas coletivo, enquanto relacionado e fundado no status familiar. Nos dizeres de Pelingieri (2002), o chamado direito ao nome é aquele da pessoa vista como sujeito; o direito ao sobrenome é do indivíduo como componente do grupo familiar, de maneira que não pode ser exclusivo, mas coletivo, enquanto estritamente relacionado e fundado

6 Destaca-se: Rescigno (1982) e De Cupis (2004).

7 Prosser e Keeton (1984) ressaltam que antes da mencionada decisão italiana, no direito anglo-saxônico enfocou-se o tema dentro, contudo do direito à intimidade.

8 Tradução livre: o nome é a expressão referente a pessoas e possui dois significados. Em um sentido mais amplo, refere-se a um conjunto de palavras com que uma pessoa é identificada ou designada; no sentido estrito, é a palavra ou as palavras que fazem parte do nome no sentido amplo e têm um caráter mais individual, eletivo ou subjetivo, ou seja, o que é chamado de nome próprio, pré-nome ou nome de batismo.

em um determinado *status familiare*.

Reconhecido o status familiar, verifica-se que a escolha do nome a ser atribuído a uma criança, em regra, cabe aos pais, e essa escolha possui diversas questões implícitas, como por exemplo, a origem, o espaço territorial onde a criança nasceu, ou a sua nacionalidade ou de seus pais, o desejo de prestar homenagem a determinado antepassado. A presença desses fatores na escolha de um nome é base preliminar na construção de uma identidade pessoal. O direito a ter um nome atribuído talvez seja um dos primeiros direitos assegurados aos nascituros, em conjunto com o direito à vida e às condições de saúde em seu nascimento. A importância do direito ao nome é tamanha que em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, ele é atribuído, inclusive, aos natimortos e tutelado mesmo após a morte daquele que lhe ostentava.

A razão disso é que a amplitude da identidade social extrapola o círculo familiar para abranger a vivência profissional, política, religiosa, linguística, cultural. Diante desse conceito, verifica-se que, na verdade, o conjunto de palavras que compõem a expressão nominal de um indivíduo forma um coletivo léxico que serve de instrumento identificador. Assim, não basta o uso de um vocábulo singular, que em tempos antigos, servia para designar certo indivíduo. Na vastidão do mundo hodierno e tendo em vista a complexidade das relações humanas, “faz-se indispensável que cada pessoa se conheça e se reconheça por um nome que efetivamente a diferencie dos demais componentes do grupo, não obstante, ainda seja muito comum a confusão por homonímia.” (OLIVEIRA, 2003)

Em razão dos reflexos que o direito ao nome possui na formação social do ser, e sendo ele um direito fundamental, os Estados Nacionais, em regra, não contemplam a liberalidade absoluta dos pais na designação do nome e do sobrenome. O Estado limita a atribuição e a alteração do nome com base na segurança jurídica e na estabilidade dos atos da vida civil, construindo um sistema normativo, sob os pilares do princípio da imutabilidade<sup>9</sup> do nome, que, a depender da cultura nacional, terá características mais ou menos flexíveis.

A imutabilidade do nome “significa que existe um dever ao nome para com o Estado; mas ao mesmo tempo, existe um direito privado quanto ao mesmo” (DE CUPIS, 2004), expresso nos textos normativos e garantido por meio de mecanismos processuais.

A partir da premissa do princípio da imutabilidade do nome, a regulamentação jurídica do direito ao nome abarca um conjunto normativo que envolve normas de Direito Internacional, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Registral, isso porque os Direitos do ser humano foram construídos, inicialmente, em textos de conteúdo universal de proteção à humanidade, com repercussão internacional. Aos direitos contidos nesses textos foi dado o nome de Direitos Humanos. Com o positivismo jurídico, muitos dos considerados Direitos Humanos foram positivados e passaram a ser denominados de Direitos Fundamentais.

Dentro da categoria dos Direitos Fundamentais, tem-se um conjunto de direitos que se distinguem pelo procedimento de sua formação e por tutelarem especificamente a personalidade humana, em si mesma, e como participante de uma sociedade civil; esses são os Direitos da Personalidade. Todos os Direitos da Personalidade são Direitos Fundamentais, no entanto, o inverso não ocorre. Direito ao uso do meio ambiente de forma sustentável e a conservação de um patrimônio cultural, por exemplo, são direitos que defendem interesses existenciais sem, contudo, consistirem em Direitos da Personalidade.

Reconhecido o direito ao nome como direito fundamental pertencente à gama de direito à

---

<sup>9</sup> Atualmente, o princípio da imutabilidade do nome vigora em grande parte dos ordenamentos jurídicos. Todavia, nem sempre foi assim. No direito romano, prevalecia o princípio da mutabilidade do nome, nos termos da L. única C. 9, 25: “*mutare itaque nomen, cel praenomen sive cognomen, sine aliqua fraude licito jure, si libera es, secundum ea, quae saepe statuta sunt, minime prohiberis: nullo ex hoc praejudicio futuro*”. E na L. 40, pr. D. 30: “*Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia*” (FUME, 1849).



identidade nos textos constitucionais, a questão reflete nos Direitos da Personalidade, de modo a considerar o direito ao nome como um dos atributos da personalidade e, por fim, a matéria é exaustivamente tratada pelo Direito Registral, que traça linhas limitantes ao exercício desse direito, como por exemplo, a forma de grafia de nomes estrangeiros e normas sobre a adoção de sobrenomes.

O registro de nascimento, realizado por ocasião da apresentação da declaração de nascido vivo (BRASIL, 1973), ou documento similar, a depender da legislação do país, apresentado ao Cartório Registral é feito por assento e, nos termos de Capelo de Sousa (2003), “incorpora as circunstâncias do nascimento, nomeadamente o local, dia e hora” e “faz a individualização do registrado, em matéria como as do sexo, nome completo e ascendentes (pais e avós)”.

E é na adoção dos sobrenomes para a formação do nome completo que se encontra a mais complexa e mais diversa questão conflitante em termos legislativos, pois a legislação nacional é o resultado da positividade da cultura interna nacional. Na Alemanha, a título de exemplo, o Código Civil, determina a adoção apenas de um sobrenome e, em regra, da linhagem paterna (RODRIGUES JUNIOR, 2013). Em Portugal, a seu turno, a legislação mostra-se mais flexível com relação à matéria, admitindo que sobrenomes do pai ou da mãe, ou ainda de ambos, sejam adotados, podendo ainda ser utilizados sobrenomes de antepassados dos pais, ainda que o referido sobrenome não faça parte do nome destes (PORTUGAL, 1995). Trata-se de uma legislação vanguardista que confere uma maior amplitude de proteção do direito ao nome e, de certo modo, dita a tendência a ser adotada em outros países.

No caso específico da União Europeia, além das normas de Direito Internacional, Constitucional, de Direito Civil e de Direito Registral devem ser atendidas as normas de Direito Comunitário, cabendo a ressalva que, se em um primeiro momento as regras comunitárias abraçava questões comerciais, econômicas e financeiras em sua grande maioria; hoje, o direito existencial faz parte do contexto normativo e decisório das Cortes competentes.

### **3 NÍVEL DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO NOME NO ORDENAMENTO COMUNITÁRIO**

Foi criada, em 1948, a Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC, 2017), com sede em Estrasburgo, com a finalidade de promover a cooperação internacional em matéria de estado civil e contribuir para melhorar o funcionamento dos serviços nacionais nesse âmbito”, com poderes para editar publicações e elaborar Convenções e Recomendações, com a colaboração de outras organizações internacionais, como a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, o Conselho da Europa e a União Europeia.

Dentre as Convenções editadas pela CIEC tem-se a Convenção relativa à alteração de nomes próprios e sobrenomes (Convenção de n. 4 ou Convenção de Istambul) de 4 de setembro de 1959, que nos termos do seu artigo 2º, cada Estado Contratante se comprometeu a não autorizar alterações de sobrenomes ou de nomes próprios a nacionais de outro Estado Contratante, salvo se fossem também seus nacionais. Desse dispositivo pode-se abstrair duas conclusões: a primeira, o respeito à soberania dos ordenamentos internos dos Estados Nacionais no que tange ao direito ao nome e, a segunda, que a convenção somente teria aplicabilidade nas situações envolvendo detentores de dupla nacionalidade de países que aderiram à Convenção.

Em 1966 foi firmado o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos pela Assembleia-Geral das Nações Unidas com o objetivo de dar maior efetividade à proteção dos direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana. Seu artigo 24 foi categórico ao afirmar que qualquer criança, sem nenhuma discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, propriedade ou nascimento, tinha direito, da parte da sua família, da sociedade e do Estado, às medidas de proteção que exija a sua condição de menor, devendo ser registada imediatamente após o seu nascimento e

ter um nome (PACTO, 2017).

A Convenção da Organização das Nações Unidas de 18 de dezembro de 1979, por sua vez, que teve por finalidade eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher, conferiu os “mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação” (ONU, 2017).

Em 05 de setembro de 1980, a Comissão Internacional do Estado Civil editou nova Convenção sobre a lei aplicável aos nomes próprios e sobrenomes, que teve por finalidade promover a unificação do direito relativo ao nome próprio e sobrenomes, por meio da adoção de regras comuns de direito internacional privado. Essa convenção foi mais específica que a anterior, tratando a matéria de forma mais pontual. De acordo com seu art. 1º, o nome próprio e o sobrenome de cada pessoa deveriam ser determinados pela lei do seu Estado de origem e em caso de mudança de nacionalidade, aplicar-se-á a lei do Estado da nova nacionalidade.

Contudo, a legislação de 1980 trouxe duas diretivas importantes. A primeira foi a possibilidade de afastar a aplicação da lei nacional dos Estados membros em casos em que ela for manifestamente incompatível com a ordem pública<sup>10</sup>. E a segunda é a possibilidade de a autoridade competente nacional recusar-se a lavrar o registro de nascimento por considerá-lo contrário às normas nacionais em vigor e também proceder a eventual retificação, se for o caso<sup>11</sup>.

A Organização das Nações Unidas, igualmente editou nova Convenção. Nos termos da Convenção da ONU de 20 de novembro de 1989, em seu artigo 7º, declarou que a criança deve “ser registada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles” (UNICEF, 2017).

Contudo, deve-se ressaltar que em 1949, houve a formação do Conselho da Europa<sup>12</sup>, que aprovou a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDU), no Continente Europeu. A fim de assegurar o reconhecimento, a aplicação universal e de efetivar os direitos nela enunciados, por meio de uma atuação jurisdicional, foi criado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Corte de Estrasburgo ou TEDH). Isso possibilitou que, em casos de violação dos direitos previstos na CEDU, a representação fosse feita junto ao TEDH, representação individual ou coletiva, bem como de servidores públicos no exercício das suas funções oficiais.

As aspirações de uma economia integrada em prol do fortalecimento político-financeiro dos países da União Europeia, favoreceram a formação de um bloco econômico-político entre 28 Estados-membros independentes pertencentes ao Continente Europeu dando origem à “União Europeia”, em 1951, com a assinatura do Tratado da União Europeia (TEU) e do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Por esses tratados foi criada a Corte de Justiça (ou Tribunal de Luxemburgo ou, após o Tratado de Lisboa, Tribunal de Justiça da União Europeia), idealizado com o objetivo de assegurar o funcionamento do sistema institucional da Comunidade Europeia. Nesse contexto, os direitos fundamentais, em um primeiro momento, ficaram à margem da Corte de Justiça. O cenário, todavia, começa a mudar em

10 “Artigo 4.ºA aplicação da lei designada pela presente Convenção só poderá ser afastada se for manifestamente incompatível com a ordem pública”.

11 “Artigo 5.º 1. Quando o funcionário do registo Civil, ao lavrar o registo, não puder conhecer o direito aplicável à determinação do nome próprio e apelidos da pessoa a registar aplicará a sua lei interna e de tal informará a autoridade de que depende. 2. O registo assim lavrado deve poder ser rectificado mediante processo gratuito, que cada Estado se obriga a adoptar”.

12 O Conselho da Europa é um órgão internacional que possui finalidades próprias: a defesa dos direitos do homem, o desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social na Europa. Sua criação é anterior à da União Europeia e ele possui 47 membros, dos quais 28 são os pertencentes à UE.

1969 com a causa n. 29/69<sup>13</sup> em que a Corte declarou que Direitos Fundamentais faziam parte dos princípios gerais do Direito Comunitário e como tais deviam ser garantidos também pela Corte de Justiça.

Mas, foi somente com o Tratado de Lisboa (13 de dezembro de 2007) é que se pretendeu a democratização da União Europeia e houve a positivação da tutela dos Direitos Humanos dentro do Tratado da União Europeia, com a inserção de novo art. 2º, no TUE, “do respeito pelos direitos do Homem”<sup>14</sup> pelos Estados signatários. A inserção desse dispositivo trouxe a proteção dos direitos humanos para dentro do bloco econômico da União Europeia, que a partir de então, se viu obrigado a rever suas bases para se adequar à nova realidade.

Visando dar ainda mais eficácia aos Direitos Humanos, o TUE, ainda, obrigou a União a respeitar e tutelar os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, com o mesmo status jurídico dos Tratados, nos termos do art. 6º, TUE. No mesmo sentido é o art. 67 do TFUE que expressa que “a União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros” (TRATADO, 2016).

Assim, em síntese, para dar maior concretiza aos Direitos Fundamentais, pode-se afirmar que a União Europeia adotou duas medidas: a primeira, a adoção de um instrumento ad hoc - a Carta de Direitos Fundamentais, que, em 2000, veio em forma de ato desprovido de caráter vinculante no Tratado de Nice e que, em 2007, com o Tratado de Lisboa, foi conferido efeito vinculante por força do art. 61, TUE. E, segundo, a adesão da União Europeia à CEDU, nos termos do art. 62, TUE.

Entretanto, na verdade, na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1949 e no Tratado da União Europeia (TFUE), em que pese disponham sobre os direitos fundamentais, não há disposições específicas a respeito do direito ao nome. Assim sendo, a compete aos Estados Membros regular a matéria. Entretanto, as normas estabelecidas por esses Estados devem respeitar o direito comunitário e seus princípios regulamentadores, em especial, quando a questão envolver indivíduos que por algum motivo tenham dupla nacionalidade.

A atenção especial dada aos binacionais se justifica por estarem eles submetidos a duas legislações internas com possibilidades de preceitos distintos e até mesmo incompatíveis entre si no que tange ao direito ao nome e sobrenome. Países que mantêm sua soberania na regulamentação da matéria, mas que ao mesmo tempo, por fazerem parte do Conselho da Europa ou da Comunidade Europeia, devem estar atentos aos direitos fundamentais previstos no pacto que originou esses órgãos, não podendo restringi-los para impor a legislação nacional vigente. Muito pelo contrário, a ideia é que a integração proteja o direito à identidade cultural, social e pessoal, mas ao mesmo tempo assegure o próprio pacto e funcionamento da Comunidade.

Na verdade, ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos e ao Tribunal de Justiça da União Europeia, na análise dos casos concretos a eles apresentados, cabem a tarefa de efetivar na

13 A discussão era saber se pode ser considerado compatível com os princípios gerais do direito comunitário vigente o facto de o artigo 4º, da Decisão 69/71/CEE da Comissão das Comunidades Europeias, de 12 de Fevereiro de 1969, implicar que a oferta de manteiga a preço reduzido aos beneficiários de determinados regimes de pensões de assistência social dependa da divulgação ao vendedor do nome do beneficiário. Segundo a Corte de Justiça, o artigo 4º da Decisão 69/71/CEE, de 12 de Fevereiro de 1969, rectificada pela Decisão 69/244/CEE, deve ser interpretado no sentido de impor a penas a individualização dos beneficiários das medidas por ela previstas, sem todavia impor ou proibir a sua identificação nominativa para fins de controlo. UNIAO EUROPEIA. Corte de Justiça. Causa 29/69 - Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87844&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4552062>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

14 “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.”

esfera jurisdicional as declarações de cunho internacional e comunitário, fazendo um controle de compatibilidade normativa entre o ordenamento jurídico interno (ou decisão interna) e o direito advindo da CEDU e do TFUE, respetivamente e também um controle de aplicabilidade efetiva dos direitos fundamentais quando o ordenamento jurídico nacional ou os tribunais locais se mostrarem falhos.

No que tange ao direito ao nome, a postura das Cortes não é diferente. Como bem explica Moura Ramos (2004), ao comentar sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado, “pode dizer-se que a regulamentação do direito ao nome nas relações privadas internacionais continua a ser unicamente objecto de regras de conflitos nacionais e de preceitos contidos nos instrumentos clássicos de direito internacional” (MOURA RAMOS, 2013). Diferentemente do que ocorre com os direitos relativos ao patrimônio, em que há regras próprias de resolução de conflitos de normas inseridas no contexto comunitário<sup>15</sup>, os direitos das pessoas não possuem essas regras próprias;

no entanto, ainda que não existam, por enquanto, nem se encontrem previstas intervenções do legislador comunitário neste domínio, outra coisa, e bem diferente, é não se verificar, nas soluções existentes nesta matéria e na sua aplicação, a influência das regras e princípios do direito comunitário (MOURA RAMOS, 2013).

Nesse diapasão, é mister

verificar se, e em que medida, quer as regras de conflitos quer o resultado da sua aplicação (decorrentes portanto da aplicação de regras materiais), em matéria de nome, podem ser afastados ou devem ser desconsiderados por afrontarem princípios ou valores fundamentais, não agora da ordem jurídico – constitucional, mas do sistema comunitário (MOURA RAMOS, 2013).

#### **4 A CORTE DE ESTRASBURGO E A PROTEÇÃO DO DIREITO AO NOME**

Em uma breve análise dos casos julgados pela referida Corte, é possível verificar que, embora o artigo 8º da CEDU não contenha qualquer referência explícita sobre o direito ao nome, o Tribunal entende que o nome diz respeito à vida privada e familiar do indivíduo, considerando-o um meio de identificação pessoal e de vínculo com a família (Stjerna c. Finlândia; Guillot c. França; Daroczy c. Hungria).

A proteção do direito ao nome deslocou-se do direito à identidade para o direito à vida privada e familiar (direito à intimidade), cabendo à Corte a análise do limite da gerência do Estado Nacional no interesse particular, dentro da perspectiva da CEDU, sem perder o caráter de direito fundamental que o direito ao nome possui.

No estudo das legislações nacionais perante à CEDU, o que se pode observar dos julgados apresentados foi uma tendência do TEDH em conservar a legislação nacional, tendo em vista que ela reflete a cultura e os anseios sociais de cada um dos Estados Nacionais envolvidos.

Isso porque os direitos fundamentais baseiam-se no “pressuposto de que as comunidades pré-constitucionais têm uma identidade própria, expressa em língua, dialeto, práticas sociais e religião, que o Estado Constitucional deve garantir” (TAVARES DA SILVA, 2014) e que deve ser respeitada também pelo Direito Comunitário.

Nos textos constitucionais existe um ‘standard mínimo’ entre as normas nacionais dos Estados Membros que convergem no sentido único da proteção aos direitos fundamentais. E é nesse ponto de convergência que reside o Direito Comunitário, como mais um garantidor da realização dos direitos fundamentais diante da “amplitude geográfica, multiplicação de tratados internacionais e adesão significativa de países às convenções existentes, e, sobretudo, densidade jurídica no quadro

---

<sup>15</sup> Como por exemplo, os Regulamentos nº 864/2007 e 593/2008, ambos da Comunidade Europeia.

jurisprudencial dos tribunais nacionais, regionais e mundiais” (VIEIRA DE ANDRADE, 2016).

Nesse diapasão, com a aplicação das normas internas na atribuição de nomes e de sobrenomes e as relações internacionais entre as pessoas e os países exigiram uma análise de compatibilidade da legislação nacional com a CEDU realizada pela Corte, de forma que nos julgamentos não se discutiu, via de regra, de modo direto e concreto, o direito ao nome, mas sim, a harmonização normativa entre o Direito Interno e o Direito Comunitário, ou a aplicação daquele e perante às normas comunitárias.

A Corte optou pela preservação da cultura dos povos mesmo em países que possuem uma legislação que vai na contramão da atualidade ou da maioria dos países, como é o caso da Letônia, no caso *Mentzen/ Mencena c. Letônia*, que o Tribunal decidiu pela manutenção da decisão nacional, entendendo que ela observou a legislação vigente no país, que a interpretação teológica dada à norma foi dentro dos padrões aceitáveis da CEDU e que a cultura dos povos foi preservada, evitando uma desestabilização normativa interna (*Guillot c. França*; *Sijka c. Polónia*; *Bijleveld c. Países Baixos*, *GMB e KM c. Suíça* e *Stjerna c. Finlândia*).

Contudo, nos casos *Guillot c. França* e *Salonen c. Finlândia*, a discussão sobre a harmonização entre o direito interno e direito comunitário foi destinada ao segundo plano. A Corte de Estrasburgo analisou, como matéria principal, o princípio do melhor interesse da criança, que envolve a atribuição de um nome que não seja vexatório, degradante ou pejorativo, não permitindo que às crianças fossem atribuídos nomes inusitados ou que pudessem gerar certos desconfortos em suas relações sociais.

Todavia, o princípio do melhor interesse da criança, no viés de identificar as origens parentais, não foi observado no caso *Gianettoni e Fornaciari c. Suíça*. O TEDH privilegiou o ordenamento suíço em face do requerimento do filho de ostentar o sobrenome paterno quando os pais não fossem casados entre si, mesmo diante da concordância paterna e da responsabilidade paterna assumida.

No caso *Johansson c. Finlândia*, retomou-se a discussão sobre a compatibilidade do Direito Interno e do Direito Comunitário, mas não como forma de adequação normativa, mas sim para questionar a razoabilidade da decisão proferida pelo Estado Membro envolvido. O TEDH considerou desproporcionais e despropositadas as decisões das autoridades locais, não entrando no mérito da legislação finlandesa. Nesse julgado, um ponto deve ser ressaltado, assim como faz a Corte de Luxemburgo, como se verá mais à frente, a Corte de Estrasburgo utilizou do princípio da livre circulação de pessoas para proteger o direito ao nome, mesmo reconhecendo o nome como um direito fundamental à identidade e afirmando no julgado a necessidade de proteção própria do instituto.

A Corte reconheceu, na ocasião, a amplitude dos fluxos migratórios no interior da União Europeia, que fazem com que em um mesmo Estado-Membro diferentes sistemas nacionais de atribuição do nome coexistam. Todavia, esse posicionamento não foi mantido no caso *Baylac-Ferrer c. França*, que é uma situação semelhante ao caso *Johansson c. Finlândia*, mas que teve desfecho diverso. O registro do nome catalão não foi admitido em território francês. O Tribunal afastou a aplicação do princípio da livre circulação de pessoas para reafirmar a legislação nacional francesa em nítida contradição ao posicionamento antes aderido. Esse julgado não foi apenas um retrocesso na posição do TEDH, mas também contrário à própria efetividade de direitos fundamentais, na medida em que considerou que a diferença entre a norma legal e o nome usado era mínima e, portanto, incapaz de gerar dano à identificação pessoal do interessado.

Nos casos *Gozel Erdogoz e Daroczy*, contudo, o direito ao nome foi tratado como direito à identidade, de forma concreta, direta e mediata, mesmo fundamentando a questão no artigo 8º da Convenção. E mais, o Tribunal entendeu que posicionamentos contraditórios por parte do Estado Nacional e erros derivados de sua atuação são contrários à CEDU. A situação de posicionamentos contraditórios dentro da esfera administrativa do Estado também foi determinante no caso *Johansson*, uma vez que o Estado Nacional envolvido já havia feito o registro do nome escolhido pelos requerentes em outras oportunidades.

No caso *Una Tekeli*, assim como no caso *Konstantinidis c. Alemanha*, da Corte de Luxemburgo e que será visto mais adiante, o direito ao nome foi defendido com ares de direito empresarial/ atividade profissional, uma vez que se procurou preservar o nome em que o profissional era conhecido no mercado de trabalho, com a peculiaridade da proibição de discriminação em razão do sexo presente no caso *Una Tekeli c. Turquia*.

Na oportunidade, o Tribunal reiterou que a igualdade dos sexos consiste em um dos objetivos do Conselho da Europa e foi categórico em afirmar que a legislação nacional não pode discriminar em razão do sexo na relação familiar. A vedação da discriminação na relação familiar também foi alvo de estudos nos casos *Burghartz c. Suíça* e *Cusan Fazzo c. Itália*, para possibilitar uma mudança de paradigmas estabelecidos no caso *Bijlaved*, e ratificado no caso *G.M.B e K.M c. Suíça*, já mencionados, ocasião em que o TEDH entendeu pela compatibilidade da lei nacional com o Direito Comunitário.

## 5 A CORTE DE LUXEMBURGO E A PROTEÇÃO AO DIREITO AO NOME

A Corte de Luxemburgo, a seu turno, protegeu o direito ao nome dentro da perspectiva da liberdade de circulação previsto do Tratado da União Europeia, protegendo o direito ao nome de forma indireta; isto é, assegurou o direito ao nome como requerido, utilizando como fundamentos não o direito fundamental à identidade (ou ainda o direito à intimidade, como o TEDH), mas ligando o direito ao nome à livre circulação de pessoas e à não discriminação em razão da nacionalidade.

Ao adotar esse posicionamento, a Corte, ao mesmo tempo, ampliou a dimensão dada ao direito ao nome e instituiu novas perspectivas aos princípios da livre circulação de pessoas, na medida em que esses não mais se restringiam ao direito de ir e vir em um sentido estrito de liberdade de locomoção ou a meras questões comerciais.

No Caso *Christos Konstantinidis*, um cidadão grego, massagista independente e auxiliar de hidroterapias, com residência em Altensteig (Alemanha), casou-se no cartório da cidade em que residia. Ocorre que no registro de casamento, a grafia de seu nome foi alterada de “Christos Konstandinidis” para “Hréstos Kónstantinidés”, por meio de uma tradução fonética direta realizada pelo Registrador local, nos termos da legislação alemã vigente. *Konstantinidis* apresentou, ao Registo em Altensteig, pedido administrativo de retificação de registo requerendo que fosse corrigido o erro de grafia no seu registro de casamento sob o fundamento que na língua alemã a pronúncia correta do seu nome correspondia à grafia grega expressa em sua certidão de nascimento. O pedido, contudo, foi rejeitado.

*Konstantinidis*, então, recorreu à via judiciária e o caso chegou ao Tribunal de Justiça Alemão, que entendeu que a situação suscitava a análise também do direito comunitário e decidiu submeter a questão ao Tribunal de Justiça de Luxemburgo.

A Corte de Luxemburgo, em um primeiro momento, ratificou<sup>16</sup> que o artigo 52º do Tratado (atual 49º do TFUE) constitui uma das disposições jurídicas fundamentais da Comunidade Europeia. Esse artigo, ao proibir qualquer discriminação em razão da nacionalidade resultante das leis, regulamentos ou práticas nacionais, procura garantir que um Estado Nacional conceda aos nacionais de outro Estado Nacional o mesmo tratamento que concede aos seus próprios, no que diz respeito ao direito de estabelecimento (que pertence à esfera do Direito Empresarial).

A obrigação da alteração grafia e da pronúncia, no caso, expos o interessado ao risco de confusão de pessoas junto da sua potencial clientela, em sua atividade profissional, o que é um entrave que prejudica o direito de estabelecimento. O afastamento do direito material alemão aplicável é, pois, justificado pela circunstância de os efeitos da sua aplicação provocarem uma limitação do direito de estabelecimento contrária às regras do Tratado (MOURA RAMOS, 2016).

<sup>16</sup>O primeiro julgado neste sentido foi o acórdão de 17 de Julho de 1985, no caso *Steinhauser c. City of Biarritz*, 1973/84.

No ponto 40<sup>17</sup> da fundamentação do acórdão, a Corte de Luxemburgo expressou que o direito de uma pessoa ao seu nome é fundamental em todos os sentidos da palavra, pois é no nome que se distingue cada um do resto da humanidade. É o nome que dá um senso de identidade, dignidade e autoestima ao sujeito e retirar de uma pessoa o seu nome legítimo é uma verdadeira degradação, como é evidenciado pela prática comum de regimes penais repressivos, que substituiu o nome do prisioneiro por um número. No caso em questão, haveria uma verdadeira violação aos direitos morais quando o cidadão grego foi obrigado a assumir o nome de “Hréstos” em vez de “Christos”, não só porque a sua origem étnica estaria escondida, já que “Hréstos” não se parece ou soa como um nome grego; mas, além disso, seus sentimentos religiosos seriam ofendidos, já que o caráter cristão de seu nome seria afastado. Vale ressaltar que Konstantinidis apontou que ele deve o seu nome à data de nascimento (25 de dezembro), sendo Christos o nome grego para o fundador da religião cristã, não “Hréstian”.

Em que pese a Corte de Luxemburgo reconhecer o direito ao nome como identificador pessoal e social, reconhecendo-o como integrante da dignidade da pessoa humana e merecedor de tutela efetiva; o que restou evidente foi que o direito ao nome, no caso em questão, foi relacionado ao direito de estabelecimento, nos termos do art. 52 (atual 43 do Tratado da CE).

O direito ao estabelecimento, nos termos da decisão, obsta que um cidadão de um Estado-Membro seja constringido a obedecer norma de um Estado-Membro diverso, no qual reside, e a utilizar um nome com grafia e pronúncias diversas, evitando problemas de identificação a uma possível clientela. Observa-se assim, a presença de um critério econômico regulando matéria de direito fundamental, uma vez que o nome empresarial traz em sua própria essência um valor econômico.

Ainda com relação à decisão em comento, o referido Tribunal deu uma nova roupagem ao direito à livre circulação das pessoas, à liberdade de estabelecimentos e à proibição da discriminação em razão da nacionalidade. Dessa forma, tais regras passam a proteger (economicamente) o direito ao nome e, por vias transversas, o direito fundamental de manter seu nome de origem, mesmo residindo em Estado-Membro diverso do nato.

No caso Garcia Avello, C. Garcia Avello, de nacionalidade espanhola, e I. Weber, de nacionalidade belga, casados e residentes na Bélgica, tiveram dois filhos, Esmeralda e Diego, respectivamente em 1988 e 1992, que em razão das diferentes nacionalidades de seus pais, são detentores das nacionalidades belga e espanhola. Em conformidade com o direito belga, o Registo Civil daquele país fez constar dos assentos de nascimento das crianças o sobrenome apenas do pai, Garcia Avello.

Por requerimento, dirigido ao Ministro da Justiça, em novembro de 1995, o casal Garcia Avello, representando seus filhos, solicitou as alterações dos sobrenomes dos menores para

---

<sup>17</sup> “40. A person’s right to his name is fundamental in every sense of the word. After all, what are we without our name? It is our name that distinguishes each of us from the rest of humanity. It is our name that gives us a sense of identity, dignity and self-esteem. To strip a person of his rightful name is the ultimate degradation, as is evidenced by the common practice of repressive penal regimes which consists in substituting a number for the prisoner’s name. In the case of Mr Konstantinidis the violation of his moral rights, if he is compelled to bear the name “Hréstos” instead of “Christos”, is particularly great; not only is his ethnic origin disguised, since “Hréstos” does not look or sound like a Greek name and has a vaguely Slavonic flavour, but in addition his religious sentiments are offended, since the Christian character of his name is destroyed. At the hearing Mr Konstantinidis pointed out that he owes his name to his date of birth (25 December), Christos being the Greek name for the founder of the Christian not “Hréstian” religion.” Tradução livre: O direito de uma pessoa ao seu nome é fundamental em todos os sentidos da palavra. Afinal, o que somos sem nosso nome? É nosso nome que distingue cada um de nós do resto da humanidade. É nosso nome que nos dá um senso de identidade, dignidade e auto-estima. Tirar uma pessoa de seu nome legítimo é a degradação final, como é evidenciado pela prática comum de regimes penais repressivos, que substitui um nome pelo número do prisioneiro. No caso de Konstantinidis, haveria violação dos seus direitos morais, se fosse ele obrigado a assumir o nome de “Hréstos” em vez de “Christos”, pois não só a sua origem étnica estaria disfarçada, já que “Hréstos” não parece ou soa como um nome grego, mas, também seus sentimentos religiosos seriam ofendidos, já que o caráter cristão de seu nome seria destruído. Na audiência, o Sr. Konstantinidis relatou que deve o nome à data de nascimento (25 de dezembro), sendo Christos o nome grego para o fundador da religião cristã.

'Garcia Weber', indicando que, segundo a prática consagrada no direito espanhol, o sobrenome dos filhos de um casal é composto primeiro pelo sobrenome do pai, seguido do da mãe. Tanto é assim que os menores foram registados sob o duplo sobrenome 'Garcia Weber', na seção consular da Embaixada de Espanha, na Bélgica.

Por ofício, em julho de 1997, as autoridades belgas propuseram ao casal que os sobrenomes de seus filhos fossem alterados de Garcia Avello para apenas Garcia, em vez da alteração pretendida. A proposta foi recusada e em dezembro de 1997, o Ministro da Justiça Belga informou que o pedido do casal havia sido indeferido sob o fundamento de que o Governo entendia que não existiam motivos suficientes para que fosse concedido em favor dos requerentes a substituição solicitada, uma vez que na Bélgica adota-se o sobrenome do pai como o sobrenome de família.

Em janeiro de 1998, o casal apresentou um pedido de anulação dessa decisão no Conseil d'État, que por sua vez, levou a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia. O Tribunal acatou as alegações do casal, afirmando que restou provado que a diversidade de sobrenomes de família presente no caso é susceptível de criar aos interessados sérios inconvenientes de ordem profissional e privada, resultantes, nomeadamente, das dificuldades em gozar, num Estado Nacional membro da União Europeia, cuja nacionalidade possuem, os efeitos jurídicos de atos ou de documentos elaborados sob o sobrenome reconhecido noutro Estado-Nacional, igualmente pertencente à União Europeia, cuja nacionalidade também possuem.

Em análise da referida decisão, observa-se que não houve uma proteção direta ao direito ao nome e à identidade como ponto fundamental nos argumentos expostos na decisão. Na verdade, a questão foi decidida tendo como base o artigo 17º CE (atual 18º da TFUE), que confere a qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro o estatuto de cidadão da União, e o artigo 18º (atuais 20º e 21º da TFUE), relativo ao exercício da liberdade de circular e de residir no território dos Estados-Membros.

No caso em questão, como no caso Konstantinidis, o Tribunal justificou sua decisão no direito à livre circulação dos povos dentro do território da União Europeia. Contudo, de modo diverso daquela decisão, afastou-se do direito empresarial para assegurar a tutela referente ao nome.

O direito ao nome foi visto como direito fundamental pessoal, mas sua tutela foi concedida tendo em vista o princípio da igualdade - que determina tratamento isonômico em situações isonômicas e tratamento diferenciado na medida da desigualdade.

Um outro ponto relevante diz respeito ao fato de que o Tribunal, assim como fez no caso Konstantinidis, controlou a aplicação das regras de direito material de direito privado relativas ao nome, mas agora tratando de forma direta e com incidência, inclusive, sobre as autoridades administrativas de um Estado-Membro que atuarem em desconformidade com outro Estado-Membro, em casos de binacionais. Deste modo, o Tribunal, mais uma vez, recorreu também ao princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade ou da igualdade.

No caso Niebull, Grunkin e Paul, Leonhard Matthias Grunkin-Paul era detentor das nacionalidades dinamarquesas e alemã, sendo registrado no assento civil na Dinamarca com o sobrenome Grunkin-Paul. Contudo, o Cartório de Registro Civil alemão recusou-se a reconhecer o sobrenome da criança, tal como foi determinado na Dinamarca, com o fundamento de que, nos termos do artigo 10º da EGBGB e do parágrafo 1617 (1) do BGB, o sobrenome de um indivíduo deve ser determinado pela lei do Estado da sua nacionalidade e a lei alemã não permite que uma criança tenha um sobrenome formado pelos sobrenomes do pai e da mãe. Os pais da criança, à essa época já divorciados, recusaram-se a aceitar a decisão.

---

<sup>18</sup> Para uma melhor análise do caso: Lagarde (2004); Ackermann (2007); Lenaerts (2008); Iliopoulou (2004).



O caso chegou ao Tribunal de Justiça Alemão que encaminhou-o para o Tribunal de Justiça da União Europeia, sob a argumentação de dúvida quanto à compatibilidade do direito alemão com direito comunitário. O Tribunal, mais uma vez, recorreu ao direito de não ser discriminado por razões de nacionalidade e ao direito, estabelecido no artigo 18º CE, que permite se deslocar e residir livremente no território dos Estados-Membros.

Embora, atualmente, o direito comunitário seja uma realidade, as regras que regem o sobrenome de uma pessoa são da competência dos Estados-Membros, cabendo a eles, a princípio, regular a matéria. No entanto, as normas materiais nacionais devem ser lidas e interpretadas em consonância com o direito comunitário, a menos que o envolvimento seja um processo interno, situação que não tenha qualquer ligação com o direito comunitário, o que geralmente ocorre nos casos dos indivíduos de uma só nacionalidade ou quando um Estado Membro respeita as situações subjetivas validamente constituídas sob a vigência da lei de um outro país membro.

Em casos de binacionais, originários de países membros da União Europeia, cada um dos Estados Nacionais membros devem observância prioritária ao ordenamento jurídico comunitário e depois ao ordenamento jurídico nacional, sob pena de subversão às normas de direitos fundamentais assegurados no pacto comunitário e à manutenção do próprio sistema.

A consequência disso é que o direito ao nome, no espaço da União Europeia, passou a ter um conteúdo mais amplo, pois ao mesmo tempo que representa um direito fundamental à identidade, dentro dos ordenamentos internos, possui também um caráter comunitário que ressalta a vida privada, a liberdade de locomoção dentro do espaço europeu e a proibição da discriminação em razão da nacionalidade. Esses caráter comunitário, exige uma harmonização entre a lei nacional e as normas da União Europeia, cabendo aos Tribunais Europeus a interpretação dada ao Tratado para afastar a legislação nacional e concretizar direitos fundamentais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem asseverou Paul Lagarde (2004), depois de muitos anos em que as situações de direito comunitário se resumiam a questões econômicas, a União Europeia entendeu a relevância de uma atuação mais presente na proteção do direito das pessoas, em particular, a determinação do direito ao nome.

E quando se discute direitos das pessoas, a exigência de sintonia e harmonização entre as normas de direito comunitário e de direito nacional se mostra mais evidente. Isso porque o que se tem como pano de fundo são direitos fundamentais, que, como tais, devem ser observados, garantidos e efetivados.

No que tange ao direito ao nome, a ausência de normas específicas para tratar o tema no âmbito do Direito Comunitário levou à afirmação de que sua proteção decorreria da legislação nacional, envolvendo regras próprias a respeito da matéria, tendo em vista o direito à identidade, como direito autônomo do qual decorre o direito ao nome e os princípios a esse direito relacionados, pois as questões apresentadas se limitavam ao direito interno.

Todavia, o contexto atual, marcado sobremaneira pela ideia de cooperação entre os países, e o aumento da complexidade das relações sociais, ocasionaram situações em que não se limitavam ao direito interno ou, ainda, em que o direito interno poderia ir contra as normas comunitárias. Nesse diapasão, a proteção ao direito ao nome passa a ter um novo parâmetro, decorrente de uma noção muito mais ampla, que é a condição de cidadão europeu, condição essa que corresponde à obrigatoriedade do recíproco reconhecimento do status pessoal e familiar das pessoas dentro da União Europeia e sua liberdade de circulação nos territórios dos Estados Membros e a não discriminação em razão da origem.

As regras e os princípios de direito comunitário para a proteção do direito ao nome, assim, passam pelo reconhecimento do espaço comunitário, pelo pertencimento a ele e pela obediência das

normas comunitárias e, em termos jurisdicionais, os Tribunais Europeus, funcionando como últimas instâncias na proteção de direitos fundamentais.

A escolha do nome e do sobrenome, bem como a sua alteração devem estar de acordo com as normas da legislação nacional, quando essas não vão ao encontro de direitos fundamentais, não resta dúvidas. Mas, a proteção dessa escolha para além das fronteiras, seja do Estado-Membro de nascimento, seja do Estado-Membro do qual também seja nacional, seja do Estado-membro de residência, ou ainda do Estado-Membro de terceiros (pai, mãe, marido, esposa) é resultado dos trabalhos hermenêuticos das Cortes de Estrasburgo e Luxemburgo, quando das análises dos casos concretos a eles apresentados.

Ambas as Cortes partem do mesmo ponto: a CEDU e demais Tratados de Direitos Humanos, mas se diferenciam pelo fato de a Corte de Luxemburgo ter alcançado um nível mais amplo de interpretação das normas da CEDU, de forma a garantir uma proteção mais incisiva aos cidadãos que ostentam o status comunitário. Além disso, a Corte de Luxemburgo apresentou um linha de pensamentos e a manteve sem retrocessos, o que não foi o caso da Corte de Estrasburgo.

Embora a a Corte de Luxemburgo não tenha reconhecido o direito ao nome como direito fundamental, o tutelou de forma indireta, por meio da aplicação do direito à liberdade de circulação nos territórios dos Estados Membros e da não discriminação em razão da origem, de forma a construir o que consistiria e significaria um status de cidadão europeu no âmbito da União Europeia, bem como as implicações imediatas dessa condição.

A Corte de Estrasburgo, a seu turno, chegou a reconhecer o direito ao nome como direito fundamental, mas demonstrou uma tendência a considerar as normas estatais internas, mesmo em casos em que aplicação da legislação local implique em uma alteração na grafia do nome, como foi o caso *Mentzen/Mencena*. Privilegiou-se a legislação interna, preservando à cultura nacional, e afastou-se o direito à identidade, não considerando os inconvenientes ocasionados por essa medida na vida prática das pessoas envolvidas.

Fato é, que cada uma das Cortes, a seu modo, influenciou decisões nos Tribunais dos Estados-Membros. Além disso, o novo contexto do direito, hoje lido conforme ditames do direito comunitário, constitucional e de tratados e pactos de direitos humanos, todos convergentes à realização concreta de direitos, mostrou-se determinante.

No caso italiano, a tradição que afirmava que ao nascer a criança recebia automaticamente um único sobrenome, o paterno, foi considerada, em 2014, pela Corte Europeia de Direitos Humanos “patriarcal e discriminatória”. Elaborada nos tempos do “pátrio poder”, em que cabia apenas ao homem (marido/pai) as decisões a respeito da família, a questão teve sua constitucionalidade questionada sob o fundamento de que cabia ao casal a decisão sobre as questões familiares e, sendo assim, o sobrenome materno poderia ser acrescentado ao sobrenome paterno, em nome não apenas da igualdade entre homens e mulheres na condução da vida familiar, mas também porque o nome pertence ao direito à identidade pessoal tendo, portanto, o filho o direito de conhecer a própria origem, a história parental e de ostentar os sobrenomes materno e paterno (ITALIA, 2016).

A rigidez da aplicação da norma italiana era tamanha que países como o Brasil, flexibilizaram suas normas internas, para atender os casos dos binacionais ítalo-brasileiros, como no caso decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, em que restou admitido a modificação do nome civil quando, em virtude da dupla cidadania, houver diferença entre os nomes registrados nos documentos brasileiros e italianos. “Isso porque há justo motivo para a uniformização dos registros, à luz dos princípios da verdade real e da simetria. Além disso, a medida evita transtornos nos atos da vida civil e preserva terceiros quanto à eventuais prejuízos.” (BRASIL, 2013).

Assim, conclui-se que o importante é que a tutela dos direitos fundamentais ganhe cada dia

mais mecanismo para que a vasta gama desses direitos seja efetivada, pois para a Ciência do Direito, a proteção da pessoa humana e todos os aspectos a ela co-relacionados é questão primordial que insurge em todos os ordenamentos jurídicos vigentes de todos os países.

## REFERÊNCIAS

ACKERMANN. Nota alla sentenza Garcia Avello, *Common Market Law Rev*, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética, *Revista EMERJ*, V.9, n.33, 2006, p.93-116.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil Comentado dos Estados Unidos do Brasil*. 3º edição. Sao Paulo/ Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1927.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Sobre o nome da pessoa humana, *Revista da EMERJ*, V.3, n.12, 2000. p.49-74.

BRASIL. Lei de Registros Públicos (Lei 6.015), de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1310088/MG. Recurso Especial n. 2012/0038014-8, 2013. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso: 13 out. 2017.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

COMISSÃO Internacional do Estado Civil. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/ciec.html>>. Acesso: 19 mar. 2017.

FUME. *Sul diritto al nome*. La Legge, 1909.

GOMEZ, Aurelio Diez. El nombre de las personas en el Derecho Español, *Revista Jurídica Del Notariado*, N. 7, jul-sept 1993, p. 69-131.

ILIOPOULOU. What's in a name? Citoyenneté égalité et droit au nom. A propos de l'arret Garcia Avello, *Rev. Trim. droit sur*, 2004.

ITALIA. Corte Costituzionale, sentença n. 13/94, Acórdão de 22 de junho de 1985.

ITALIA. Corte Costituzionale, sentença 8 novembre – 21 dicembre 2016, n. 286.

LAGARDE, Paul, *Revue critique de droit international privé*, n.1, janvier-mars 2004, p.184-202.

LENAERTS, La portée de la jurisprudence de La Cour de Justice en matière de droit de la famille et des personnes. In: KATUOKA (Ed.). *Law in The Changing Europe: Liber amicorum P. Kuris*, Vilnius, 2008. p. 237-260.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Sao Paulo: RT, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos - teoria e pratica*. 6. ed. Sao Paulo: Gen e Editora Método, 2014.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa e a posição dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros no sistema jurídico e a jurisdicional da União Europeia. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de Direito da União Europeia*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. Direito ao nome, Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. In: PINHEIRO, Luis de Lima (Org). *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado. Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras*. Lisboa, 2004.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e da União Europeia e a regulamentação do Direito ao nome nas relações privadas internacionais. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de Direito Internacional Privado e União Europeia*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. O projeto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: Breve reflexão. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

OLIVEIRA, EUCLIDES. Direito ao Nome, *Revista do Instituto dos Advogados de Sao Paulo*, ano 6, n. 11. jan-jun, 2003, p. 190-210.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm)>. Acesso: 19 mar. 2017.

PACTO Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso: 19 mar. 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro/Sao Paulo: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil Português e Brasileiro. *Revista Jurídica* 314, dez, 2003, p.7-34.

PORTUGAL. Código do Registro Civil. Decreto Lei n. 131/95. Artigos 103 e 104.

PROSSER e KEETON. *On torts*. West Publishing Co., St Minnesota, 1984.

RESCIGNO, Pietro. *Tratado do Diritto Privato*. Torino: Utetm, 1982.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, V. 102, n. 938, p.79-155, dez. 2013.

TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos Fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

TRIBUNAL Europeu de Direitos Humanos. Caso Guillot c. França (Pedido n. 22500/93), Caso Burghartz c. Suíça, (Pedido n. 16213/90), Caso Stjerna c. Finlândia (Pedido n. 18131/91), Caso Gianettoni e Fornaciari c. Suíça (Pedido n. 22940/93), Caso Salonen c. Finlândia (Requerimento n. 27868/95), Caso Sijka c. Polónia (Pedido n. 26272/95), Caso Szokoloczy-Syllaba c. Suíça (Pedido n. 41843/98), Caso Bijleveld c. Países Baixos (Pedido n. 42973/98), Caso G.M.B. e K. M. c. Suíça. (Pedido n. 36797/97), Caso Üna Tekeli c. Turquia (Requerimento n. 29865/96), Caso Johansson c. Finlândia (Pedido n.10163/02), Caso Daróczy c. Hungria (Pedido n. 44378/05), Caso Gözel Erdogoz c. Turquia (Pedido n. 37483/02), Caso Kismoun c. França (Pedido n. 32265/10), Caso Mentzen/ Mencena c. Letônia (Pedido n. 71074/01), Caso Baylac- Ferrer c. França (Pedido n. 27977/04), Caso Cusan Fazzo vs. Itália (Recurso n. 77/07) e Causa 29/69. Disponíveis em: <http://hudoc.echr.coe.int>. Acesso: 03 de julho de 2017.

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia. Caso Konstantinidis (Processo C-168/91), Caso Garcia Avello (Pedido C-148/02) e Caso Niebull, Grunkin e Paul (Pedido n. C-353/06). Disponíveis em: <http://hudoc.echr.coe.int>. Acesso: 03 jul. 2017.

UNIAO EUROPEIA. Tratado de Funcionamento da União Europeia. 2016. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF)>. Acesso: 05 nov. 2018.

UNICEF. Disponível em: <[https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2017.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Almedina, 2016.

---

**Recebido em:** 11/10/2017

**Aprovado em:** 15/12/2018

**Como citar este artigo (ABNT):**

BORGES, Janice Silveira. Direito fundamental ao nome na União Europeia: apresentação de casos concretos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.36, p.13-29, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/01/DIR36-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A BUSCA PELA UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL E A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES

## THE CIVIL PROCEDURE CODE: THE SEARCH FOR JURISPRUDENTIAL PACIFICATION AND THE ESTABLISHMENT OF BINDING PRECEDENTS

Carlos Alberto Ferri<sup>1</sup>  
André de Carvalho Okano<sup>2</sup>  
Elias Moia Wanzeler Junior<sup>3</sup>

**RESUMO:** Nesse artigo, propomos fazer a análise dos novos institutos processuais que buscam unificar a jurisprudência, bem como dar força de fonte de direito aos precedentes judiciais emitidos pelos órgãos colegiados. Nessa esteira, o Código de Processo Civil deu atenção especial à jurisprudência, definindo que os tribunais devem mantê-la estável, coerente e íntegra. Destaque para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como mecanismo de solução para as demandas repetitivas. Por derradeiro, busca-se em institutos alienígenas o mecanismo utilizado para uniformização jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Uniformização jurisprudencial; incidente de resolução de demandas repetitivas; institutos alienígenas; órgãos colegiados.

**ABSTRACT:** In this article we propose to analyze the new procedural institutes that seek to unify jurisprudence, as well as to give strong force of law to the judicial precedents issued by the collegiate bodies. So much so that the Code of Civil Procedure sought to give special attention to jurisprudence, defining that the courts should keep it stable, coherent and integrated. Highlight the Incidence of Resolution of Repetitive Demands as a solution mechanism for repetitive demands. Ultimately, the mechanism used for jurisprudential uniformization is sought in alien institutes.

**Keywords:** Jurisprudential uniformization; incident of resolution of repetitive demands; alien institutes; collegiate bodies.

---

1 Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pela Unimep. Professor e Coordenador-Adjunto no Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa de Diagnóstico da Tutela Jurídica dos Impactos Ambientais do Parcelamento do Solo Urbano do Município de Engenheiro Coelho/SP. Advogado. Conciliador Judicial. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/Campinas.

2 Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Professor do Centro Universitário Adventista de São Paulo. Conciliador Judicial.

3 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP).

## 1 INTRODUÇÃO

Há duas correntes notoriamente conhecidas que são responsáveis pela formação de complexos ordenamentos jurídicos de um Estado. O *Civil Law* é o sistema adotado, em tese, pelo ordenamento jurídico brasileiro, que consubstancia à lei uma força normativa ímpar, sendo totalmente positivado em códigos. O oposto, conhecido como *Common Law*, ou o anglo-saxão, destaca aos precedentes grande valor, tratando-os de fontes de direito, desenvolvendo seu arcabouço jurídico ao longo do tempo. Reflete o lento evoluir da sociedade, dos costumes e sedimentação dos valores.

O novo código de processo civil busca, de certa forma, aproximar e adaptar à realidade do nosso ordenamento a técnica utilizada no *Common Law* (especialmente a utilizada nos Estados Unidos da América) em reconhecer aos precedentes judiciais força vinculante para com os casos semelhantes. A fim de que haja maior aproximação entre a dogmática jurídica e a realidade processual, o código estabeleceu um emaranhado de regras, e de quebra, inovou com institutos como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Incidente de Assunção de Competência, recursos repetitivos diante do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, voltados para resolver as questões das demandas de massas.

Celeridade Processual, isonomia e segurança jurídica, tal como a busca por formas alternativas de soluções de conflitos, são prioridades que a Lei 13.105/15 busca desenvolver no cenário jurídico brasileiro.

## 2 JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTE E SÚMULA

Verifica-se que, sob o enfoque técnico, há certa dificuldade de precisão no que tange à conceituação e classificação dos termos jurisprudência, precedente e súmula judicial. Desse modo, o objetivo não é esgotar o tema, que é rico e vastíssimo, mas buscar traçar, sucintamente, os respectivos conceitos e suas peculiaridades, para melhor absolvição do que ainda veremos na presente pesquisa.

A jurisprudência, precedente e súmulas são instrumentos especialmente voltados para os órgãos colegiados, ou ditos tribunais, no qual refletem uma instância superior. São comumente utilizados para dirimir conflitos interpretativos; estabelecer orientação para as decisões judiciais vindouras; além de servir como fundamento para os pronunciamentos forenses<sup>4</sup>.

A jurisprudência, em termos gerais, frequentemente, remete-se a uma pluralidade de decisões reiteradas dos tribunais sobre determinado assunto, irradiando a maneira de como os juízes daquele órgão estão interpretando e aplicando a lei. Por sua vez, Humberto Theodoro Junior (2015, p.86) relata que a jurisprudência é o conjunto de pronunciamentos judiciais, no qual revela a tendência ou posicionamento predominante da corte sobre a interpretação de um texto normativo. Estamos diante de fonte secundária e mediata quando o assunto é abordado na classificação das fontes do Direito.

O código de processo civil deu destaque todo especial no tocante à jurisprudência dos tribunais. O artigo 926 estabelece que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, bem como devem mantê-la estável, íntegra e coerente. Desse modo, o objetivo é dirimir os abalos jurídicos, causados por decisões contraditórias que versam sobre mesma questão, garantindo mais segurança jurídica.

Por seu turno, o precedente judicial é a palavra que denota, no cenário jurídico, grandes debates, bem como simboliza o ponto chave para o desenrolar do presente artigo. A discussão travada entre os juristas recai sobre a formação e vinculação dos precedentes, sendo o motivo pelo qual é possível identificar uma aproximação maior ao sistema *common law*.

---

4 Art. 489, II, III, e §1 do CPC/15.

Eduardo Talamini (2016), ao tratar sobre a etimologia da expressão “precedente”, ressalta que a palavra elenca duas principais acepções. O primeiro sentido era predominante até antes da entrada em vigor do novo código de processo civil. Pois precedente remetia-se a um pronunciamento judicial proferido no passado e identificado, em um momento posterior, como sendo um subsídio relevante ou decisivo para a resolução de novos casos, quando que a mesma ou análoga questão se ponha. Observa-se que tal decisão judicial emitida não era imediatamente definida como precedente, tão pouco teria um poder vinculante, sendo tão somente reconhecido em momento posterior.

Logo, no Brasil figurava esse sentido mais clássico, no qual representa a manifestação mais fidedigna e literal do que se denomina por precedente, como ainda podemos observar em ordenamentos jurídicos extramuros.

Quando a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o famoso caso *Marbury versus Madison*, em 1803, não ficou assentado de imediato que estaríamos diante de precedente (ou caso modelo) que simbolizaria a possibilidade do controle de constitucionalidade difuso das leis federais americana. Logicamente, a ideia de precedente viria décadas depois com a leitura e utilização como critério de decisão reiterada para resolver os conflitos semelhantes (STRECK; ABOUD, 2014, p.103-105).

Por outro lado, uma acepção mais moderna ganhou voo com o novo CPC/15. É justamente o inverso do tradicional. O “precedente” judicial ganhou nova performance! Agora, dependendo da decisão judicial, assim quando emitida, tem por finalidade servir como parâmetro, vinculando futuras decisões judiciais, que versem sobre idêntica questão jurídica. A título exemplificativo, caso o tribunal de determinado Estado da Federação, quando da análise de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, proferir decisão judicial modelo, nasce, a partir da publicidade, um precedente vinculante.

É a publicidade que faz os precedentes judiciais produzirem seus efeitos, podendo ser, à luz do NCPC, obrigatórios, impeditivos e persuasivos. Nesse mister, o art. 927, §5º do CPC relata que os tribunais darão publicidade a seus precedentes, preferencialmente, na rede mundial de computadores, organizando-os por questão jurídica.

Quando o tribunal enfrenta questões polêmicas ou divergentes, também pode se valer do uso de máximas (súmulas), revelando diante de suas turmas ou câmaras qual o melhor caminho a percorrer sobre a tal questão. Consistem num resumo das diversas decisões judiciais sobre determinada questão de direito reunidos em um enunciado, evitando-se as incertezas e divergências que poderiam instaurar a insegurança. Portanto, é inegável que as súmulas contribuem, de certo modo, para a uniformização jurisprudencial.

### **3 O DEVER DE UNIFORMIZAR AS JURISPRUDÊNCIAS E A POSIÇÃO DO CPC/15**

O cidadão brasileiro é conhecido por lutar incessantemente por suas pretensões diante ao Poder Judiciário, tanto é que somos caracterizados pela litigiosidade. Não que seja uma mancha, pelo contrário, é sinal que somos um povo que exerce, pelo menos, o mínimo do direito fundamental estabelecido pela nossa Carta Magna de 1988.

O acesso à justiça (Art. 5º, XXXV, CF/1998) se consagra eficiente em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, fazendo com que o magistrado conceda uma resposta fundamentada ao litigante, esclarecendo os motivos que levaram a tomar aquela decisão. Pedro Lenza (2016, p. 1216) ainda ressalta que tal resposta do judiciário seria uma espécie de garantia fundamental.

Em contrapartida, a realidade processual brasileira se encontra num estado preocupante e deprimente. É visível o grande número de processos que tramitam pelo judiciário, em tal grau que a maioria dos órgãos estão superlotados, na maioria das vezes tratando de temas semelhantes em exaustão; contribuindo para a decadência da celeridade processual e da duração razoável do processo, que são princípios de suma importância, e tão visado pelo nosso novo código de processo civil



(PAOLINELLI, 2013, p. 50-51).

Recentemente, dados obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016, p.17)<sup>5</sup> demonstram que há cerca de 100 milhões de ações judiciais tramitando no judiciário Brasil. Sendo que o IBGE (IBGE, 2016, p.1)<sup>6</sup>, através do Diário Oficial da União, estimou que população brasileira está em torno de 206 milhões de habitantes. Isso significa que, para cada dois brasileiros, um encontra-se em litígio nos nossos tribunais.

A força e o impacto da decisão judicial no convívio social são fatores essenciais para que o cidadão busque no judiciário a solução de sua pretensão. Isso não significa que o brasileiro tenha plena consciência dos seus direitos e garantias; muito menos saiba sobre quais mecanismos judiciais poderiam estar a seu favor (CARVALHO, 2015, p.291). Pois estamos diante de uma população que ainda revela índices abaixo da média e preocupantes de analfabetismo e baixa escolaridade.

Isto posto, o tecnicismo, erudição e o sensacionalismo dos nobres “casuísticos”, bem como a burocracia feudal do sistema judicial, em nada contribui para aproximar a população, em especial, os de baixa renda e pouca escolaridade, do ambiente forense. Diante disto, num segundo momento, pelo fato de o judiciário demorar em oferecer uma solução plausível da controvérsia, cresce a sensação de frustração e o descrédito social.

Saliento que, depois da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil<sup>7</sup>, os meios alternativos de solução das controvérsias vêm ganhando ampla divulgação, contribuindo para o que poderíamos elencar de mudança cultural. A estrela da vez recai sobre a Conciliação e Mediação (prevista no art. 334 do CPC), tendo como principal atrativo para sua adesão a vantagem econômica, solução da controvérsia num curto período temporal e benefícios para ambas as partes com o desfecho logo da lide (NEVES, 2016, p.75-79). Assim, de certo modo, contribui no desafogar – a longo prazo – do saturado judiciário.

Nesse meio estratosférico de ações judiciais tramitando nos tribunais do país, destacam-se os litígios de massas (ou demandas repetitivas), que refletem num conjunto significativo de ações judiciais, no qual as controvérsias versam sobre questões de direitos semelhantes (TEIXEIRA, 2015, p. 216-217). Geralmente, as questões discutidas giram em torno dos planos de saúde, transportes, serviços telefônicos, relações de consumo, além de algumas controvérsias envolvendo o direito previdenciário e tributário.

No ano de 2016, ficou notório no Estado do Rio de Janeiro a crise institucional por falta de verbas para o pagamento dos servidores públicos ativos e aposentados. O fato foi o estopim de várias ações coletivas e individuais visando a garantia da contraprestação diante do Poder Judiciário carioca. Visando a estabilidade, afastando-se decisões contraditórias, o órgão especial analisou o tema através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas<sup>8</sup>.

Portanto, fica evidente esse mundaréu de questões jurídicas semelhantes que ficam a cargo dos juízes e tribunais, abarrotando-os. O risco de ocorrer decisões judiciais de modo diferente para com as causas semelhantes é alarmante e preocupante, pois acarretaria a quebra da isonomia, além de gerar a insegurança jurídica.

Diante desse quadro, o art. 926 da Lei nº 13.105/2015, disciplina que os tribunais têm o dever

---

5 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

6 Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas\\_de\\_Populacao/Estimativas\\_2016/estimativa\\_dou\\_2016\\_20160913.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2016.

7 A lei nº 13.105/15, foi publicada no Diário Oficial da união no dia 17 de março de 2015, com *vacatio legis* de 1 (um) ano da data de sua publicação, conforme o seu art. 1045.

8 IRDR nº. 0023205-97.2016.8.19.0000

de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, integrada e coerente. Observe que os três atributos utilizados no artigo vêm com intuito de eliminar as arbitrariedades e os decisionismos dos juízes (STRECK, 2014, p.07-09).

Deve-se destacar que no texto original desenvolvido no Senado Federal<sup>9</sup> não constava as palavras “integrada” e “coerente”, exigindo-se, naquele momento, apenas que os tribunais garantissem uma jurisprudência estável. A inclusão das tais palavras só foi possível graças à sugestão do professor Lenio Streck à comissão de especialistas encarregados pela análise do projeto na Câmara dos Deputados, a qual foi acatada na sua integralidade no Senado em votação final do substitutivo.

A ideia da coerência e integralidade construída por Lenio Streck se fundamenta em vertentes dworkiniana, a qual elenca cerca de cinco elementos padrões que devem ser obedecidos numa decisão judicial, dentre eles, a coerência e a integralidade (STRECK, 2014). No que diz respeito à *coerência*, só haverá se “os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos”; sendo que com a coerência estará também assegurada a igualdade, tanto que os distintos casos deverão ser igualmente levados em consideração por parte dos juízes (STRECK, *et al.*, 2016, p.1864). Dessa forma, só com a coerência não há como estabelecer a uniformização das decisões. Visto que cada julgador consideraria os mesmos princípios e preceitos do precedente formado, mas decidiria de modo diferente por interpretar arbitrariamente o mesmo direito em questão.

Nessa ocasião, a integralidade teria formação duplamente composta. No primeiro momento, por um princípio legislativo, o qual “pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente” (STRECK, 2016, n.p.); e por conseqüente, um princípio jurisdicional demandando “que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido” (STRECK, 2016, n.p.). Logo, exige-se uma construção argumentativa lógica e integrada ao conjunto do Direito, estabelecendo garantias contra os absurdos, tal como evita-se surpresas por causa de interpretação pessoal do julgador.

Em síntese, quando se exige que os tribunais devem manter sua jurisprudência coerente e integrada, na verdade, o legislador quer que as decisões dos juízes estejam assentadas com argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, anulando as arbitrariedades interpretativas. Assim, conforme prevê o art. 926 do CPC, o julgador não deve levantar argumentos que sejam incoerentes com aquilo que antes se decidiu, salvo quando reconheça que aqueles argumentos aplicados em decisões anteriores estavam errados, ou que não fazem mais sentido.

A lógica da uniformização colocada em pauta pelo NCPD trabalha no sentido de que o “tribunal não possa ser omisso diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários” (SOUZA JUNIOR, 2015, p. 3). Por isso, o órgão ganha mecanismos para sanar essa divergência criada, uniformizando a sua posição sobre o tema ora controverso.

Nessa esteira, o Código de Processo Civil estabeleceu um novo mecanismo chamado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976 - 987), voltado para resolver os litígios de massa. O objetivo do mecanismo é justamente buscar a uniformização de processos repetitivos que contenham a mesma controvérsia sobre determinada questão do direito, garantindo a segurança jurídica e a isonomia.

---

9 Projeto de lei do senado nº 166, de 2010.

## 4 ANÁLISE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, já mencionado, é o novo instituto estabelecido pelo Código de Processo Civil, com o objetivo de resolver várias causas que versem sobre a mesma matéria de direito material ou processual. Cria-se, através do julgamento de processo piloto representativo, tese jurídica que servirá de precedente, vinculando os processos em trâmite (ou futuros). A vinculação ficará registrada no território de atuação do tribunal competente (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal).

A constituição do IRDR teve como principal fonte de inspiração o modelo alemão, intitulado *Musterverfahren* (THEODORO JUNIOR, 2015 *apud* BARROS, et al., 2016, p.46). No entanto, houve outros institutos analisados que também serviram de fonte; destaco o modelo *Common law* americano com sua sistematização da jurisprudência e formação de precedentes vinculantes.

Nota-se a influência clara de ordenamentos alienígenas, como visto acima, o que para Rosemiro Pereira Leal (2017) “é inócua a pretensão de efetividade de direitos com vistas à *segurança jurídica* pelo *precedente* se conduzido pela *dogmática analítica* ao êmulo do entusiasmo inovador dos apressados elaboradores do NCPC.” Explica o autor que nosso ordenamento jurídico é, na verdade, “uma colcha de retalhos”, o que dificulta a harmonização legislativa.

O instituto de demandas repetitivas pátrio está em perfeita sintonia com a sistemática e proposta que o Novo Código de Processo Civil objetiva alcançar, qual seja: a uniformização das jurisprudências e a redução de múltiplas demandas, tal como a busca para “tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, promessa constitucional e ideário de todas as declarações fundamentais dos direitos do homem, de todas as épocas e continentes” (SENADO FEDERAL, 2016. p.3)

A natureza jurídica do IRDR remete-se ao incidente processual<sup>10</sup>, fato esse notório, haja vista a primeira palavra do instituto se chamar incidente. Assim, este poderá ser suscitado somente durante o curso do processo por iniciativa de um dos seus legitimados diante do presidente do tribunal competente. Os habilitados para instaurar o incidente encontram-se expressamente previstos no art. 977 do Código de Processo Civil, sendo a) o juiz ou relator, por ofício; b) as partes, ministério público ou a defensoria pública, por petição.

É sabido que o incidente<sup>11</sup> é uma das formas de suspender ou interromper o processo principal em curso, bem como seu fim quanto ao mérito. É intitulado como um processo secundário, pois o objetivo é sanar alguma questão imprescindível que durante o curso do processo venha surgir (MOUZALAS, *et al.*, 2016, p.162-163). No nosso caso, o artigo 982, I, do CPC, relata que, sendo admitido o IRDR, o relator suspenderá todos os processos pendentes, tanto individuais como coletivos,

---

10 Para ser instaurado o IRDR é necessário que haja um caso tramitando no tribunal do Justiça ou no Tribunal Regional Federal; não havendo, seria impossível sua admissibilidade. Sendo sabido o fato de que o legislador ordinário não ter competência para criar competências originárias para os tribunais. Nesse sentido, o enunciado 344 do FPPC: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal. ”

11 Valido ressaltar os ensinamentos de Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha sobre o tema, sendo que os incidentes processuais “não são recurso, nem ação autônoma de impugnação nem outro meio de impugnação atípico de decisão judicial, pois, ao contrário, servem como etapa no processo de criação da decisão, e não da sua impugnação” (CARVALHO, 2015, p. 294).

que tramitam no Estado (admitido pelo Tribunal de Justiça) ou na região (circunscrição do Tribunal Regional Federal) de competência do tribunal.

O tribunal deve definir, em seu regimento interno, o órgão específico com competência funcional para julgar e fixar as teses jurídicas dos incidentes de demandas repetitivas, sendo também responsável pelo recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente (art. 978, parágrafo único, do CPC).

Cabe registrar que a nova legislação não demonstrou nenhuma posição sobre a quantidade mínima de processos para que haja efetiva instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, deixando-o ao encargo da doutrina e jurisprudência traçar uma luz. No entanto, seria necessário deixar se instalar o caos para que ocorra a tal instauração do IRDR? Para tanto, a doutrina revela que se deve usar o bom senso e a flexibilidade. Dierle Nunes (2016) ressalta que é necessária a demonstração do efetivo dissenso interpretativo, sob pena de se instaurar verdadeira padronização preventiva.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), em reunião no ano de 2015, sob a coordenação de Fredie Didier e Rodrigo Mazzei, definiram através do enunciado 87<sup>12</sup> que não precisa de quantidade exacerbada de processos versando sobre a mesma questão jurídica para ser instaurado o IRDR, devendo-se observar preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica. Desse modo, havendo a existência de algumas dezenas de processos, versando sobre a mesma controvérsia jurídica, bem como existindo a possibilidade do risco (ofensa à isonomia e segurança jurídica), considera-se suficiente para a instauração do IRDR.

No âmbito quantitativo de matéria para o cabimento do IRDR, é importante destacar que não há qualquer delimitação que possa tolher a instauração. Tanto que o Fórum Permanente de Processualistas Civis, novamente, determinou que não há qualquer limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do IRDR e, por isso, inadmissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento – enunciado 88.

O art. 976 do CPC elenca em seus incisos os requisitos para a admissibilidade do IRDR, sendo somente cabível, se houver simultaneamente a (a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e o (b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Os requisitos são cumulativos, tanto que a ausência de qualquer um deles acarretará a inviabilização da instauração do IRDR (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, p. 626). O legislador procedeu corretamente em utilizar a palavra “simultaneamente” no *caput* do artigo acima, pois aponta para a efetivação de todos os requisitos. O instituto não exerceria a sua finalidade caso pudesse ser suscitado somente no caso de determinado número de processos semelhantes que apresentasse controvérsia, sem que oferecesse perigo à segurança e à isonomia jurídica.

Ressalta-se que a controvérsia apta a gerar instauração do IRDR recai somente sobre a questão de direito em questão, cindindo as circunstâncias fáticas ensejadoras. Há doutrinadores que rejeitam a ideia de separação de fato e direito, pois seria o “fato” motivo de surgimento do próprio direito, sendo assim, inseparáveis.

Inscrevo-me no sentido da separação dos dois elementos, caso contrário, estaria o instituto engessado. Essa, inclusive, foi a maneira encontrada pelo legislador para possibilitar o julgamento repetitivo, haja vista, que embora as circunstâncias fáticas sofram pequenas mudanças, dificilmente teria o condão de influir no julgamento ao ponto de modificar o seu resultado (CARVALHO, 2015, p.295-296).

---

<sup>12</sup> Disponível em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

Recentemente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>13</sup> admitiu IRDR<sup>14</sup> que discorre sobre o aplicativo móvel UBER, onde o suscitante requer que seja reconhecida a legalidade da atividade de transporte individual privado de passageiros, por meio do aplicativo da empresa norte-americana, bem como a inaplicabilidade de normas municipais e a submissão ao art. 231, VIII, do CTB. Nesse caso, o incidente foi instaurado por causa da demanda massiva diante do tribunal mineiro sobre a legalidade da atividade em questão. Apesar das circunstâncias fáticas serem diferentes, a questão jurídica é semelhante, e nesse aspecto o tribunal irá se posicionar exclusivamente sobre a consequência jurídica.

A tese que será definida pelo TJMG será usada como precedente e vinculará casos semelhantes, pendentes e futuros, que versem sobre a mesma controvérsia debatida em IRDR. Esses precedentes, todavia, em seu “quadro fático-jurídico, serão avaliados e julgados, fazendo-se sempre o juízo de adequação, ou não, à tese de direito oriunda do caso paradigma” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p.10). Jamais haveria uma aplicação pura e simples do precedente, de forma automática, pois seria considerada uma grave violação da ordem jurídica, de forma a justificar a ação rescisória (NCP, art. 966, V, e §§ 5º e 6º, do CPC).

O segundo requisito de cabimento para o início do incidente versa sobre o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Tal requisito reforça ainda mais a vocação do IRDR para a formação e uniformização de precedentes, conforme o previsto no art. 926 do CPC.

Deve-se encarar tal dispositivo com cautela, pois diferente da anterior, consta-se elevada carga de subjetividade, valendo-se de conceitos jurídicos indeterminados, que por consequência, determinará uma zona de discricionariedade ao magistrado. Por outro lado, o nobre julgador deve trazer uma decisão muito bem fundamentada e de alto ônus argumentativo (CARVALHO, 2015, p. 296).

Nota-se a redação do art. 976, § 4º, do novo CPC, que impede a instauração do incidente, mesmo que estejam preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já admitiu ou afetou recurso anterior para definição de tese que versem sobre a mesma questão material ou processual repetitiva.

Nesse contexto, a desistência ou abandono das partes no processo não impede que o mérito que deu ensejo ao incidente seja examinado (art. 976, § 1º, do CPC). Entende-se que, com a efetivação do incidente, a questão jurídica analisada não diz respeito somente às partes do processo, ao contrário, ganhará status *erga omnes*, alcançado todos os litigantes sobre a mesma controvérsia jurídica.

Os litigantes que representam os processos escolhidos que formarão o processo-piloto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, poderão abandonar ou desistir do processo. Cabendo ao Ministério Público, quando não for o requerente, intervir e assumir a sua titularidade (art. 976, § 2º, do CPC).

Quando o relator designado para cuidar do IRDR admitir o incidente, deverá imediatamente suspender os processos pendentes que tramitam no Estado ou na região. Assim, diferente do que ocorre nos recursos repetitivos perante ao STF e STJ, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas terá o prazo de 1 (um) ano para ser julgado. Caso seja superado o prazo sem nenhuma contraprestação, cessará a suspensão dos processos até então pendentes – salvo decisão fundamentada do relator no sentido contrário<sup>15</sup>.

---

13 TJ-MG - IRDR - Cv: 10000160169124002 MG, Relator: Corrêa Junior, Data de Julgamento: 22/10/0016, Seção Cível-UG / 1ª Seção Cível, Data de Publicação: 21/11/2016.

14 IRDR nº 1.0000.16.016912-4/002.

15 Art. 980 do CPC

Quanto aos efeitos da tese jurídica consolidada no IRDR, o art. 985, I, do Novo CPC, alerta que serão aplicados a todos os processos individuais ou coletivos, presentes e futuros<sup>16</sup>, que versem sobre idêntica questão de direito e que tenha tramitação na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive aos juizados especiais (NEVES, 2016) p.1934. Estamos diante de um precedente com eficácia vinculante de natureza obrigatória.

A aplicação da tese firmada será paradigma para os casos futuros, até que o mesmo tribunal a revise<sup>17</sup>, utilizando-se das técnicas de confronto e superação dos precedentes, caracterizados como *Overriding, Overruling ou transformation* (GAIO JÚNIOR, 2016, p.335-356). Frisa-se que o requerimento poderá ser de ofício, ou por um dos legitimados do inciso III do art. 977 do novo CPC. As partes no processo não estavam no rol dos legitimados para oferecer o pedido de instauração do IRDR durante a passagem do texto original no Senado Federal, embora não acarretasse maiores implicações, haja vista que o juiz ou relator da causa poderia ser provocado pelas partes; ou, posteriormente, por ofício, o nobre julgador postularia pela promoção do incidente.

Outro detalhe quanto aos efeitos diz respeito à publicidade do julgamento em IRDR. O art. 979 do novo CPC, relata que tanto a instauração como o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla divulgação e publicidade. Tal informação constará em registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, bem como cada tribunal deverá manter bancos eletrônicos de dados atualizados com informações específicas sobre as questões de direito submetidas ao incidente<sup>18</sup>.

As deliberações de publicidade adotadas pelo art. 979 contêm o objetivo de impedir a continuidade e o julgamento de ações individuais homogêneas. Em segundo plano, evitaria “a multiplicidade de incidentes de igual natureza ou de igual força uniformizadora sobre uma mesma questão de direito, acarretando o enfraquecimento da própria função do instituto, comprometendo-lhe a utilidade e eficácia” (WAMBIER *apud* THEODORO JUNIOR, 2016, p.578).

## 5 RECURSOS REPETITIVOS ESPECIAIS EM SIMILARIDADE COM O IRDR

Os recursos repetitivos especiais e extraordinários foram introduzidos no ordenamento jurídico pátrio através das leis 11.418/2006 e 11.672/2008, às quais ligou ao Código de Processo Civil de 1973 os artigos 543-A, 543-B e 543-C, estabelecendo a sistemática de julgamento repetitivo. O objetivo visa a racionalização do grande volume de recursos interpostos perante as cortes superiores com fundamento em idêntica questão de direito. Assim, fica claro o estabelecimento de julgamento por amostragem diante do STF e STJ.

O CPC/2015 aposta em mais uma técnica destinada a viabilizar a criação de precedentes vinculantes, que serão usados como modelos decisórios a serem seguidos por instâncias intermediárias. O procedimento visa o gerenciamento das causas repetitivas, evitando que o STF e o STJ, ambos com competência sobre o território nacional, mas composto por pequeno número de magistrados, fiquem abarrotados por grande quantidade de recursos excepcionais com idêntica controvérsia de direito (CÂMARA, 2016, p.571).

A doutrina é firme em apontar que o IRDR seria uma adaptação aperfeiçoada dos julgamentos repetitivos, já que ambos os institutos se utilizam da técnica de julgamento por amostragem - sobressaindo os demais em sua origem - para resolver multiplicidade de processos com fundamento em idêntica questão de direito (BONDIOLI, 2013). Só depois de rigorosa análise do modelo escolhido é definida a tese jurídica que será aplicável na atual e demais ações afetadas ao julgamento.

Nessa temática, limitaremos o exame do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas frente aos julgamentos de recursos especiais em sua sistemática repetitiva, por motivo de ambos os institutos versarem sobre o direito infraconstitucional; diferente seria estabelecer comparação com a

---

16 Nesse caso, sendo a exordial contrária a tese estabelecida em IRDR, caberá a concessão de tutela de evidência (art. 311, II, do CPC) e o julgamento liminar de improcedência (art. 322, III, do CPC).

17 985, II, do CPC.

18 Art. 979, §1º do CPC.

jurisdição constitucional abrangida pelo Supremo Tribunal Federal, que podemos observar no julgamento dos recursos extraordinários repetitivos. Pois este recurso trabalha as questões extraordinárias, saindo, de certo modo, do eixo central do tópico.

A sistemática dos recursos repetitivos especiais no Superior Tribunal de Justiça estava prevista no art. 543-C do já revogado CPC/73, bem como pelo próprio regimento interno do STJ. Remodelado pela lei 13.105/2015 que estabeleceu o novo diploma processual, encontramos a matéria entre os arts. 1.036 a 1.041, de forma mais ampla e profunda que no código anterior, que se preocupava em tratar do tema em único artigo.

Em decorrência da entrada em vigor do NCPC/15, foi aprovada e publicada a emenda regimental 24/2016<sup>19</sup> que modifica e inclui alguns dispositivos no regimento interno do STJ, trazendo profundos impactos para o trabalho da corte. Desse modo, os recursos especiais repetitivos ganharam vida e, sua sistematização na presente corte consta entre os arts. 256 a 256-H. E neste último artigo o regimento estabelece o mesmo rito dos recursos repetitivos especiais para o julgamento do mérito em IRDR.

Demonstrando a semelhança dos dois institutos, o requisito principal para que seja aplicada a sistemática repetitiva aos julgamentos de recursos especiais versa sobre a multiplicidade de recursos em idêntica questão de direito. Do mesmo modo, é o critério usado quando tratamos do IRDR, em que o artigo 976, I do CPC, destaca como critério de admissibilidade a “efetiva repetição de processos”. O legislador, na oportunidade, preferiu não estabelecer um número mínimo de processos para a caracterização da dita multiplicidade.

Em quadro comparativo, inicialmente, cabe destacar que os recursos repetitivos especiais são submetidos e apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisdição recai em todo território nacional. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ao contrário, é bem mais restrito, só podendo ser instaurado perante os tribunais de segunda instância, a saber, os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais. Pela sistemática, o IRDR será julgado a depender da competência para o exame da matéria, podendo ser justiça comum ou justiça federal.

O legislador foi preciso e prudente ao conceder a possibilidade de suspender determinado processo individual ou coletivo em outros Estados que versem sobre a mesma matéria do incidente já instaurado<sup>20</sup>. Assim, os legitimados do art. 977, incisos II e III, poderão requerer, independentemente dos limites territoriais de competência do tribunal<sup>21</sup>, a tal suspensão nacional.

A inteligência estabelecida pela redação do art. 1.029, §4 do NCPC em estender a suspensão processual a todo território nacional, até posterior decisão, valida-se pela busca da segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Aos legitimados basta demonstrar a simples existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em mais de um Estado ou região<sup>22</sup> para que seja concedida a suspensão, a ser determinada pelo STF ou STJ<sup>23</sup>.

Outro ponto de vista, diz respeito à instauração dos procedimentos, posto que qualquer dos legitimados do art. 977 do CPC poderá requerer o acolhimento do IRDR perante o presidente do tribunal. Este, no entanto, poderá deferir ou negar a pretensão, dependendo da avaliação acerca dos pressupostos de instauração do incidente.

Em contrapartida, na instauração dos recursos especiais repetitivos, caberá, primeiramente, ao presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem<sup>24</sup>, estadual ou federal, analisar e constatar a

19 Disponível em: < [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105283/Emr\\_24\\_2016\\_pre.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105283/Emr_24_2016_pre.pdf)>.

20 Art. 982, §3, CPC.

21 Art. 982, §4, CPC.

22 Enunciado 95 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>

23 Cf. SIRDR1 pelo STJ. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática em suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas Nº 1 - DF (2016/0320182-5). Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=67819695&num\\_registro=201603201825&data=20161212&tipo=0&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=67819695&num_registro=201603201825&data=20161212&tipo=0&formato=PDF).

24 Quanto a definição da competência do presidente ou o vice-presidente em verificar a ocorrência do fluxo de recursos especiais seriados, dependerá de cada tribunal de origem, através do seu regimento interno. A título de curiosidade o Tribunal de Justiça de Minas Gerais estabeleceu a competência para o vice-presidente (art. 515-A da Resolução do Tribunal Pleno 003/2012 atualizada até a ER nº6/2016). Por outro lado, o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu a competência ao presidente do tribunal (art. 26, I, d, Reg. Interno TJ/SP)

ocorrência de recursos especiais contínuos<sup>25</sup>. Em caso positivo, haverá uma seleção de, ao menos, dois recursos extraordinários ou especiais “representativos da controvérsia” para envio aos Tribunais Superiores com fins de afetação (BUENO, 2016, p.730). Os demais processos, assim como ocorre na sistemática do IRDR, ficarão sobrestados, após certificação nos autos, aguardando a definição da tese jurídica a ser aplicada.

O relator que receber o processo para a afetação não ficará restrito somente aos recursos selecionados pelo tribunal inferior, podendo requerer outros<sup>26</sup>, dado a necessidade de elucidação da questão controvertida.

Outra hipótese para instauração de julgamento repetitivo no STJ vincula a iniciativa do próprio relator do tribunal superior. Detectando a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o relator, independentemente da iniciativa do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, selecionará dois ou mais recursos representativos da controvérsia como paradigma, e suspenderá os demais. Nota-se que os recursos em similitude não foram apontados na fase preliminar de admissibilidade pelo tribunal de origem (estadual ou federal), de forma que os recursos no qual poderiam ficar sobrestados nesse órgão colegiado de segunda instância, sobrem para o exame no Superior Tribunal de Justiça.

Logo, fica evidente que, tanto o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, quanto os recursos especiais repetitivos, apresentam a finalidade de examinar controvérsia de direito com idêntico fundamento em processos seriados. É sabido que o exame da controvérsia em recursos especiais repetitivos no STJ limita-se à análise e posterior definição do direito aplicável em determinada hipótese conflitante, não apreciando a matéria fática de cada caso.<sup>27</sup>

Caso a tese firmada em IRDR não seja aplicada ou venha sofrer aplicação indevida, caberá a reclamação prevista pelo CPC para o órgão especial responsável e competente para julgar o IRDR, destacando as hipóteses de cabimento da reclamação que são taxativas, sendo que a metodologia usada pela lei 13.105/2015 busca a valorização do chamado Direito Jurisprudencial.

Em se tratando das teses firmadas em julgamentos especiais repetitivos e sua obediência diante dos tribunais, há peculiar diferença quanto aos procedimentos em comparação com o IRDR. O STJ, publicando o acórdão que servirá de paradigma, comunicará da decisão ao tribunal de origem, que negará seguimento aos recursos especiais que lá estiverem sobrestados, quando o acórdão do Tribunal de Justiça recorrido coincidir com precedente vinculante firmado pela corte superior<sup>28</sup>. Todavia, havendo divergência entre o acórdão recorrido e a orientação firmada pelo STJ, haverá o reexame da causa pelo próprio tribunal de origem<sup>29</sup>.

Nesse caso, Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 576) aponta que o reexame da causa é obrigatório, embora não seja obrigatório ao tribunal local se adequar conforme o precedente estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça. Mas, caso reconsidere sua decisão anterior, haverá a retratação do órgão, e o julgamento do recurso especial ficará prejudicado.

O texto legal não expressa, mas o precedente vinculante firmado através de recurso repetitivo será aplicado, além das causas *sub judice*, aos casos futuros, ainda não conhecidos pelo judiciário.

---

25 Art. 1036, §1, CPC.

26 Art. 1.036, § 4º, CPC.

27 O Enunciado n.7 da súmula do STJ determina que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

28 Art. 1040, I do CPC.

29 Art. 1040, II do CPC



Desse modo, a observância dos precedentes vinculantes proferida pelo “tribunal da cidadania”<sup>30</sup> é obrigatória, devendo servir como fundamento à decisão (CÂMARA, 2016, p. 577).

Outra distinção entre os institutos versa sobre o tempo em que o órgão competente dispõe para julgar as demandas repetitivas. No sistema dos recursos repetitivos especiais não há qualquer demarcação temporal para que o STJ julgue os recursos que forem considerados modelos. Desse modo, quando não for elaborada e publicada a tese jurídica que será estabelecida como paradigma, os demais processos permanecerão sobrestados.

Situação diferente ocorre quando tratamos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, em que o legislador, mais uma vez, acertou em estabelecer o prazo de 1 (um) ano para que o tribunal competente, estadual ou federal, julgue o incidente<sup>31</sup>. Se nesse lapso temporal não houver o exame do incidente, cessará a suspensão dos processos antes sobrestados, voltando a sofrerem os atos procedimentais normalmente; a não ser que o relator, através de decisão fundamentada, decida prorrogar o prazo<sup>32</sup>.

O prazo para análise do incidente coaduna com as principais matrizes principiológicas que serviram de inspiração para a elaboração do novo Código de Processo Civil. Destaca-se nessa temática a valorização da celeridade processual e a duração razoável do processo, que por consequência esbalda na segurança jurídica.

Por fim, o jurista Dierle Nunes (2015) afirma que o sistema de processamento do IRDR, espelhando-se no sistema alemão, também é trifásico. Sendo que a segunda fase é o meio no qual o relator visa colher o maior número de informações junto aos órgãos de origem cujo juízo tramita o processo *sub judice*. Dessa forma, tanto no IRDR como nos recursos repetitivos, o relator, visando realizar o mais completo exame da controvérsia de direito antes da formação da tese jurídica, poderá requisitar informações ao órgão de origem sobre o objeto do incidente ou recurso, bem como ouvirá as partes, e quem se julgar interessado<sup>33</sup>, além de outras diligências que entender necessárias para a elucidação da questão de direito controvertido<sup>34</sup>.

## 6 A UNIFORMIZAÇÃO DE CAUSAS REPETITIVAS NO DIREITO COMPARADO

Nesse mundo altamente globalizado, a cada dia que passa, Estados-nações constroem uma relação mais estreita e sólida com os seus pares, podemos presenciar a relação no campo da política, economia, comercial e jurídica. Sabemos da importância dessas relações para o desenvolvimento de uma nação.

Nesse diapasão, destaca-se, no campo jurídico, a importância da pesquisa jurídica comparatista. Estudar, para além dos muros, sistemas de ordenamentos jurídicos diversos e complexos, contribui para o afloramento de ideias, acarretando benefícios significativos para a evolução e aprimoramento interno (OVÍDIO, 1984, p.161).

---

30 RIBEIRO, Antônio de Pádua. Tribunal da cidadania: 20 anos! In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 20 anos. Brasília: STJ, 2009. p. 541-546.

31 Art. 980, CPC.

32 Art. 980, Parágrafo Único, CPC.

33 Os demais interessados são pessoas, órgãos e entidades que tenham alguma relação com o processo, sendo que a depender da decisão judicial, sofrerão certo impacto. O Código de Processo Civil visando a participação desses interessados ofereceu a oportunidade de sua manifestação, requerendo a juntada de documentos no prazo comum de 15 (quinze) dias.

34 Art. 983, CPC.

A lei 13.105/15, que entrou em vigor no mês de março do ano de 2016, é responsável por inserir no ordenamento jurídico o instituto denominado de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, objetivando-se desafogar o judiciário das demandas de massas.

Veja que o IRDR, na sua formação, bebeu em outras fontes, sendo fruto de várias pesquisas de ordenamentos jurídicos extramuros e estranhos. Desse modo, a sua adequação ao nosso emaranhado sistema jurídico acarretou certas adaptações.

A busca pela uniformização jurisprudencial estabelecida no Código de Processo Civil em vigor é uma bandeira levantada, a qual trará benefícios, a médio e longo prazo, principalmente quando tratarmos de segurança e isonomia jurídica.

Portanto, para além dos mecanismos de uniformização jurisprudencial pátrio, utilizando o instrumento do direito comparado, analisamos os ordenamentos jurídicos da Argentina e do México, sempre buscando identificar e analisar os mecanismos utilizados para que haja a uniformização jurisprudencial.

## 6.1 Argentina

A *Constitución de la nación argentina* adotou uma célere República de democracia representativa, em que os atos do governo devem estar assentados sobre a soberania popular. A Argentina figura como o segundo maior país da América do Sul em área territorial. E por ser uma federação, agrega 23 províncias e uma cidade autônoma, também denominada de capital - Buenos Aires.

A presidente em exercício no ano de 2013, Cristina Fernandez de Kirchner, divulgou e enviou ao Congresso Nacional um pacote de projetos de leis, intitulado *Democratizacion de la Justicia*.<sup>35</sup> O objetivo era uma reformulação do poder judiciário em 6 (seis) frentes, entre elas, a criação de câmaras de cassação, e conseqüentemente os recursos de cassação, inconstitucionalidade e revisão, além de suprimir o recurso de *inaplicabilidad de la ley*<sup>36</sup> previstas na legislação. A lei 26.853 foi publicada em diário oficial no mês de maio do ano vigente, causando profundos impactos no ordenamento jurídico, bem como debates acalorados entre os doutrinadores.

Em tempo anterior de vigência da lei 26.823, existia dois meios, em âmbito nacional, para estabelecer a uniformização jurisprudencial dentro das distintas *cámaras nacionales de apelacion*.<sup>37</sup> O Código de Processo Civil da nação argentina, previa a possibilidade do recurso de *inaplicabilidad de la ley*<sup>38</sup> para fins de uniformizar a jurisprudência; e também por iniciativa da própria *sala*<sup>38</sup> em requerer resolver a controvérsia diante de outra *sala* que esteja emitindo enunciados diversos, convocando os julgadores para uma sessão plenária.

O recurso de *inaplicabilidad de la ley*, tem leve semelhança com o instituto brasileiro dos recursos repetitivos especiais e extraordinários, pois há também a finalidade de evitar as sentenças contraditórias, bem como manter a uniformidade das câmaras de apelações argentinas na aplicação da lei, sempre em âmbito nacional. A tese definida, diante de julgamentos plenários, vincula todas as *salas* da referida *cámara*, tal como os juízes de primeira instância que nelas são submetidas.

Estamos diante de um recurso extraordinário (ROCHA, 2010, p. 105), portanto, exigem-se requisitos específicos para a sua admissibilidade. No caso, a lei e a jurisprudência assentaram que a decisão recorrida deva ter caráter definitivo e terminativo, bem como esteja em sentido contrário ao precedente firmado em outra sala nos últimos dez anos. O prazo para interpor o recurso era de 10 dias contados da notificação da sentença, devendo ser dirigida ao presidente da *sala* em que ocorrera a pronúncia da tese<sup>39</sup>.

---

35 Constituição da nação argentina - tradução livre.

36 Democratização da justiça - tradução livre

37 Inaplicabilidade da lei – tradução livre.

38 Cámara Nacional de Apelación – tradução livre. Seria um órgão revisor semelhante aos nossos Tribunais de Justiça.

39 Este recurso era regulado pelos arts. 288 a 303 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Outro meio para conseguir a uniformização jurisprudencial dependerá da iniciativa de qualquer das *salas* do órgão colegiado. Constando decisões contraditórias entre as *salas*, e existindo adesão da maioria absoluta dos juízes da *cámara*, a *sala* poderá requisitar ao presidente do tribunal que delibere sobre a convocação do plenário. O enunciado dessa reunião plenária torna-se obrigatório para a mesma *cámara* e aos demais juízes que tem nela um tribunal de revisão.

Frisa-se a semelhança da *inaplicabilidad de la ley* com o IRDR e os recursos repetitivos brasileiros, quando tratamos da suspensão dos pronunciamentos. Admitido o recurso de *inaplicabilidad*, ou a requisição por iniciativa de uma das *salas* para reunir-se em plenário, o presidente notificará as outras *salas* do tribunal para que possam sobrestar os processos que versem sobre idêntica questão de direito, a fim de esperar a tese ser definida pelo plenário.

O art. 303 da CPCCN, relatava que os juízes, apesar de serem obrigados a seguirem teses firmadas em plenário, poderiam deixar sua opinião pessoal na sentença que proferirem, mesmo que o posicionamento estivesse em sentido contrário. Alguns doutrinadores, minoria no cenário, sustentaram a inconstitucionalidade da obrigatoriedade dos “*fallos plenários*”, alegando que o judiciário assume o papel que cabia ao legislativo, além de tolher a independência dos juízes (FONT, p. 235).

Com a entrada em vigor da Lei 26.853 ocorreu modificação no sistema de uniformização jurisprudencial, como abordado acima, e estabeleceu-se nova redação para os artigos 288 a 301 do Código de Processo Civil argentino, culminando com a retirada do recurso de “*inaplicabilidad de la ley*”. A novidade apresentada figura-se na inserção dos recursos de cassação, inconstitucionalidade e revisão.

O recurso de cassação previsto nos art. 288 a 294 do CPCC da nação, somente poderá ser suscitado perante sentenças definitivas, ou equiparáveis, proferidas pela *cámara de apelación*<sup>40</sup>, sendo que a fundamentação para interposição deva se adequar a uma das causas estabelecidas pelo art. 289 do CPCC. Frisa-se a causa do inciso terceiro que demonstra a preocupação do legislador em unificar as decisões judiciais quando os fatos, fundamentos e pretensões substanciais forem conflitantes entre as *salas* da *cámara* de apelações.

A admissibilidade do recurso de cassação será analisada pela própria *cámara* de apelação. Sendo apropriada, a *cámara de casación* será notificada e o processo será remetido a uma de suas *salas*. A concessão do recurso suspenderá a execução da sentença proferida em segunda instância<sup>41</sup>.

Salienta-se que antes da entrada em vigor do projeto de lei 26.853 em Buenos Aires, existia a *Cámara de Casación Penal*. A nova lei, através do seu art. 14, cria mais 3 (três) *cámaras de casación federales*: *Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal*; *Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y de la Seguridad Social*; e *Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial*. Todas as câmaras de cassação estão localizadas na capital federal da Argentina<sup>42</sup>.

Por fim, a lei responsável por criar as *Cámaras Federales de Casación* derogou os artigos 302 e 303 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*<sup>43</sup> que estabeleciam a possibilidade do próprio tribunal se reunir para unificar sua jurisprudência, evitando-se as sentenças contraditórias, bem como a vinculação obrigatória das teses definidas em plenário para a mesma câmara e aos juízes de primeira instância.

## 6.2 México

*A ley organica del poder judicial de la federación*<sup>44</sup> estabeleceu que o Poder Judicial em âmbito

40 Remete-se às nossas câmaras ou turmas dos órgãos colegiados.

41 Art. 288 do CPCC

42 Art. 290 do CPCC

43 Art. 1 da lei 26.853/2013.

44 Com a derrogação dos 302 e 303 da CPCC estudiosos da área jurídica começaram a criticar a medida, alertando que na verdade criou-se uma instancia a mais para dificultar a chegada de casos à *Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Outro ponto versa sobre a obrigatoriedade dos “*fallos plenários*” que com a inserção da nova lei no cenário jurídico retirou essa obrigatoriedade.

federal ficaria a cargo da *Suprema Corte de Justicia de la Nación*<sup>45</sup>, consagrando-se o tribunal de maior magnitude, à qual compara-se com o Supremo Tribunal Federal brasileiro. A lei orgânica ainda definiu *o tribunal electoral, os tribunales colegiados e unitários de circuito, e os juzgados de distrito*.

Diferentemente do modelo argentino de uniformização jurisprudencial, não há previsão no sistema mexicano de um recurso específico para resolver controvérsias jurisprudenciais. Pois não houve a inserção no ordenamento mexicano das *cámaras de casación*, e muito menos do recurso de *casación*, porém observa-se que os tribunais superiores podem usar mecanismos para a integração jurisprudencial<sup>46</sup>.

A uniformização jurisprudencial será ditada, em matéria federal, pelo pleno da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* quando houver denúncias de contradições entre teses sustentadas pelas salas do mesmo tribunal; pelos tribunais de circuito, quando tratar de assuntos que, por razão da matéria, não sejam exclusivos de uma sala; e pelo Tribunal Eleitoral, quando houver teses controversas entre as salas, ou diante de enunciado da SCJ<sup>47</sup>.

Os órgãos judiciais federais integrados na forma colegiada, criam sua jurisprudência através de diversos sistemas de integrações: quando o tribunal dita no mínimo 5 acórdãos no mesmo sentido<sup>48</sup>; por uniformização de teses divergentes sustentadas pelos tribunais colegiados ou pelas salas do tribunal supremo<sup>49</sup>, e por último as resoluções derivadas de controvérsias constitucionais e ações de inconstitucionalidade<sup>50</sup>.

Ponto interessante versa sobre a possibilidade de os tribunais uniformizarem a jurisprudência e fazerem valer como vinculação obrigatória. À tese firmada por conta de controvérsia jurisprudencial na suprema corte, vinculam-se obrigatoriamente os órgãos que dela são inferiores, inclusive os tribunais administrativos e do trabalho, local e federal; Tribunais militares; e o judiciário comum dos Estados e do Distrito Federal, conforme determina os arts. 192 e 193 da lei de amparo. Desse modo, aplica-se a mesma sistemática ao tribunal de circuito e seus órgãos inferiores.

Por fim, ressalta-se que os tribunais superiores provenientes da justiça comum dos Estados, também possuem competência para dirimir conflitos quando decisões em sentidos opostos estejam sendo emitidas pelas salas do próprio tribunal. Uniformizando seu entendimento, vinculam-se as *salas* do próprio egrégio tribunal, bem como os juízes de instância inferior<sup>51</sup>.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei 13.105/15 que dispõe sobre o nosso atual Código de Processo Civil, a qual, seguindo a linha evolutiva do direito ocidental, no sentido de reconhecer força normativa e vinculante aos precedentes jurisprudenciais, modernizou a acepção do que entendíamos sobre precedentes judiciais.

Quando a emissão de uma decisão judicial, em geral, fornece regra jurídica universalizável que passa a ser utilizada como critério de decisão, tornando-se referência para os casos futuros, podemos dizer que há um precedente judicial oriundo da decisão ensejadora.

45 Suprema Corte de Justiça da Nação – tradução livre.

46 ACERVO DE LA BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. La jurisprudencia. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2460/4.pdf>>.

47 Arts. 10, inc. VIII, y 236 y 237 de la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

48 Art. 94, parag. Único, CPEUN; Art. 192, parag. Único e 193, parag. Segundo da Lei de Amparo.

49 Art. 107, inciso VIII, último parágrafo, e IX, da CPEUN; art. 197 e 197-A da Lei de Amparo.

50 Art. 105, inciso I e II, da Carta Magna; Art. 177 de la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

51 No Estado de Nuevo León o tribunal supremo é personificado pelo *Tribunal Superior de Justicia*, que prever competência para definir teses vinculativas de jurisprudência quando as *salas* do próprio tribunal estejam decidindo a mesma questão de direito de forma contraditória.

Porém, no sistema brasileiro, o Código de Processo Civil, em meio aos anseios da sociedade, e através dos institutos do IRDR e recursos repetitivos, marcaram o precedente a partir da publicidade das decisões judiciais atingidas por tais mecanismos, a qual vinculará as questões de direito semelhantes, no momento de sua emissão; ou seja, quando o IRDR é admitido pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, na verdade, estamos prestigiando a gestação de precedente judicial que virá ter força de fonte de direito.

Nesse ínterim, o Código de Processo Civil ainda ressaltou a importância de os tribunais manterem sua jurisprudência estável, coerente e integrada. Os três elementos previstos no art. 926 refletem a igualdade, em que os diversos casos terão igual consideração. Elimina-se as arbitrariedades interpretativas, fazendo da aplicação do direito um jogo limpo.

A uniformização jurisprudencial é importante para qualquer Estado Soberano, pois demonstra a valorização dos direitos fundamentais, no sentido de garantir mais igualdade e segurança jurídica. Podemos observar que a Argentina estabeleceu um método diferenciado para cuidar das questões de unificação jurisprudencial, instituindo tribunais próprios para a causa. Diferentemente, o modelo mexicano preferiu outorgar a responsabilidade da unificação aos próprios tribunais superiores já existentes.

O judiciário brasileiro há anos vem sendo soterrado de processos, demonstrando a sua necessidade de atualização. Os temas, geralmente, são semelhantes e exaustivos, acarretando na demora em resposta ao jurisdicionado, promovendo a perda da confiança, o fim da isonomia e insegurança jurídica. Portanto, as inovações processuais com vistas na adequação entre a dogmática jurídica à realidade do judiciário, tendem a lograr êxito, colaborando com o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito e a solução de conflitos.

## REFERÊNCIAS

ACERVO DE LA BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. La jurisprudencia. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2460/4.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

ALEMIDA, Arnaldo Quirino de. *Novo CPC define metodologia para cabimento da reclamação*. Consultor Jurídico. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-30/arnaldo-quirino-cpc-define-metodologia-reclamacao>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos*. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, nº 1077, 06 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4774-a-nova-tecnica-de-julgamento-dos-recursos-extraordinario-e-especial-repetitivos>. Acesso em: 21 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estimativas da população residente no Brasil e unidades da federação com data de referência em 1º de julho de 2016*. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas\\_de\\_Populacao/Estimativas\\_2016/estimativa\\_dou\\_2016\\_20160913.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Raphaele Costa. O incidente de resolução de demandas repetitivas: breve análise de sua estrutura e de seu papel na realidade processual brasileira. *Revista de Processo*. vol. 250. ano 40. São Paulo: Ed. RT, dez 2015, p. 291.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.18, n.36, p.114-132, dez. 2015. ISSN 2318-7999. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P2318-7999.2015v18n36p114/9079>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FONT, Miguel Angel. *Guia de estudio: Procesal (civil y comercial)*. Loyola: Estudio, 2013.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 257. ano 41. São Paulo, RT, jul. 2016, p.355-356.

LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247558>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1216.

MOUZALAS, Rinaldo; NETO, João Otávio Terceiro; MADRUGA, Eduardo. *Processo civil: Volume único*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: Volume único*. 8 ed. Salvador: JusPodim, 2016.

Nunes, Dierle. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 79, p.161, 1984. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O novo código de processo civil: cogitações sobre os principais aspectos positivos e negativos da estrutura técnico-sistemática do projeto aprovado no senado*. *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, vol. 1, n.1, p.50-51, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/964>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Tribunal da cidadania: 20 anos! In: *Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 20 anos*. Brasília: STJ, 2009, p.541-546. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24562>>. Acesso em: 3 out. 2011.

ROCHA, Felipe Borring. *O recurso de inaplicabilidad de la ley: panorama atual e análise comparativa com institutos do sistema legal brasileiro*. *Civil procedure review, Cidade*, v.1, n.3, p.103-155, set./dez. 2010. Disponível em: <[http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=142%3Ao-recurso-de-inaplicabilidad-de-la-ley-panorama-atual-e-analise-comparativa-com-institutos-do-sistema-legal-brasileiro&catid=55&Itemid=92&lang=en](http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=142%3Ao-recurso-de-inaplicabilidad-de-la-ley-panorama-atual-e-analise-comparativa-com-institutos-do-sistema-legal-brasileiro&catid=55&Itemid=92&lang=en)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

SENADO FEDERAL. *Comissão de juristas encarregada de elaborar anteprojeto do novo código de processo civil, instituída pelo ato nº 379, de 2009, do presidente do senado federal, de 30 de setembro de 2009*. Disponível em: <[https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a\\_e\\_2a\\_reuniao\\_para\\_grafica.pdf](https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_reuniao_para_grafica.pdf)>. Acesso em: 21 dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC*. Consultor jurídico, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; ABBUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro Da. (organizadores). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TALAMINI, Eduardo. *O que são os "precedentes vinculantes" no CPC/15*. Migalhas, [S.L], mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Incidente de resolução de demandas repetitivas: projeções em torno de sua eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, [S.L], v.16, p.211-239, jul./dez. 2015. Disponível em: <[www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19196](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19196)>. Acesso em: 29 dez. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Common Law e Civil Law. Aproximação. Papel da Jurisprudência e Precedentes Vinculantes no Novo Código de Processo Civil. Demandas Repetitivas. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n.71, p.5-18, mar./abr., 2016, p.10.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume I*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015.) In: BARROS, Jhonatta Braga; CORDEIRO, Luis Phillipe de Campos; CUNHA, Maurício Ferreira. A perspectiva do incidente de resolução de demandas repetitivas através do poder judiciário. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, Ano XX, n. 467, p.46, jul. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III. 47, ed. rev., atual. e ampl. Editora: Forense, Rio de Janeiro, 2016.

---

**Recebido em:** 01/09/2017

**Aprovado em:** 14/12/2018

**Como citar este artigo (ABNT):**

FERRI, Carlos Alberto; OKANO, André de Carvalho; WANZELER JUNIOR, Elias Moia. O Código de Processo Civil: a busca pela uniformização jurisprudencial e a formação de precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.36, p.30-47, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/01/DIR36-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO E TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS ESCOLARES

## MEDIATION AS AN INSTRUMENT FOR PACIFICING AND ADEQUATE TREATMENT OF SCHOOL CONFLICTS

Fabiana Marion Spengler<sup>1</sup>  
Silvio Erasmo Souza da Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** A maioria dos conflitos escolares ocorre no interior e nas imediações dos estabelecimentos de ensino, e, se não forem devidamente administrados, poderão se manifestar através da violência e tomar proporções perigosas, capazes de gerar consequências graves. Nesse sentido, busca o presente trabalho responder ao seguinte questionamento: A mediação escolar pode ser considerada uma ferramenta de pacificação e tratamento adequado de conflitos nas escolas? A principal hipótese para responder a este questionamento afirma que a mediação escolar pode ser considerada uma ferramenta capaz de tratar de forma adequada os conflitos escolares. Através do método hipotético dedutivo e de pesquisa doutrinária, conclui-se que a mediação escolar pode e deve ser usada como forma de pacificação e administração de conflitos escolares, evitando que pequenas divergências sejam capazes de se transformar em fatos gravosos e irreversíveis.

**Palavras-chave:** Conflito; mediação; escola.

**ABSTRACT:** Most school conflicts occur in and around educational establishments and, if not properly managed, may manifest through violence and take dangerous proportions, which can have serious consequences. In this sense, the present work seeks to answer the following question: Can school mediation be considered as a tool for pacification and adequate treatment of conflicts in schools? The main hypothesis to answer this questioning is that school mediation can be considered as a tool capable of dealing adequately with school conflicts. Through the hypothetical deductive method and doctrinal research, it is concluded that school mediation can and should be used as a form of pacification and administration of school conflicts, avoiding that small divergences are capable of turning into irreversible and costly facts.

**Keywords:** Conflict; mediation; school.

---

1 Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/RS). Professora dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/RS). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq. Coordenadora da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas (REDIHPP).

2 Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISC. Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhuera-UNIDERP. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza. Membro do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”.



## 1 INTRODUÇÃO

A violência escolar é recorrente em nossa sociedade, e ela vem aumentando assustadoramente. Isso tem causado uma grande preocupação no poder público e na comunidade em geral, pois geralmente, um conflito mal administrado no ambiente escolar tem grande possibilidade de se manifestar através da violência, e foi o que aconteceu no dia 20 de outubro de 2017, quando um adolescente de 14 anos matou a tiros dois colegas na escola Goyazes, na cidade de Goiânia.

Assim, é importante destacar que a violência escolar não é algo simples de resolver. Ela é bastante complexa, por causa da diversidade de alunos existentes hoje nas escolas, aliado ainda à desestruturação familiar ocorrida nos últimos anos. Muitas vezes o aluno vai para a escola com grande dificuldade de aceitar determinadas regras e resolver pequenos conflitos.

Por isso, é imperioso que os educadores estejam preparados para lidar com a diversidade existente no contexto escolar, a fim de tratar e administrar os conflitos lá ocorridos da melhor forma possível. Assim, evitar-se-á que pequenas divergências venham a se manifestar através da violência, tanto física ou psicológica.

Dada essa contextualização inicial, faz-se o seguinte questionamento: pode-se considerar a mediação escolar como uma ferramenta de pacificação e tratamento adequado de conflitos nas escolas? A principal hipótese para responder a esse questionamento afirma que a mediação escolar pode ser usada como forma de pacificação e administração de conflitos escolares. Como consequência, evita-se que pequenas divergências sejam capazes de se transformar em fatos graves e irreversíveis.

O Objetivo geral da presente pesquisa é analisar a mediação escolar como instrumento de tratamento adequado de conflitos escolares, através do método hipotético dedutivo e de pesquisa doutrinária. Para tanto, o primeiro item traz uma breve exposição sobre os tipos de conflitos existentes na comunidade escolar. Em seguida, são abordados os aspectos gerais da mediação. Por fim, caberá ao derradeiro item a análise acerca da importância da mediação escolar como forma de pacificação e administração de conflitos escolares.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONFLITO E SUAS MANIFESTAÇÕES NA COMUNIDADE ESCOLAR

Embora o conflito seja compreendido como um fenômeno inerente às relações sociais, os indivíduos nele envolvidos possuem uma grande dificuldade em considerá-lo como algo positivo, na medida em que se trata de um processo que certamente terá algum tipo de consequência emocional. Ainda, sob uma ótica legal, o conflito é resultado de uma violação da lei ou de uma desobediência a um padrão dentro de determinada sociedade, fato que lhe confere uma aversão social (FOLEY, 2010).

Georg Simmel (1983) entende que o conflito reproduz-se junto às relações sociais, ou seja, em todas aquelas produzidas no seio da sociedade. Ele é um fato da vida que existe quando as pessoas estão envolvidas em uma competição para atingir determinados objetivos. “Admite-se que o conflito produza ou modifique grupos de interesse, uniões, organizações. [...] O conflito está assim destinado a resolver dualismos divergentes” (SIMMEL 1983, p.122):

O conflito, sem dúvidas, é parte integrante da vida e da atividade social, seja contemporânea ou antiga.

Ainda no esforço de entendimento do conceito, podemos dizer que o conflito se origina da diferença de interesses, de desejos e de aspirações. Percebe-se que não existe aqui a noção estrita de erro e de acerto, mas de posições que são defendidas frente a outras, diferentes (CHRISPINO, 2007, p. 16).

Assim, percebe-se que o conflito é o confronto entre a vontade de uma pessoa com a vontade de outra, onde cada um quer que o outro ceda. Por isso, não tem como o indivíduo fugir de uma situação de conflito sem renunciar seus próprios direitos, pois é através do conflito que o indivíduo pode ser reconhecido pelos outros (MULLER, 1995).

De acordo com Simmel (1983) o conflito pode ser um elemento da socialização, embora, por si só, ele não a produza. Seu papel pode crescer a ponto de suprimir todos os elementos de convergência. Com o objetivo de definir os tipos de conflitos, Sales (2007, p.25-26), explica que é possível identificar os conflitos aparentes e os conflitos reais.

Os conflitos aparentes são aqueles falados, mas que não refletem o que verdadeiramente está causando angústia, insatisfação ou outro sentimento que provoque mal-estar [...]. O conflito real, por sua vez, é o verdadeiro motivo ou causa do conflito. Em muitas situações a dificuldade de se falar sobre o conflito real reside no fato de envolver sentimentos ou situações da vida íntima.

Com o propósito de compreender o conflito, verifica-se que é toda opinião divergente ou maneira diferente de ver ou interpretar algum acontecimento. A partir disso, todas as pessoas, justamente por viver em sociedade, possuem a experiência dos mais variados tipos de conflito. Desde os conflitos próprios da infância, e depois adolescência, ainda hoje, as pessoas continuam a conviver com o conflito interpessoal, podendo ser citados como exemplos, a briga de vizinhos, e conflitos familiares e escolares (CHRISPINO, 2007).

Além disso, o conflito não pode ser encarado somente de forma negativa, pois é impossível existir uma relação interpessoal plenamente consensual. É evidente que cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com tipos de experiências personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação, algum tipo de conflito sempre estará presente. Quando compreendemos que os conflitos são inevitáveis, somos capazes de desenvolver soluções auto compositivas. Entretanto, quando não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em algum tipo de violência (VASCONCELOS, 2008).

No entanto, para sabermos se o conflito se reflete como algo bom ou ruim para as pessoas, é preciso observar a forma de tratamento do conflito. Se ele for bem administrado, ou seja, se ocorrer o restabelecimento do diálogo de forma pacífica, ou se procurarem ajuda de um terceiro facilitador, que auxilie nessa conversa, será o conflito bem administrado e evitará que as pessoas venham a se agredir física ou moralmente. “Assim, não é o conflito que é ruim, pelo contrário, ele é necessário. A sua boa ou má administração é que resultará em desfecho positivo ou negativo” (SALES, 2007, p.24).

Assim, denota-se que os conflitos não são compreensíveis apenas do ponto de vista de sua resolução. Eles se encontram na origem de toda e qualquer atitude, porque conflito não pode ser reduzido a um problema carente de uma pendente solução. É preciso vislumbrar uma forma de crescimento em comum com a tarefa de administrá-lo, com um olhar para o futuro, a fim de restabelecer de forma consensual o diálogo (SPENGLER, 2012).

Nesse sentido, entende-se que o mais importante não é a resolução imediata do conflito, e sim, a forma como ele será administrado, levando em consideração não apenas o passado e o presente, mas também o futuro, a fim de evitar que o conflito se agrave.

Considerando o conflito como elo comunitário entre os conflitantes e olhando com atenção seus aspectos pré-humanos, percebe-se que como resultado do mesmo não poderá ser considerado a sua resolução e sim a sua assunção, o seu desenvolvimento e o seu tratamento. Em outras palavras, pode-se computar como resultado do conflito a responsabilização de todos os seus envolvidos pela condução de seu tratamento e não a perspectiva de sua superação (SPENGLER, 2012, p.114).

O conflito decorre de expectativas, valores e interesses divergentes nas relações sociais e interpessoais. Cada uma das partes conflitantes busca concentrar todo o raciocínio para reforçar e fundamentar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra pessoa, naquele momento adversa. Portanto, o conflito ou dissenso é, sem dúvidas, um fenômeno inerente às relações humanas, fruto de percepções e posições contrárias quanto a fatos e condutas sociais (VASCONCELOS, 2008).

No mesmo sentido, percebe-se que, sem o conflito, seria impossível ocorrer evolução nas relações sociais e provavelmente as sociedades estariam estagnadas em algum momento histórico. Caso não houvesse divergência entre as pessoas e/ou grupos, não existiria o progresso, e as situações de vida permaneceriam iguais (SALES, 2007).

Uma importante questão sobre o conflito é saber como o poder e as desigualdades geradas por ele podem ser transformados em avanços em termos de liberdade. Na prática, é muito difícil pensar em associação humana sem um elemento de dominação. Onde há sociedade, há poder (DAHRENDORF, 1992).

Assim, percebe-se que o conflito não é algo que deva ser encarado apenas de forma negativa, pois é impossível existir uma relação interpessoal plenamente consensual. Por mais carinho e afeto que exista em uma relação, alguma divergência sempre existirá.

Tradicionalmente se concebia o conflito como algo a ser suprimido, eliminado da vida social. E que a paz seria fruto da ausência de conflito, conquistado por pessoas ou sociedades que aprendam a lidar com o conflito. O conflito, quando bem conduzido, pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo (VASCONCELOS, 2008, p.20).

Dentro dessa ótica, percebe-se que o grande problema não é ter conflitos nas relações interpessoais, e sim não encontrar uma saída para tratá-lo e pacificá-lo adequadamente. Diante disso, Costa e Diehl (2015, p. 41) entendem que “a justiça não pode ser apresentada de forma imutável, mas sim, deve ser uma construção para a solução do impasse, uma escolha, sendo sempre caracterizada como um desafio para a comunidade”.

Do mesmo modo, entende-se que o conflito resulta da percepção de uma discordância de interesses, entretanto, não é um mal em si mesmo até porque são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. O conflito possui funções individuais e sociais importantes, proporcionando o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. Dessa forma, o importante não é aprender a evitá-lo ou eliminá-lo, e sim encontrar uma forma que favoreça a sua composição construtiva (CALMON, 2012).

Estar em conflito é apenas uma das possíveis formas de integração entre indivíduos, grupos, organizações e coletividade. Uma outra possível forma de integração é a cooperação. Assim, o conflito, além de ser uma forma social, pode ser classificado como um processo dinâmico nas relações interpessoais, onde existe o confronto de poder, em que o próprio confronto irá produzir uma transformação nas relações resultantes (SPENGLER, 2016).

Outro fator importante é a premissa de que o conflito é algo importante para a evolução do indivíduo e da coletividade. Deixa-se claro que as divergências são algo comum na vida de qualquer pessoa, fruto da convivência. Portanto, no momento de um impasse, esse conflito, se for bem administrado pode representar em transformação e desenvolvimento das relações sociais e interpessoais (SALES, 2007).

A busca do diálogo para a solução pacífica de determinado conflito necessariamente deve ser considerada como o ponto de partida e de extrema importância para a sua resolução, porque é a partir

do diálogo entre as próprias pessoas sobre seus direitos, que se faz possível constituir uma Justiça realmente cidadã. Nesse sentido, os acordos tendem a ser cumpridos, porque são as próprias partes envolvidas que decidem o que é para as partes (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2012).

Em síntese, o conflito é inevitável e saudável nas relações sociais. Entretanto, é muito importante que sejam encontrados meios autônomos para tratá-los, fugindo da ideia de que seja um fenômeno patológico e encarando a ideia de um evento normal. “Uma sociedade sem conflitos é estática” (SPENGLER, 2016, p.112).

A fim de resolver de forma adequada os mais diversos tipos de conflitos, a mediação surge como uma alternativa que vai além da simples resolução. Busca-se de maneira eficiente administrar da forma mais adequada possível os mais variados tipos de conflitos existentes na sociedade contemporânea, visando, principalmente, prevenir problemas mais graves ocasionados justamente pela má administração do conflito inicial.

### **3 ASPECTOS GERAIS DA MEDIAÇÃO**

Acreditar que a resolução de conflitos é tarefa única e exclusiva do Estado é no mínimo uma utopia, tendo em vista a grande demanda de interesses resultantes das relações, sejam sociais ou interpessoais.

Nesse sentido, Calmon (2013, p.19) destaca que:

A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflitos, na qual não somente se verifica uma enorme e interminável quantidade de conflitos, como, igualmente, o hábito predominante de atribuir ao Estado a responsabilidade de proporcionar sua solução.

Além disso, as pessoas geralmente atendem à regulação de forma espontânea, cumprindo com suas obrigações, mesmo diante das controvérsias sobre a aplicação da legislação. Diante da vontade de uma convivência pacífica e harmoniosa, procuram sempre elaborar soluções amigáveis, resolvendo com certa naturalidade suas relações (CALMON, 2013).

Dessa forma, é importante destacar que o enfrentamento dos problemas sociais contemporâneos não pode mais ser encarado efetivamente com ações governamentais, pois o envolvimento e a participação da comunidade é fator preponderante para a resolução e tratamento adequando dos mais diversos tipos de conflitos. Além disso, a comunidade cumpre melhor alguns tipos de tarefas e consegue pacificar determinados problemas com mais êxito do que o Estado (COSTA; DIEHL, 2015).

Nesse sentido, Sales (2007, p.23) explica que:

As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim, um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.

A resolução construtiva dos conflitos implica em compreendê-lo como algo natural e normal, simplificando a existência de divergências nas relações sociais e interpessoais, a fim de facilitar a sua resolução. “É a responsabilidade que se dá aos conflitos que os torna positivos ou negativos, construtivos ou destrutivos. A questão é como resolvê-los, se por meios violentos ou não violentos” (GUIMARÃES, 2004, p.2).

A melhor forma de comunicação é aquela que reconhece a necessidade do outro falar, pois muitas vezes o que uma pessoa precisa é de alguém que a escute com a devida atenção. Na maioria das vezes, as pessoas envolvidas em determinado conflito não precisam de conselhos (VASCONCELOS, 2008).

Por intermédio da mediação, buscam-se os pontos de convergência entre as pessoas envolvidas em determinado conflito, a fim de amenizar a discórdia e facilitar a comunicação que foi rompida. Muitas vezes, o ressentimento é tão grande que as pessoas não conseguem visualizar nada de bom no relacionamento. Dessa forma, a mediação procura estimular o diálogo entre os conflitantes (SALES, 2007).

Nesse contexto, a palavra mediação significa equilíbrio. Por isso, a importância de uma terceira pessoa que fica entre as duas partes, não acima delas, mas entre elas, com a finalidade de buscar uma solução que permita ser possível à continuidade das relações entre os envolvidos no conflito.

O fim da mediação é exatamente responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade, e encontrar, com o auxílio de um mediador, uma garantia de sucesso, aparando as arestas e divergências, compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atenda aos interesses das partes e conduza à paz social. Para chegar a esse fim, existem duas formas básicas de mediação: mandatária e voluntária. A mandatária é aquela que decorre de determinação legal ou da vontade previamente definida contratualmente pelas partes. Voluntária é aquela definida pelas partes. Em comum acordo quando a existência do impasse. Não pode ser imposta a nenhuma delas. (MORAIS; SPENGLER, 2012, p.183).

Muito importante ressaltar que a mediação estimula a resolução dos problemas através das próprias pessoas envolvidas, com o auxílio de um terceiro imparcial, possibilitando assim, a transformação da cultura do conflito em cultura do diálogo. A valorização das partes conflitantes é muito importante na mediação, uma vez que são elas os principais responsáveis pela resolução da divergência (SALES, 2007).

A mediação não considera as partes envolvidas como adversários, por isso pode ser considerada um procedimento democrático, na medida em que não procura atribuir a culpa a um ou outro. “A mediação como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar os conflitos e oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do Direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio” (SPENGLER, 2016, p.29).

Do mesmo modo, entende-se que a mediação é um mecanismo não adversarial em que uma terceira pessoa imparcial, que não possui poder sobre as partes, irá ajudá-las a encontrar, de forma cooperativa, uma solução pacífica e consensual.

O mediador induz as partes a identificar os pontos principais da controvérsia, a acomodar seus interesses aos da parte contrária, a explorar fórmulas de ajuste que transcendam o nível da disputa. (CALMON, 2013, p.181).

Na mediação, as partes não atuam como adversários, mas sim, como pessoas que possuem um objetivo em comum, que é a solução pacífica do conflito, contando com a colaboração do mediador. Assim é possível perceber que:

As mediações focadas na relação obtêm melhores resultados nos conflitos entre pessoas que mantêm relações permanentes ou continuadas. A sua natureza transformativa supõe uma mudança de atitude em relação ao conflito. Em vez de se acompanhar a contradição para a obtenção de um acordo, busca-se capacitar os mediados em suas narrativas, identificar as expectativas, os reais interesses, necessidades, construir o reconhecimento, verificar as opções e levantar os dados de realidade, com vistas, primeiramente, à transformação do conflito ou restauração da relação e, só depois, à construção de algum acordo (VASCONCELOS, 2008, p.37).

Para que haja uma mediação, as partes conflitantes, com o auxílio de um terceiro imparcial, precisam necessariamente restabelecer o diálogo que foi rompido, pois trata-se de um mecanismo de auto-composição com a finalidade precípua de proporcionar aos envolvidos alcançar de forma voluntária e

consensual uma solução mutuamente aceitável. “A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado” (CALMON, 2013, p.180).

A solução para a pacificação dos conflitos, por meio da facilitação do diálogo, configura-se no objetivo mais evidente da mediação, tendo em vista que, na maioria das vezes, o restabelecimento do diálogo será o caminho para alcançar essa solução. Entre os princípios da mediação, destacam-se os seguintes: liberdade das partes, não-competitividade, poder de decisão das partes, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade do processo, confidencialidade no processo (SALES, 2007).

Quando um terceiro imparcial atua e intervém num conflito, buscando restabelecer o diálogo, estará contribuindo para a disseminação da cultura da paz e a solução consensual e adequada do conflito. Para Warat (2010, p.39),

O mediador deve ajudar as pessoas a redescobrir a comunidade, a reencontrar-se com a paixão de estar-em-comum. A modernidade nos impôs a necessidade de fazer tudo sozinhos. Agora é preciso que alguém nos ajude a aprender a fazer tudo em comum.

Na mediação, é necessário utilizar a comunicação não violenta (cnv), proposta por Rosenberger (2006, p.21), a qual “se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas”. Dessa forma, esse tipo de comunicação nos auxilia na forma de nos expressarmos e também na forma de ouvir os outros na medida em que demonstramos nossa forma respeitosa e empática de lidar com as pessoas que estão à nossa volta.

Nesse sentido, Rosenberger (2006, p. 22-23) explica:

Embora eu me refira à cnv como “processo de comunicação” ou “linguagem da compaixão”, ela é mais que o processo ou linguagem. Num nível mais profundo, ela é um lembrete permanente para mantermos nossa atenção concentrada lá onde é mais provável acharmos o que procuramos.

Uma técnica muito importante utilizada na mediação e que possui forte semelhança com a cnv é a escuta ativa. Sua importância se dá em razão de que todos nós temos uma grande necessidade de sermos ouvidos e saber que os outros se importam com o que falamos. “As pessoas precisam dizer o que sentem. Ouvir bem é uma habilidade importante que pode ser utilizada num diálogo difícil” (SPENGLER, 2012, p.241).

A escuta ativa é utilizada quando uma pessoa se comunica com outra através de uma compreensão mais profunda e preocupada. Principalmente, deve-se ouvir de forma adequada, através da empatia, que é muito importante nesses casos. Fundamental também é entender tanto as mensagens verbais como as não verbais, como no caso da postura corporal daquele com quem se está falando, pois somente assim será possível perceber informações ocultas contidas na comunicação (VASCONCELOS, 2008).

É indispensável salientar a importância em saber interpretar também a comunicação não verbal, pois muitas vezes um simples olhar ou até mesmo um gesto pode expressar algum tipo de sentimento. Dessa forma, o mediador, além de saber escutar as pessoas, deve saber compreender e ganhar a confiança das partes, pois somente assim elas ficarão à vontade para manifestar suas ansiedades e seus problemas, os quais deram origem ao conflito.

Nesse sentido, percebe-se que a empatia é muito importante para estabelecer ou restabelecer o diálogo que foi rompido entre pessoas envolvidas em um conflito. Nesse sentido, Rosenberg (2006, p. 82) explica que:

Os diversos conflitos podem ser evitados quando realmente estamos claros sobre o que nós necessitamos; porém, muitas vezes não temos de forma clara quais são as nossas necessidades. É essencial ao facilitador detectar quais as necessidades das pessoas, o que elas estão querendo e quais expectativas ou esperanças que não foram atendidas.

Com relação à violência escolar, percebe-se ela vem aumentando gradativamente, justamente pela dificuldade de lidar com alguns conflitos que, os quais, se mal administrados, acabam se manifestando através da violência. Dessa forma, é necessário incentivar o processo de mediação escolar como alternativa de resolução e tratamento adequado de conflitos escolares, a fim de evitar que saiam do controle e tomem proporções gravosas, capazes de transformar uma pequena divergência em um fato de natureza grave e irreversível para a comunidade em geral.

#### **4 A MEDIAÇÃO ESCOLAR COMO FORMA DE PACIFICAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS ESCOLARES**

Como a escola historicamente está acostumada a lidar com determinado padrão de aluno, ela apresenta as regras e exige que sejam cumpridas. No entanto, quanto mais diversificado for o perfil dos alunos, e é exatamente isso que está ocorrendo, maior será a possibilidade do desencadeamento de conflitos no contexto escolar, e menor a capacidade de resolver todas as divergências.

Um exemplo claro da dificuldade que temos para lidar com os conflitos escolares é a incapacidade de identificá-los. Às vezes, só percebemos o conflito quando este produz suas manifestações de forma violenta. Os conflitos escolares são aqueles que resultam de ações próprias dos sistemas escolares ou oriundos das relações que envolvem os atores da comunidade educacional mais ampla (CHRISPINO, 2007). “Professores e alunos dão valores diferentes à mesma ação e reagem diferentemente ao mesmo ato: isso é conflito” (CHRISPINO, 2007, p.17).

Nesse sentido, é importante ressaltar que a Resolução 125 do CNJ e a Emenda 02 de 2016 trouxeram a possibilidade da mediação ser realizada nas escolas, em que pese haver algumas divergências com relação a participação de alunos no processo de mediação, entretanto, a finalidade dessa política pública é a solução autocompositiva dos conflitos através da cultura da paz

Normalmente, nas escolas, somente percebemos o conflito quando ele já se manifestou através da violência. Entretanto, é muito provável que ele já existia antes em razão de alguma divergência, mas devido a falta de habilidades não foi possível identificá-lo na sua origem. Um dos grandes problemas é que, quando o conflito é percebido, a tendência é de coibir de imediato a sua manifestação violenta, o que não deixa de estar correto, porém, não podemos esquecer que conflitos mal resolvidos tendem a se repetir e às vezes com maior intensidade. (CHRISPINO; CHRISPINO, 2011).

Assim sendo, podemos esperar que, pela diferença de opiniões em um ambiente escolar, é normal que o conflito ocorra. Às vezes um conflito pode ser criado pela diferença de conceito ou pelo valor diferente que se dá ao mesmo ato. “Quanto mais diversificado for o perfil dos alunos (e dos professores), maior será a possibilidade de conflito ou de diferença de opinião.” (CHRISPINO, 2007, p.17).

Diante dessa situação, a mediação escolar, por intermédio do diálogo, possibilita que todos os membros desta comunidade possam conjuntamente encontrar soluções pacíficas para os mais variados tipos de conflitos. “A mediação escolar se caracteriza por possibilitar, dentro da escola, a educação em valores, a educação para a paz e uma nova visão acerca dos conflitos” (SALES, 2007, p.187).

Do mesmo modo, percebe-se que aprender a gerenciar e resolver os conflitos através da mediação contribui muito para desenvolver a capacidade de tomar decisões, de comunicar-se de forma positiva e eficaz, além de auxiliar a estabelecer e manter relações interpessoais. “O processo de transformação dos litígios proporciona aos alunos um conjunto de aptidões para que possam enfrentar de forma positiva e eficaz no futuro, as situações e desafios da vida cotidiana.” (MORGADO; OLIVEIRA, 2009, p.53).

A mediação no ambiente escolar proporciona que os alunos se tornem conscientes da importância das regras de convivência, mediante o reconhecimento da possibilidade de existirem outros motivos diversos. Esse processo tem como finalidade oferecer um relacionamento construtivo e responsável de gestão e tratamento adequado dos conflitos, que permita obter, mediante o diálogo, algumas situações cooperativas e não violentas (CALMON, 2013).

Da mesma forma, nota-se que a mediação no contexto escolar tem como fundamento a convicção de que somos capazes de adquirir competências, além de desenvolver habilidades para a gestão e resolução de conflitos de forma positiva e criativa, principalmente através do diálogo.

[...] desenvolver uma cultura de mediação na escola implica a formação para a democracia, a educação para a paz e os direitos humanos, a prevenção da violência e a criação de um clima pacífico e saudável que favoreça uma boa convivência escolar. (MORGADO; OLIVEIRA, 2009, p. 53).

Para Lília Maia de Moraes Sales (2007, p.187), “a mediação escolar se caracteriza por possibilitar, dentro da escola, a educação em valores, a educação para a paz e uma visão acerca dos conflitos”. Assim, pode-se perceber que, através da mediação, ter-se-á uma maior participação dos estudantes. Dessa forma, possibilita-se que eles mesmos possam, de forma democrática, lidar com seus próprios conflitos e resolvê-los da maneira mais adequada possível, tornando-se pessoas capazes de se comunicar entre si e ainda de prevenir novos conflitos (SALES, 2007).

No entanto, para que haja a transformação do conflito no contexto escolar através da mediação, é necessário haver alteração de comportamentos, com o desenvolvimento de capacidades e habilidades para a gestão e resolução de conflitos. Nesse sentido, o sucesso da mediação escolar depende do envolvimento de todos os atores. Pois de nada adiantará, se os alunos forem sensibilizados e preparados para uma cultura de paz e de pacificação dos conflitos, se o discurso de educadores for incoerente com sua postura (MORGADO; OLIVEIRA, 2009).

Com relação à importância do diálogo na busca de uma solução pacífica e consensual de um conflito, Marcelo Rezende Guimarães (2004, p.3) explica que

Quando a palavra não é possível, a violência se afirma e a condição humana é negada. Neste sentido, a reversão e a alternativa à violência passam pelo resgate e devolução do direito à palavra, pela oportunidade de expressão das necessidades e reivindicações dos sujeitos, pela criação de espaços coletivos de discussão, pela sadia busca do dissenso e da diferença, enfim, pela mudança das relações educacionais, ainda estruturadas no mandar e obedecer, para uma forma mais democrática e dialógica.

Dessa forma, entre os objetivos da mediação escolar, destaca-se a possibilidade de oferecer aos alunos envolvidos em uma situação conflituosa dentro da escola uma alternativa de solução sem violência, baseada no respeito ao próximo. Também é incentivada a prática da escuta ativa e ensinada a construção de sistemas cooperativos de gestão de conflitos (CALMON, 2013).

Assim, para desenvolver uma cultura de mediação na escola, necessariamente implica a formação para a democracia, a educação para a paz e os direitos humanos. Também é necessário existir um trabalho de prevenção da violência, possibilitando um clima pacífico e saudável que favoreça uma boa convivência escolar. Este processo de transformação e resolução de conflitos proporciona aos alunos um conjunto de habilidades para que possam, em conjunto, enfrentar de forma positiva e eficaz, no futuro, as situações e desafios da vida quotidiana (MORGADO; OLIVEIRA, 2009).

Assim sendo, percebe-se que o primeiro ponto para a introdução da mediação de conflito em uma comunidade do universo escolar é assumir que existem conflitos e que estes devem ser superados, a fim de que a escola cumpra melhor as suas reais finalidades. Entretanto, existem dois tipos de escola: aquela que assume a existência de conflito e procura transformar em oportunidade de



solução, e aquela que nega a existência do conflito e, com certeza, terá que lidar com a manifestação do conflito, através da violência escolar (CHRISPINO, 2007).

A regulação da disciplina é uma maneira de garantir o cumprimento de regras previamente estabelecidas. Entretanto, mesmo sendo necessária a disciplina no interior de uma escola, às vezes a forma de imposição tende a reduzir os espaços do diálogo, o que pode inviabilizar os canais de comunicação tão importantes para o atendimento das necessidades individuais dos alunos. Nesse sentido, se antes a escola não precisava se preocupar com o processo de comunicação, pelo fato de haver uma certa homogeneidade entre os alunos, hoje a escola tem a necessidade de aprimoramento dos modos e dinâmicas de comunicação, justamente pelo fato da grande diversidade existente entre os alunos (CHRISPINO; CHRISPINO, 2011).

Para resolver os conflitos instalados na comunidade escolar é necessário então, que todos os envolvidos no processo educacional tenham conhecimento sobre as técnicas de resolução e tratamento de conflitos. Por isso, a grande vantagem da mediação de conflitos nas escolas permite restabelecer o diálogo e evitar que pequenas divergências possam acarretar em consequências gravosas em face da má administração de um conflito.

## 5 CONCLUSÃO

Ao final do presente artigo foi possível concluir que a mediação escolar pode e deve ser usada nas escolas como forma de pacificação, administração e tratamento adequado de conflitos. Com isso, objetiva-se evitar que pequenas divergências sejam capazes de se transformar em fatos gravosos e irreversíveis.

Para que isso ocorra, em primeiro lugar é necessário que todos os atores da comunidade escolar estejam conscientes da responsabilidade de cada um, pois todos devem resolver os conflitos através do diálogo, de forma positiva, a fim de evitar que pequenas divergências mal administradas se manifestem através da violência.

Assim, percebe-se que a resolução dos conflitos escolares através da mediação vai implicar com toda certeza na formação da democracia, na educação para a paz e no respeito aos direitos humanos, buscando criar um clima pacífico, saudável e harmonioso entre todos que fazem parte da comunidade escolar.

Entende-se dessa forma que a resposta dada à situação-problema deste artigo não é a única capaz de oferecer a solução pretendida. Contudo, depois de concluído o estudo, percebe-se que todos os objetivos propostos nesse trabalho foram plenamente atingidos. Assim, a mediação escolar pode ser uma alternativa para minimizar a violência escolar que muito preocupa o poder público e a comunidade em geral, pois geralmente, quando a violência se manifesta e traz consequências nefastas, é porque o conflito não foi devidamente tratado, ou ainda pior, não foi sequer percebido.

## REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CALMOM, Petronio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação* - 2ª ed. Brasília. DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CHRISPINO, Álvaro. *Gestão do conflito escolar: da classificação dos conflitos aos modelos de mediação*. Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v. 15, n. 54, p. 11-28, jan./mar. 2007.

CHRISPINO, A; CHRISPINO, R.S.P. *A mediação do Conflito Escolar*. São Paulo: Biruta, 2011.

COSTA, Marli M. Moraes da, DIEHL, Rodrigo Cristiano. *O papel da comunidade na pacificação de conflitos*. Curitiba: Multideia, 2015.

DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno. Um ensaio sobre a política da liberdade*. Tradução Renato Aguiar e Marco Antonio Esteves da Rocha. São Paulo: Jorge Zahar; Edusp. 1992.

MORGADO, Catarina; OLIVEIRA, Isabel. *Mediação em contexto escolar: transformar o conflito em oportunidade*. Revista Exedra Journal, Coimbra, p.43-56, 2009. Disponível em <<http://www.exendrajournal.com/docs/01/43-56>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

MULLER, Jean Marie. *O princípio da não violência: Percurso Filosófico*. Tradução de Maria Fernanda, Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ROSENBERGER, Marshall B. *Comunicação não-violenta, Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Ágora, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de Conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Ed. Unijui, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. *Mediação enquanto política pública [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. *As múltiplas portas do conflito e as políticas públicas para o seu tratamento / [Recurso eletrônico]*. Curitiba: Multideia, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Tradução Vivian Alves de Assis, Julio César Marcelino e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. V.1.

---

**Recebido em:** 20/05/2018

**Aprovado em:** 20/12/2018

### **Como citar este artigo (ABNT):**

SPENGLER, Fabiana Marion; SILVA, Silvio Erasmo Souza da. A mediação como instrumento de pacificação e tratamento adequado dos conflitos escolares. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.36, p.48-58, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/01/DIR36-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA A PARTIR DO PENSAMENTO DE IMMANUEL KANT

## THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AS A FOUNDATION OF RESTORATIVE JUSTICE OF THE THOUGHT OF IMMANUEL KANT

Carla Bertoncini <sup>1</sup>  
Eluane de Lima Corrales <sup>2</sup>

**RESUMO:** Na atual sistemática apresentada pela justiça comum brasileira, observa-se que vítima e ofensor recebem um tratamento meramente formal por parte do Estado, não tendo suas necessidades psicológicas e emocionais atendidas, sendo tratadas apenas como objetos do sistema jurídico e não como pessoas que possuem razão e sentimentos. Nesse sentido, o presente artigo busca a resposta do seguinte questionamento: o que pode ser feito para que vítimas e ofensores possuam suas dignidades respeitadas no atual processo penal? A principal hipótese para a resolução de tal questionamento afirma que conforme a concepção Kantiana de Dignidade da Pessoa Humana, a Justiça Restaurativa poderia ser utilizada como um método alternativo ou complementar de resoluções de conflitos para que tal dignidade possa ser alcançada. Através dos métodos de pesquisa indutivo e qualitativo, com método de procedimento bibliográfico, conclui-se que as práticas restaurativas são essenciais para que a dignidade da pessoa humana seja realmente alcançada em resoluções de conflitos.

**Palavras-chave:** Justiça restaurativa; princípio; dignidade da pessoa humana; Immanuel Kant; punição.

**ABSTRACT:** In the current systematics presented by the Brazilian common justice, it is observed that the victim and offender receive a purely formal treatment by the State, not having their psychological and emotional needs met, being treated only as objects of the legal system and not as persons who are right and feelings. In this sense, the present article seeks to answer the following question: what can be done so that victims and offenders have their dignities respected in the current criminal process? The main hypothesis for solving this questioning is that according to the Kantian conception of Human Dignity, Restorative Justice could be used as an alternative or complementary method of conflict resolution so that such dignity can be achieved. Through the methods of inductive and qualitative research, with method of bibliographical procedure, it is concluded that restorative practices are essential so that the dignity of the human person is actually reached in resolutions of conflicts.

**Keywords:** Restorative justice; principle; dignity of human person; Immanuel Kant; punishment.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Professora adjunta do curso de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado) e do curso de graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora de Direito Civil das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO/SP).  
<sup>2</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduanda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

No atual cenário da justiça penal brasileira, observa-se que as penas impostas aos transgressores da lei são verdadeiras evoluções dos antigos castigos, presentes desde os primórdios da humanidade. O caráter vingativo da pena fica apenas mascarado pela legalidade que envolve todo o sistema penal. Através dessa sistemática, todos os envolvidos na lide possuem o papel de meros objetos do processo, não possuindo nenhuma prerrogativa acerca de seus sentimentos e necessidades psicológicas.

A partir de tais premissas, faz-se o seguinte questionamento: o que pode ser feito para que vítimas e ofensores possuam suas dignidades respeitadas no atual processo penal? A principal hipótese para a resolução de tal questionamento afirma que conforme a concepção Kantiana de Dignidade da Pessoa Humana, a Justiça Restaurativa poderia ser utilizada como um método alternativo ou complementar de resoluções de conflitos para que tal dignidade possa ser alcançada. O Objetivo geral da presente pesquisa é a análise da Dignidade da Pessoa Humana como princípio da Justiça Restaurativa, através da apresentação da construção histórica de seus variados sentidos, com enfoque na concepção do Filósofo Immanuel Kant.

O artigo apresenta-se sob os métodos de abordagem indutivo e qualitativo, com método de procedimento bibliográfico. Para tanto, inicialmente, foi realizada uma análise da evolução histórica dos conceitos de dignidade humana, com o enfoque na concepção do filósofo Immanuel Kant. Em seguida, foi realizado um paralelo entre as principais características da concepção Kantiana da Dignidade da Pessoa Humana e os fundamentos da Justiça Restaurativa, bem como a análise se tal modelo de resolução de conflitos oferece dignidade à vítima e ao ofensor.

## 2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: HISTÓRICO E CONCEITOS

A dignidade da pessoa humana possui extrema importância na seara constitucional além de ser alicerce e base fundante dos direitos fundamentais. É elencada no Título I, artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, no qual integra os fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito, sendo um de seus princípios fundamentais, estando ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político.

Nesse contexto, pode-se ressaltar que “a partir dessas premissas, vislumbra-se que a dignidade resta concebida como atributo intrínseco a qualquer pessoa humana, motivo pelo qual foi enquadrada como princípio constitucional absoluto na maioria das Constituições modernas [...]” (MAZZUTTI, 2012, p.38). Na mesma linha, “tal elemento é um dos princípios mais importantes de Direito e funciona como viga mestra ao ordenamento jurídico contemporâneo” (BIANCHINI, 2012, p.71), sendo que todos os outros princípios, direitos e garantias fundamentais existentes são nele pautados.

Ademais, a dignidade, também, é expressa em diversos documentos internacionais. Como exemplo pode-se citar a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, a qual já fazia menção à dignidade, em seu artigo 1º, ao declarar que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Na seara internacional, existem diversos tratados e declarações existentes que fazem menção a este importante princípio<sup>1</sup>.

Ademais, o constituinte, ao elencar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos

1 Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção de Direitos da Criança (1989), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), e a Carta Árabe de Direitos Humanos (2004), entre outros (BARROSO, 2014, p.29-30).

da República Federativa do Brasil, proporcionou a este princípio um caráter multidimensional, não apresentando a forma de mero direito subjetivo, mas, sim, condição de existência para todos os direitos fundamentais, os quais guardam íntima relação com a vida humana (VIEIRA, 2006, p. 63).

Dessa maneira, partindo das premissas analisadas a posteriori, pode-se concluir que “a dignidade da pessoa humana consolida-se como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito” (GARCIA JÚNIOR, 2017, p.142). Neste sentido, cabe ao Estado a oferta de condições mínimas para a existência humana, proporcionando a todos a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (MAZZUTTI, 2012, p.38). Ressalta-se ainda que, em um Estado Democrático de Direito, a dignidade humana deve ser vista como um direito inerente à humanidade, devendo sempre ser um objetivo a ser alcançado.

Dessa forma, para que o amplo sentido de dignidade da pessoa humana seja alcançado, faz-se necessário resgatar o contexto histórico em que tal princípio passou a existir, tornando-se integrante do âmbito jurídico. Pode-se dizer que a Dignidade da Pessoa Humana possui raízes, ainda, no pensamento clássico e nos ideais pautados no Cristianismo. Tal premissa não pode ser comprovada, porém possui fundamento no fato de existirem trechos Bíblicos no Novo e no Antigo Testamentos, nos quais o ser humano é descrito como sendo a imagem e a semelhança de Deus e, por este fato, não pode ser visto ou transformado em objeto ou em um simples instrumento (SARLET, 2006, p. 29).

No que tange ao pensamento desenvolvido na Antiguidade Clássica, não eram todos os homens que possuíam dignidade. Conforme o pensamento filosófico e político da época, a dignidade era medida conforme a classe social de cada indivíduo, podendo ser quantificada ou medida.

Durante a Idade Média, essa concepção de dignidade da pessoa humana também foi sustentada. Tal linha de pensamento iniciou-se na Roma antiga, passou pela Idade Média e foi sustentada até o surgimento do Estado Liberal. Durante todas essas fases históricas, o conceito de dignidade – *dignitas* – era associado às condições sociais dos indivíduos, bem como ao destaque proporcionado a certas instituições (BARROSO, 2014, p.13).

Tal posicionamento mudou com o advento do estoicismo, no qual a dignidade era tida como uma qualidade intrínseca do ser humano, fato este que o diferenciava das demais criaturas, estando também ligada à noção de liberdade pessoal e igualdade dos indivíduos (SARLET, 2006, p.30).

Porém, o citado autor faz uma ressalva quanto à evolução histórica de tal princípio ao observar que o atual significado dado à dignidade da pessoa humana não poderia ser originário de um pensamento romano pautado na hierarquização e segregação de indivíduos. Ressalta, ainda, que os atuais conceitos empregados a tal princípio são provenientes de influências religiosas e filosóficas que ocorreram simultaneamente ao contexto histórico romano.

Tais influências religiosas e filosóficas levaram à construção de uma concepção que fundamentava a dignidade da pessoa humana no fato do homem ser feito à imagem e semelhança de Deus, bem como em possuir a capacidade de tomar suas próprias decisões. A respeito do aspecto religioso, tem-se por ponto de partida o monoteísmo hebraico, no qual os pensamentos mais relevantes a respeito da dignidade humana eram encontrados na Bíblia Judaica. Tais pensamentos seriam, posteriormente, repetidos no Novo Testamento Cristão (BARROSO, 2014, p. 15).

Porém, há que se ressaltar que muitos ideais defendidos pelo Cristianismo, como premissas de amor ao próximo, igualdade e solidariedade, nem sempre foram respeitados por esse segmento religioso, conforme lembrado pelos registros históricos, como nos casos das perseguições e dos cruéis castigos proporcionados aos hereges.

Como observado, durante toda a Idade Média, a concepção de dignidade humana esteve pautada nos ideários religiosos. Já, no período renascentista, Giovanni Picco dela Mirandola destacou-se por afirmar que “sendo criatura de Deus, ao Homem [...] foi outorgada uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado da capacidade de ser e obter aquilo que

ele próprio quer e deseja” (SARLET, 2006, p. 32).

Em 1486, Giovanni Picco dela Mirandola, afasta a *ratio philosophica* da subordinação até então existente à *ratio theologica*. Tais pensamentos do “Conde de Mirandola”, foram responsáveis pela proibição da circulação de suas teses, uma vez que a Inquisição as considerou como heréticas (BARROSO, 2014, p. 17).

Fica claro, portanto, o caráter racional que o princípio da dignidade da pessoa humana começa a obter com o alvorecer do Renascentismo. Porém, é com o jusnaturalismo que tal concepção fica totalmente desvinculada dos ideários cristãos. Nesse período, destacam-se os pensamentos de Samuel Pufendorf e Immanuel Kant.

Conforme descrito por Luís Roberto Barroso (2014, p. 17), o filósofo alemão Samuel Pufendorf foi “um precursor do Iluminismo e um pioneiro na concepção secular de dignidade humana, a qual ele fundou sobre a liberdade moral”. Com o alvorecer do Iluminismo, o nome que ganhou destaque em relação às análises realizadas acerca da dignidade humana foi o de Immanuel Kant.

Para Kant, no reino dos fins, tudo possui um preço ou uma dignidade. O filósofo afirmava que quando uma coisa está acima de todo o preço, sendo insubstituível, possuiria então dignidade. Dessa forma, coisas possuem preço, já pessoas, possuem um valor absoluto, chamado dignidade. Destarte, cada pessoa deve ser vista como sendo um fim em si mesma, detentora de dignidade, e não como coisas, as quais são utilizadas discricionariamente (BARROSO, 2014, p. 17).

Com seu Imperativo Categórico, o qual consiste em “uma ação que é boa em si mesma, independentemente do fato de servir a determinado fim” (BARROSO, 2014, p. 71), tratou o princípio da dignidade tendo em vista duas perspectivas: a substantiva e a formal. Oscar Vilhena Vieira explica esses posicionamentos através do olhar Kantiano. Sob o aspecto substantivo, a dignidade é pautada no fato de que o homem deve ser visto enquanto fim em si mesmo. Dessa forma, sob essa ótica, o homem nunca pode ser tratado como um meio, sendo visto, apenas, como um objeto ou servindo para a simples concretização de outros objetivos.

Já pela visão formal, Kant remete a dignidade da pessoa humana ao fato das pessoas terem como dever se tratarem com imparcialidade e respeito. Tal fato dá-se pela estreita relação com o aspecto substantivo, uma vez que, sendo um fim em si, todos os indivíduos devem ser mutuamente respeitados (VIEIRA, 2006, p. 67).

Conforme o pensamento Kantiano, a dignidade humana está ligada à capacidade de agir pela razão, não permitindo que atitudes sejam tomadas pautadas apenas em emoções (VIEIRA, 2006, p.65-66). Para Kant, a dignidade da pessoa humana é encontrada apenas nos seres racionais, ou seja, somente naqueles que possuem capacidade de autodeterminação:

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana (SARLET, 2006. p. 33).

Sobre tal vertente, há uma crítica ao pensamento de Kant, no sentido de que tal ideário racional, acerca da abrangência da dignidade, é muito antropocentrista, sendo o homem o único indivíduo a retê-la, ficando assim, em uma posição de superioridade sobre os demais seres vivos que habitam nosso planeta.

Porém, na atualidade, tal pensamento é alvo de inúmeras teses e constitui um desafio a todos que defendem que a dignidade não é um atributo apenas dos seres dotados de racionalidade, mas, sim, de todos aqueles seres que possuem vida. Fato é que, “de qualquer modo, incensurável, isto sim [...] é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano” (SARLET, 2006, p. 35).

Porém, no atual cenário brasileiro, vem ocorrendo a constante banalização dos diversos sentidos que podem ser atribuídos à dignidade humana, os quais estão sendo utilizados indiscriminadamente, como justificativa para diversos questionamentos.

Nesse sentido, em decorrência do constante uso do argumento da dignidade da pessoa humana de forma metodologicamente indisciplinada e jurídico-dogmaticamente incorreta, o maior problema e risco é que um dos valores mais importantes e positivados pelo constituinte brasileiro seja grandemente desvalorizado e até mesmo bagatelizado (MARTINS; DIMOULIS, 2014, p.77).

Além disso, muitos autores fazem a distinção entre a dignidade humana e o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme apresentado por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 374):

É também nesta perspectiva que há, de fato, como traçar uma distinção entre dignidade humana (aqui no sentido da dignidade reconhecida a todos os seres humanos, independentemente de sua condição pessoal, concreta) e dignidade da pessoa humana, concretamente considerada, no contexto de seu desenvolvimento social e moral.

Cumpra, aqui, ressaltar que os princípios jurídicos possuem significado diverso das regras, as quais podem ser subsumidas a situações fáticas pré-determinadas. Os princípios dependem, acima de tudo, serem concretizados. Contudo, é necessário realizar uma diferenciação dos graus de concretização dos princípios, sendo que, “no grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma ideia jurídica geral, pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor” (LARENZ, 1997, p.599). Portanto, é nessa espécie em que se encontra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Faz-se necessária, portanto, a observação do contexto de cada caso concreto no qual esse princípio será interpretado, para que possa ser aplicado em sua melhor acepção, conforme as peculiaridades de cada situação específica.

### **3 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO OLHAR SOBRE A PESSOA HUMANA**

O histórico das sanções penais, ao longo dos séculos, é diverso e regado com muita violência e dor. Nos primórdios das civilizações, as penas aplicadas eram extremamente cruéis e configuravam-se em vinganças privadas (BIANCHINI, 2012, p. 20).

No entanto, com a transição da vingança aplicada pelo particular, para a vingança aplicada por um poder central, a pena passou, apenas, a ser parte de um sistema punitivo, sendo caracterizada como um componente de um sistema judiciário e passando a ser aceita socialmente, porém não perdeu seu caráter vingativo, sendo esse apenas suavizado, pois não poderia ser aplicado por particulares.

Nesse sentido, apesar das atuais teorias sobre a pena e o Direito Penal, baseadas em estudos progressistas, no ponto de vista prático, o sistema criminal ainda apresenta conotações arcaicas, possuindo forte influência da vingança e do castigo, através de um aspecto mítico cultural (MARQUES, 2008, p.1). Tais elementos impedem que a pena possa atingir as suas finalidades de prevenção e de socialização.

Porém, mesmo diante de um sistema judicial que dá destaque ao sistema punitivo retributivo, é inegável o avanço em relação ao sistema penal observado em um passado não muito distante, bem como na própria realidade vivenciada nos dias atuais, no Brasil. Porém, mesmo não sendo constituído por meios atroz de punição, ainda há, em nosso sistema penal, resquícios de um passado violento, fato esse que faz com que a pena seja sempre vista como um castigo. Por esse motivo, dificilmente o sistema conseguirá alcançar seu objetivo, pois nesse processo de punição sempre haverá a presença da violência, bem como o caráter de vingança.

Nessa senda, o Estado tem como poder e dever a tarefa de estruturar o Poder Judiciário, instituindo meios de atendimento a demandas que não atinjam nem prejudiquem a dignidade dos cidadãos, garantindo que um tratamento humano seja aplicado nos mais diversos atendimentos

(BIANCHINI, 2012, p.72). Ademais, no atual sistema retributivo, tanto a vítima quanto o ofensor possuem suas dignidades violadas, mesmo com o sistema penal sendo pautado e tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário, o ofensor possui sua dignidade violada ao ser exposto a um sistema prisional degradante, superlotado, sem as mínimas condições da ocorrência de um processo de ressocialização adequado. Já a vítima, por ser vista como um mero objeto necessário para a movimentação do processo penal, é tratada sem o mínimo cuidado psicológico.

Ainda sobre o tratamento proporcionado às partes que compõem a lide, é importante a realização de uma análise acerca do atual papel que a vítima e o ofensor possuem no sistema penal brasileiro. Observa-se que a vítima não possui o status de protagonista na solução do crime, posição essa que é ocupada pelo Estado (MAZZUTTI, 2012, p.90). Em consequência desse tratamento, há cada vez mais a ocorrência de desamparo às partes, em que tanto vítima quanto ofensor, possuem seus direitos fundamentais desrespeitados dentro da relação jurídica.

A Justiça Restaurativa, ainda, configura-se em uma prática nova no Brasil, possuindo suas origens na Nova Zelândia, onde surgiu como fruto de uma tradição da Tribo Aborígine Maori, a qual tinha, como costume, a reunião da família e da comunidade para a resolução dos conflitos que ocorriam entre eles (LEAL, 2014, p.54). Nos Estados Unidos e na Europa, tal prática foi recriada nas décadas de 1970 e 1980. Com a aplicação da Justiça Restaurativa, nesses países, houve a observação de uma notável eficácia na resolução dos conflitos em que foi aplicada.

No Brasil, em 31 de maio de 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aprovou a Resolução nº 225, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. O principal objetivo é que as práticas restaurativas sejam incentivadas e cada vez mais aplicadas em diversos tipos de conflitos, podendo ser aplicada, conjuntamente, com outros tipos de penalizações.

O encontro é realizado entre vítima, ofensor e outras pessoas relevantes ao caso, no qual todas terão a oportunidade de trocar informações, realizarem questionamentos e reflexões, bem como colocarem-se umas nos lugares das outras e tentar imaginar o que é viver a experiência, tanto de praticar o ato violento e viver suas motivações quanto o de recebê-lo. Tal encontro será realizado por um mediador, também chamado de facilitador, o qual irá promover o encontro e conduzir as trocas de informações (GIAMBERARDINO, 2015, p.39).

Quanto à inclusão ou participação, é estabelecida uma condição de paridade entre as partes, na qual vítima, ofensor e comunidade constituem um triângulo, prevalecendo um ambiente de diálogo e respeito para a busca da justiça (LEAL, 2014, p.55). Dessa forma, é outorgada às partes uma participação ativa e concreta para a resolução do conflito.

É nesse cenário que surge a reflexão: hoje, a vítima e o ofensor recebem um tratamento compatível com o conceito e o conteúdo mínimo, pertinentes ao princípio da dignidade da pessoa humana? Ao analisar a ideologia empregada pelo atual sistema de justiça, observa-se que os sujeitos que compõem o judiciário não tratam vítima nem ofensor como sendo pessoas que possuem fins em si mesmos, mas sim, como objetos de um sistema que busca ganhadores e perdedores, em detrimento da efetiva busca pela justiça. Contudo, tal resultado pode ser diferente com a aplicação da Justiça Restaurativa.

No Brasil já existem vários projetos piloto que estão aplicando as práticas restaurativas. Um dos exemplos é o Projeto do Distrito Federal, o qual foi um dos pioneiros do país, sendo instituído formalmente em 9 de outubro de 2006, através da Portaria Conjunta nº 52, do TJDFT (CNJ, 2018, p.264). Contudo, foi somente no ano de 2016 que o projeto passou por uma reformulação, oportunizando atendimento nas Varas Criminais, no Tribunal do Júri e nos Juizados Especiais Criminais.

O Programa possui como objetivo geral a reunião das pessoas envolvidas e afetadas por um fato delituoso. Nessa reunião, há a fomentação do diálogo sobre o crime e suas consequências. Além disso, busca a responsabilização do ofensor e o levantamento das necessidades materiais e emocionais da



vítima. Dessa forma, há a restauração de traumas e reparação de danos materiais e emocionais.

As metodologias empregadas no Distrito Federal são a mediação vítima-ofensor e a conciliação ou abordagem restaurativa, nos crimes de menor potencial ofensivo. Inicialmente há a fase preliminar, em que os envolvidos devem expressar, voluntariamente, o interesse em participar do programa. A última fase é composta pela realização da sessão conjunta, na qual vítima e ofensor se encontram para que o diálogo aconteça, através da coordenação de um facilitador. Após tal sessão, o acordo pode ser realizado, desde que possua todos seus requisitos, quais sejam, o detalhamento, a especificidade, a objetividade, a clareza, a exigibilidade e a exequibilidade (CNJ, 2018, p.267).

Os resultados apresentados são promissores. Através de entrevistas realizadas entre servidores da justiça, magistrada e sujeitos de processos, há a conclusão de que vítimas possuem suas necessidades satisfeitas e que ofensores são reintegrados à sociedade.

Dessa maneira, a Justiça Restaurativa pode e deve ser vista como um meio pelo qual pode-se ofertar maior efetividade e satisfação na resolução de conflitos, inclusive na seara processual, podendo ser aplicada de forma complementar ao processo penal, tornando a dignidade da pessoa humana mais presente no processo. Ademais, tal princípio é uma das bases fundantes da Justiça Restaurativa, constituindo-se em uma de suas bases elementares.

#### **4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A VISÃO KANTIANA**

Conforme a visão de Kant, a dignidade da pessoa humana é fundamentada no fato da pessoa ser considerada como um fim em si mesma, e não um mero objeto. Nessa seara, observa-se que os indivíduos não estão recebendo esse tipo de tratamento por parte do atual direito penal, o qual trata tanto ofensor quanto a vítima como meras peças de um processo que possui uma finalidade totalmente estatal.

Nesse sentido, sobre a visão Kantiana, a respeito da violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que todas as pessoas devem ser respeitadas por constituírem um fim em si mesmas (VILHENA, 2006, p.68).

Ademais, “sob a perspectiva de pensadores como Immanuel Kant, a concepção de dignidade da pessoa humana fundamenta-se de forma sólida e prevalece no pensamento filosófico atual” (GARCIA JÚNIOR, 2017, p.141). Considerando tais reflexões pode-se, então, realizar um paralelo entre o conceito atribuído à dignidade da pessoa humana a partir de Kant - o qual é o mais aceito na contemporaneidade - com os valores atribuídos à uma nova forma de resolução de conflitos: A Justiça Restaurativa.

Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Immanuel Kant expressa sua preocupação acerca do entendimento sobre a dignidade da pessoa humana, esboçando o que mais tarde seria compreendido como um dos conceitos deste elementar princípio:

A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais. Ora aquilo que serve à vontade de princípio objectivo da sua autodeterminação é o fim (Zweck), e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. O que pelo contrário contém apenas o princípio da possibilidade da acção, cujo efeito é um fim, chama-se meio (KANT, 2007, p. 67).

Contudo, desenvolve um conceito de dignidade humana pautado na racionalidade, através da qual percebe que o ser humano deve sempre ser considerado como um fim em si mesmo, regido pela autonomia da vontade, tendo em vista não ser utilitário. Nas palavras de Kant (2007, p.77),

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Dessa forma, dignidade seria tudo aquilo que possuísse um valor íntimo, estando incluídas nesse conceito a moralidade e a humanidade. A concepção de dignidade humana abordada por Kant, é proposta em decorrência da razão, do respeito à humanidade e da capacidade racional (SANDEL, 2012, p.155-156), a qual é inerente ao ser humano. Diferencia, portanto, o respeito, das outras formas de relações humanas, como o amor, a empatia e a solidariedade.

Partindo dessas premissas, pode-se observar a intrínseca relação existente entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os valores das práticas restaurativas, acentuando-se as divergências existentes com o sistema penal retributivo. Dessa forma, “a justiça retributiva define o Estado como vítima, define o comportamento danoso como violação de regras e considera irrelevante o relacionamento entre vítima e ofensor” (ZEHR, 2008, p.74).

No mesmo sentido, observa-se que o sistema penal utilizado esqueceu da vítima, tratando apenas da proteção dos bens jurídicos ao proporcionar a imposição de penas aos transgressores (PALLAMOLLA, 2009, p.46). O dano ocasionado à vítima é negligenciado, bem como a necessidade de sua reparação por parte do ofensor.

Já sob o olhar restaurativo, “a lente restaurativa identifica as pessoas como vítimas e reconhece a centralidade das dimensões interpessoais. As ofensas são definidas como danos pessoais e como relacionamentos interpessoais” (ZEHR, 2008, p.74). Dessa forma, conclui-se que o crime é uma violação de pessoas e, também, de sentimentos, portanto, as necessidades básicas inerentes à pessoa humana devem ser consideradas nesse processo de responsabilização pelo dano ocasionado.

Dessa forma, observa-se que para o atual Direito Penal, tanto vítima quanto ofensor são tratados como objetos de uma lide, não havendo a mínima consideração por seus sentimentos e necessidades. Já para a Justiça Restaurativa, pode inclusive ser empregada a máxima já defendida por Kant ao afirmar que “a pessoa não pode ser tratada, nem por outra pessoa nem por si mesma, meramente como meio” (CORDEIRO, 2012, p.66).

Para que tal objetivo possa ser alcançado, a Justiça Restaurativa pode ser um instrumento para que ocorra a real efetividade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Processo Penal, o qual, teoricamente, já existe, mas que pode alcançar resultados mais reais e satisfatórios.

Sobre a realidade que o ofensor encontra durante o seu processo de punição imposta pelo Estado, tem-se as seguintes considerações:

Todo o entorno carcerário é estruturado com o fim de desumanizar. Os prisioneiros recebem um número, um uniforme, pouco ou nenhum espaço pessoal. São privados de praticamente todas as oportunidades de tomar decisões e exercer poder pessoal. De fato, o foco de todo o ambiente é a obediência e o aprendizado de aceitar ordens. Numa situação assim a pessoa tem poucas escolhas. Ele ou ela talvez aprendam a obedecer, a ser submissos, e essa é a reação que o sistema prisional incentiva. Mas é justamente a reação que menos propiciará uma transição bem sucedida para a liberdade da vida lá fora (ZEHR, 2008, p. 37).

Com os valores restaurativos, tanto vítima quanto ofensor possuem um tratamento enquanto indivíduos que compõem fins em si mesmos, e não meros objetos. Possuem suas dignidades preservadas ao serem tratados de maneira pessoal, tendo suas histórias resgatadas, ouvidas e transformadas. A vítima, também, possui um papel de destaque, não sendo apenas ouvida como mera informante de fatos, mas, sim, tendo seus sentimentos e traumas considerados, tratados, tendo inclusive voz ativa para conversar com o ofensor e tentar compreender a origem do conflito.

Outro aspecto que possui grande relação entre a Justiça Restaurativa e a teoria Kantiana acerca da dignidade da pessoa humana é a autonomia da vontade. A Justiça Restaurativa possui vários princípios, os quais podem ser encontrados no artigo 2º, da Resolução nº 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça (2017, s/p), sendo eles a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade,

a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

O princípio da voluntariedade é pautado na premissa de que as partes devem demonstrar a vontade própria em participar da prática restaurativa. Além de constituir um dos elementos para a efetividade do círculo restaurativo, pode-se atribuir a esse caráter voluntário o fato de que ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma lei que determine, formalmente, o procedimento restaurativo como um devido processo legal (PINTO, 2005, p.33). A atuação dos envolvidos demanda a inexistência de qualquer forma de coação, devendo ser precedida de esclarecimentos sobre as formas de atuação da Justiça Restaurativa. (BIANCHINI, 2012, p.118).

A partir dessas considerações sobre o Princípio da Voluntariedade, aplicado à Justiça Restaurativa, pode-se, então, realizar a comparação à outra formulação do Imperativo Categórico de Immanuel Kant, a qual trata da autonomia da vontade (CORDEIRO, 2012, p.67). A partir desse pensamento, não existe dignidade sem autonomia, e só há autonomia quando o indivíduo se submete à lei da qual é o criador. Desta forma, a dignidade do ser racional está na capacidade de criar as leis que regem a sociedade, bem como na possibilidade de obedecer a estas leis.

É importante ressaltar, portanto, que na visão de Kant, a autonomia só existe quando a vontade do sujeito é exercida, o que pode ser observado na participação e na concretização do processo restaurativo, no qual o sujeito possui a autonomia necessária para externar a sua vontade positiva ou negativa em participar de um círculo restaurativo para a composição do conflito.

O último aspecto comparativo a ser observado entre a teoria Kantiana e a Justiça Restaurativa é a dimensão comunitária vislumbrada na filosofia de Kant (CORDEIRO, 2012, p.67). Destarte, o tripé do diálogo restaurativo é formado pela vítima, pelo ofensor e pela comunidade. Essa última, constitui o terceiro pilar do processo de restauração.

Ademais, o papel da comunidade é decisivo. Através da perspectiva restaurativa, ao final do conflito, a comunidade deverá atuar para que a vítima tenha uma efetiva restauração, bem como atuar para a reintegração do ofensor (LEAL, 2014, p.229). Isso, porém, não irá significar que a conduta delituosa foi esquecida, mas, sim, que ela foi transformada à luz da Justiça Restaurativa.

Na construção realizada por Kant, acerca do aspecto comunitário da Dignidade da Pessoa Humana, sempre houve a ideia de um sentimento de dever de respeito perante os outros membros que compõem a comunidade; ademais “pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as outras pessoas” (SARLET, 2006, p. 61).

Tal abrangência comunitária da dignidade humana pode também ser vista como um elemento de restrição ou de heteronomia, representando a sociedade, tendo em vista que as relações estabelecidas entre os indivíduos constituem os contornos da dignidade humana, (BARROSO, 2014, p.87).

Diante das considerações expostas, tem-se, portanto, a correlação entre a faceta comunitária da dignidade humana e um dos elementos da Justiça Restaurativa. A comunidade, como tripé do processo restaurativo, possui fundamental importância no processo de reintegração social do ofensor, bem como possui papel essencial para a constatação das motivações das práticas delituosas, podendo assim, exercer um papel preventivo, objetivando a não realização de atos infracionais e crimes, bem como a não reincidência.

## 5 CONCLUSÃO

Ao final do presente artigo foi possível concluir que o conceito de Dignidade da Pessoa Humana passou por grandes transformações e evoluções ao longo da história da humanidade e, contemporaneamente, possui sua essência pautada na concepção de Immanuel Kant, o qual propôs

que nenhuma pessoa pode ser considerada como um objeto. Ademais, para tal filósofo, para que uma pessoa tenha dignidade, faz-se necessário que ela seja considerada como um fim em si mesma.

Com isso, objetiva-se a análise no que tange à efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na aplicação de penas e na condução do processo penal, no atual sistema jurídico criminal brasileiro. Contudo, conclui-se que, com a atual abordagem realizada pela justiça comum, os sujeitos do processo não possuem suas dignidades respeitadas, sendo tratados como meros objetos, os quais são utilizados para que uma resposta seja oferecida à sociedade e não para eles mesmos, os quais são os mais interessados e afetados pelo conflito.

Destarte, o renascer de um antigo método de resoluções de conflitos pode auxiliar na busca pela efetivação da dignidade humana na justiça comum. A Justiça Restaurativa trata os sujeitos do processo como pessoas, preocupando-se com suas necessidades pessoais, emoções e sentimentos. Através da fomentação do diálogo e da responsabilização, as práticas restaurativas buscam respostas que vítimas nunca tiveram; já para os ofensores, proporcionam espaços de reflexão e conscientização jamais proporcionados pela justiça comum.

A Justiça Restaurativa não irá substituir a justiça tradicional, porém, poderá ser aplicada de forma complementar. Para que isso ocorra, em primeiro lugar, é necessário que haja o envolvimento de todos os sujeitos do processo, bem como de todos os envolvidos na execução dos projetos piloto de Justiça Restaurativa.

Assim, percebe-se que a resolução dos conflitos através da aplicação complementar da Justiça Restaurativa irá proporcionar maior humanização do processo, buscando a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Entende-se dessa forma que a resposta dada à situação-problema deste artigo é capaz de oferecer a solução ao questionamento realizado. Dessa forma, conforme a concepção Kantiana de Dignidade da Pessoa Humana, a Justiça Restaurativa poderia ser utilizada como um método alternativo ou complementar de resoluções de conflitos para que tal dignidade possa ser alcançada.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. *Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica*. Campinas, SP: Servanda, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 Jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Brasília: Secretaria de Comunicação. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. *Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_225\\_31052016\\_02062016161414.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf)>. Acesso em: 01. Ago. 2017.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GARCIA JÚNIOR, Iran Chaves. A justiça restaurativa como instrumento para garantir a dignidade da pessoa humana. *Revista Justiça do Direito*, V. 31, N. 1, Jan./Abr. 2017, Passo Fundo, 2017.

GIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro; ZILIO, Flávia Palmieri de Oliveira. *Justiça Restaurativa e a Socioeducação*. Paraná: Cadernos de socioeducação, Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa/Portugal: Edições 70. Lda. 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, César Barros. *Justiça restaurativa amanhecer de uma era: aplicação em prisões e centros de internação de adolescentes infratores*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia e direitos humanos: o processo penal sob a perspectiva da vítima*. Curitiba: Juruá, 2012.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: Ibccrim, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: MJ, PNUD, 2005.

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, nº 09, jan./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

---

**Recebido em:** 22/04/2018

**Aprovado em:** 25/01/2019

### **Como citar este artigo (ABNT):**

BERTONCINI, Carla; CORRALES, Eluane de Lima. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da justiça restaurativa a partir do pensamento de Immanuel Kant. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.36, p.59-69, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/01/DIR36-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A POSSIBILIDADE DE CONVENÇÃO PROCESSUAL REFERENTE À PROVA INDEPENDENTE DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

## THE POSSIBILITY OF A PROCEDURAL AGREEMENT CONCERNING THE INDEPENDENT PROOF OF JUDICIAL APPROVAL

Alexander Perazo Nunes de Carvalho <sup>1</sup>  
Adriano César Oliveira Nóbrega <sup>2</sup>

**RESUMO:** O objetivo desta pesquisa acadêmica, realizada por meio de revisão bibliográfica e análise legislativa e jurisprudencial, é verificar a possibilidade de convenção processual sobre as provas de um processo e a necessidade de homologação judicial para a sua implementação. Para tanto, se utiliza o método hipotético-dedutivo, partindo da premissa de efetividade da convenção processual independente da homologação. No primeiro módulo é expresso o conceito de processo, bem assim se exprime a evolução que esse instituto passou com o tempo, analisando desde a Teoria da Relação Jurídica à Teoria Constitucionalista do Processo. Na sequência seguinte, faz-se uma análise geral dos negócios processuais e a sua aplicabilidade por meio do sistema jurídico pátrio. Em seguida, verifica-se acerca da necessidade de homologação judicial para a utilização desse mecanismo e em quais hipóteses o juiz pode negar a sua aplicação. Na parte que antecede as notas conclusivas, verifica-se a viabilidade de convenção processual sobre o lastro probatório em consonância com o processo democrático. Conclui-se que as hipóteses previamente elencadas são confirmadas, dado o conceito de processo democrático e participativo, onde há o provimento como resultado do alegado pelas partes, o negócio realizado sobre as provas mostra-se plenamente possível, desde que não seja declarado nulo, seja uma cláusula em contrato de adesão ou houver manifesta vulnerabilidade de uma das partes.

**Palavras-Chave:** Negócio jurídico processual; convenção processual; prova; modelo constitucional de processo; direito processual.

**ABSTRACT:** The objective of this academic research, carried out through bibliographic review and legislative and case-law, is to verify the possibility of a procedural agreement on the process and the need for judicial approval for its implementation. To do so, the method hypothetical-deductive was used, starting from the premise of effectiveness of the procedural agreement homologation. In the first module the concept of process is expressed, as well as the evolution that this institute went on with time, analyzing from the Theory of Legal Relationship to Constitutionalist Theory of the Process. In the following sequence, a general analysis of the procedural business and its applicability through the country's legal system. Then, it is verified the need of judicial approval for the use of this mechanism and in which cases the judge may deny his application. In the part that precedes the conclusive notes, the feasibility of a procedural agreement in line with the democratic process. We conclude that the hypothesis are confirmed, given the concept of a democratic and participatory process, where there is a result of the pleading by the parties, the business conducted on the evidence is shown as long as it is not declared null and void, whether it is a clause in an agreement of accession or manifest vulnerability of one of the parties.

**Keywords:** Legal business process; procedural convention; proof; constitutional process model; procedural law.

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor do Mestrado Acadêmico do Centro Universitário Christus (Fortaleza/CE) e da Graduação da Universidade de Fortaleza, do Centro Universitário Christus (Fortaleza/CE) e da Faculdade Luciano Feijão (Sobral/CE). Professor Visitante da Universidade Potiguar. Assessor Jurídico-Chefe da Procuradoria de Justiça Militar da União.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário Christus (Fortaleza/CE). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Professor do Centro Universitário Fametro (UNIFAMETRO). Advogado.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sociedade pós-moderna, líquida ou hipermoderna são algumas das expressões empregadas para definir o comportamento das relações sociais na contemporaneidade, a qual é caracterizada pela liquidez nos relacionamentos e na mitigação da concretude da vida do século XX. Em conjunto com a evolução social e a mutação dos institutos outrora estabelecidos, o direito é objeto de alterações a cada instante, seja de ordem legalmente interna, como as de teor legislativos, seja de interpretações doutrinárias acerca de um instituto.

Dizer que “o direito anda, enquanto a sociedade voa” pode ser uma metáfora há muito tempo compreendida e aceita pelos estudiosos, no entanto, para melhor compreender as transmutações de ordem social e, em especial, as novas interpretações dadas aos institutos jurídicos, faz-se mister verificar a evolução de determinado ramo do Direito para se chegar a uma conclusão.

O Código de Processo Civil de 2015 é um dos exemplos mais recentes resultado de grande alteração legislativa em decorrência do obsoleto diploma anterior. Com o novo Código, diversas inovações e remodelações foram feitas, inaugurando, inclusive, institutos capazes de alterar todo o procedimento judicial, que até então era reconhecido por ser obtuso em seu desenrolar.

Negócio jurídico processual, convenção processual ou acordo sobre o processo são as expressões utilizados para definir uma figura em curso no sistema processual antes mesmo da promulgação do CPC/2015, mas que foi melhor positivado e tratado no diploma processual vigente, o qual permitiu que as partes façam, de modo livre e em comum acordo, alterações das mais diversas maneiras sobre o processo, ou, melhor exprimido, acerca da sua procedimentalização.

Ocorre que, por inovar de modo tão abrangente, os negócios processuais tornaram-se palco de debate acadêmico sobre os limites de sua aplicação e qual deve ser o papel do juiz na recorrência a instituto. Dentre os questionamentos que este trouxe, há controvérsia doutrinária sobre a possibilidade de as partes convencionarem sobre as provas do processo judicial e, principalmente, se o juiz deve submeter-se ao que foi convencionado.

Perante essa conjunção de problemas, este experimento aparece com a finalidade de verificar se há necessidade de homologação judicial para a efetivação do negócio jurídico que envolva as provas, as quais poderão ser utilizadas em eventual processo judicial movido pelas partes. Além disso, objetiva-se analisar o papel do Estado-juiz no que concerne à livre utilização das convenções processuais, verificando se tais medidas necessitam de concordância do juiz para serem aplicadas de modo pleno.

No intuito de perquirir os objetivos aqui traçados, além desta seção, este artigo divide-se num segmento que trata da transformação do Direito Processual no decorrer dos anos, verificando-se a sua interpretação desde o primeiro momento em que foi analisado de maneira autônoma ao Direito material até os dias atuais, quando o processo é visto como um direito fundamental com características previstas na Constituição Federal de 1988. Nas seções seguintes, será realizada uma análise do instituto dos negócios jurídicos processuais, momento em que se estudará a aplicabilidade desse mecanismo e as suas consequências para o direito processual, averiguando o papel do magistrado em sua aplicabilidade. Na seção que antecede as notas conclusivas, verificar-se-á a possibilidade de convenção processual sobre a fase probatória do processo judicial e a submissão do juízo ao que foi acordado entre as partes, independentemente de homologação para sua validade.

O método utilizado para o desenvolvimento desta busca será o hipotético-dedutivo, visando a constatar se a convenção processual sobre a prova é plenamente possível, independentemente da homologação judicial, partindo da concepção de processo com suporte na teoria do processo democrático e participativo, onde as partes envolvidas na demanda devem, conjuntamente, elaborar o provimento emanado do juiz. A hipótese previamente suscitada será constatada pela análise teórica,

bibliográfica e legislativa, além de uma verificação jurisprudencial sobre o tema, com a finalidade de cotejar o desenvolvimento dos negócios jurídicos no âmbito teórico e empírico.

## 2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL

Sociedade de risco é o termo utilizado por Ulrich Beck (1997) para definir as complexas relações havidas entre as pessoas e o contínuo risco a que se submetem, sendo essa uma característica dos relacionamentos do grupo social. Com efeito, as relações passaram a possuir uma dinâmica diferente da que sucedia décadas atrás, e isso deu-se, em especial, ante a globalização e o excesso de informações que existem atualmente. Referido risco é ainda mais complexo se for levada em conta a crítica realizada por Bauman (2001) à Pós-Modernidade, onde o autor entende que as relações atuais ocorrem em um mundo de vínculos líquidos, em que tudo é passageiro e superficial, incluindo os relacionamentos afetivos e comerciais.

Do mesmo modo que a jornada de transformação social, o Direito caminha de maneira vagarosa para acompanhar essas mudanças, fazendo o seu papel dúplice de regulador e transformador das relações. O Direito Processual, por exemplo, passou a ser visto como uma ciência autônoma ao Direito material, desde a publicação, por Oskar Büllow<sup>3</sup>, em 1868, de seu livro *A Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, onde o autor defende, em suma, a ideia de que o processo é uma relação jurídica singular, composta pelo juiz e partes, cuja composição é essencial para a análise da relação de direito material, ou seja, o autor inaugurou o pensamento do processo de maneira autônoma ao Direito material.

Apesar de vanguardista para sua época, em especial por possibilitar a definição de princípios e estruturação do Direito Processual emancipado ao Direito material, a teoria da relação jurídica não se mostrou adequada, porquanto situa uma das partes, em geral o réu, na posição de sujeição a outra parte, ou seja, como se o vínculo processual fosse similar ao direito obrigacional, em que o autor pode exigir o cumprimento de uma prestação em face do réu.

James Goldschmidt (1936) superou a teoria de Büllow ao demonstrar que o processo não deveria ser visto como uma relação, pois a submissão não se dava entre as partes ou em face do juiz, mas havia uma espécie de situação jurídica em face da lei, onde, momentaneamente, uma parte suporta determinado ônus processual. A Teoria da Situação Jurídica de, Goldschmidt, situa as partes em uma posição de expectativa da decisão judicial, seja essa favorável ou não, caracterizando o processo pelo conjunto de fatos e atos considerados justos pela lei.

Em uma revisitação à ideia da Teoria da Situação Jurídica, Elio Fazzalari contribui com uma nova visão de processo, criando o que foi denominado, por seus estudiosos, de Teoria Estruturalista. Segundo tal sistema, o processo deve ser visto como um procedimento, ou seja, uma sequência de atos concatenados, os quais são valorados e previstos pelas normas, em que há o contraditório paritário e efetivo dos interessados, os quais buscam um produto final, denominado, pelo autor, de provimento. Expresso de outro modo,

[...] existe, em resumo, o “processo”, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. (FAZZALARI, 2006, p. 120).

---

3 André Cordeiro Leal entende que Büllow apenas inaugurou a vertente tecnológica da jurisdição como atividade do Magistrado, não sendo o autor a fundador da Ciência Processual atual, no entanto, o autor deixa evidente que esse é o entendimento majoritário da doutrina (LEAL, 2008, p. 65).



É importante notar que, para Fazzalari (2006, p.123), o juiz, na qualidade de autor do provimento (sentença) não é um dos contraditores do processo, “[...] sendo estranho aos interesses em contenda, não sendo parte daquela situação.”

Dentre os críticos do excesso de formalismo da Teoria Estruturalista, Baracho (2008) importou ao Brasil o modelo constitucional de processo de Andolina e Vignera (1997), o qual passou a relacionar a Constituição com o processo, admitindo que esse é, de fato, um procedimento em contraditório, mas, principalmente, sendo caracterizado pela sua indissociabilidade em relação à estrutura constitucional do ordenamento. De acordo com Marden, a Teoria Constitucionalista “entende que o processo tem de ser visto pela ótica do neoconstitucionalismo, o que significa dar destaque às normas constitucionais, com especial atenção àquelas pertinentes aos direitos fundamentais.” (MARDEN, 2012, p.25)

Pode-se dizer, então, que o conceito de processo judicial mais adequado atualmente<sup>2</sup> é o que compreende o processo feito um procedimento qualificado pelo efetivo contraditório das partes, que buscam o provimento, ou seja, a sentença, que será proferida pelo juiz por meio de uma construção argumentativa do que foi expresso pelas partes, respeitando-se, em especial, às regras constitucionais vigentes no ordenamento. Com efeito, essa compreensão de processo deve abranger todos os institutos previstos no Código de Processo Civil, sob pena de aplicação indevida e deturpada da teoria processual.

Com amparo nessa concepção do modelo constitucional de processo, toda a atuação das partes, do juiz e demais interessados, bem como a maneira como o processo se desenvolve podem produzir efeitos diferentes do processo concebido com base na teoria instrumentalista. Diante disso, faz-se necessária a análise de alguns institutos e de como a sua aplicação deve ocorrer para que não haja prejuízo ao processo democrático.

### **3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: BREVE PANORAMA**

O Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor no dia 18 de março de 2016 trazendo grandes inovações ao processo judicial e extrajudicial, dentre elas, a possibilidade de as partes realizarem convenções jurídicas antes ou durante o curso de um processo judicial, visando a alterar sua procedimentalização. O negócio jurídico processual, em suma, é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 380).

Em outros termos, o negócio jurídico processual é um mecanismo de ajuste realizado entre as partes para decidirem, durante ou antes do trâmite de um processo judicial, a modalidade do procedimento, sendo possível limitar, expandir ou renunciar faculdades processuais. De acordo com a doutrina, os negócios jurídicos processuais são classificados em Típicos, Atípicos, Expressos, Tácitos, Unilaterais, Bilaterais e Plurilaterais.

#### **3.1 Classificação**

O negócio jurídico processual típico é assim denominado pela doutrina quando há expressa previsão legal, seja na norma processual ou em alguma legislação extravagante (CUNHA, 2015, p.42-43). São exemplos que figuram no Código de Processo Civil a eleição negocial do foro, prevista no artigo 63, e o acordo para suspensão do processo antevisto no inciso II do artigo 313. Já o negócio processual atípico é possível diante da cláusula geral de negociação, conjecturada no artigo 190 do CPC, onde as partes podem, livremente, estabelecer um contrato ou uma convenção processual, preponderando, nessa espécie, a vontade das partes quanto ao efeito do que é convencionado (PEREIRA JÚNIOR; SANTOS, 2018, p.215).

Pode-se mencionar como um negócio jurídico atípico, a título de exemplificação, a renúncia do direito à multa e de sua execução, utilização de medidas executivas atípicas e modificação das regras de impenhorabilidade, salvo os casos de impenhorabilidade material (DIDIER JÚNIOR; CABRAL, 2018, p.201-205), bem como a possibilidade de acordo sobre a produção de provas no curso do processo judicial, do que se cuidará adiante.

Outra taxonomia utilizada para melhor explanação do tema é o negócio jurídico processual expresso, o qual existe desde o momento em que a parte necessita praticar um ato para a sua configuração, como renunciar um prazo processual; já o negócio jurídico tácito é assim disposto quando a inércia da parte resulta em consequências ao processo, como exemplifica o artigo 1.000 do CPC/2015.

Unilateral é o negócio jurídico classificado quando há, no processo, uma consequência pelo exercício relevante da vontade de uma das partes (FARIA, 2016, p.284). Por exemplo, a renúncia de um prazo ou ao direito recursal, conforme prescrevem os artigos 225 e 999 do Diploma Processual. Já o negócio jurídico bilateral é assim denominado quando, para a sua validade, há uma manifestação de vontade de ambas as partes. Referida classificação é, ainda, subdividida em Contratos, quando existem interesses contrapostos, e convenções ou acordos, quando o interesse é comum entre os negociantes (DIDIER JÚNIOR, 2016, p.294). Importante é frisar que parte da doutrina considera classificar como negócio jurídico plurilateral quando há mais de duas partes (CUNHA, 2017, p.69), como é o caso da sucessão processual voluntária prevista no artigo 109, fazendo o conceito de bilateralidade atingir todas as partes do processo e não apenas os polos litigantes.

Não obstante a denominação utilizada Cunha (2017), Avelino utiliza o termo plurilateral para definir o negócio jurídico que produz consequências diretas à participação do juiz no curso do processo (AVELINO, 2016, p.385). Exemplo ocorre quando as partes estabelecem o calendário processual previsto no artigo 191 ou convencionam a ampliação ou diminuição do tempo da sustentação oral.

Em suma, a classificação utilizada pela doutrina especializada surge com a finalidade de explicar, sistematicamente, os negócios jurídicos processuais possíveis de serem firmados entre as partes. Independentemente da classificação há pouco delineada, ou do termo utilizado para definir os cada espécie de negócio processual, faz-se imperioso analisar o papel do juiz ao deparar um acordo de vontades que possa influenciar o deslinde processual.

### **3.2 A (des)necessidade de homologação judicial**

Acredita-se que um dos momentos mais importantes do processo judicial é aquele que envolve a elaboração de provas perante a instrução processual (SILVA; NEVES, 2017), dado que é por esse conjunto de evidências que o juiz deve se regular para constituir o provimento ao final do processo. A prova pode ser compreendida a partir de duas acepções, sendo ela um elemento que contribui para estabelecer o convencimento do juiz sobre a existência ou não do Direito material dos litigantes ou como meio que objetiva convencer o juiz dos fatos alegados (ALVIM, 2013). Em síntese, Câmara (2015, p.221) acentua que a prova é “[...] todo o elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa.”

Antes de promulgada a Constituição Federal de 1988, o juiz se limitava a assistir à produção de provas das partes, as quais monopolizavam a iniciativa de produzi-las, pois o sistema processual vigente era utilizado sob a égide do princípio do dispositivo (PELLEGRINI; CINTRA; DINAMARCO, 2009). Posteriormente, o devido processo legal foi instituído pelo inciso LIV do artigo 5º da CF/88, o qual busca analisar a verdade real de uma demanda com a finalidade de o Estado prestar uma assistência

jurisdicional considerada útil e justa<sup>2</sup> (BRIÃO, 2014), desse modo, o princípio do dispositivo passou a ser mitigado pelo princípio da livre apreciação das provas.

Antes de analisar a relação das provas com as convenções processuais, é importante verificar que, conforme redação do artigo 371 do CPC/2015, “[...] o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” (BRASIL, 2015). Desse modo, em regra, o juiz deve se ater às provas elaboradas pelas partes, sob pena de agir com imparcialidade em eventual produção de provas *ex officio*. Nas palavras de Brião (2014, p.7),

[...] o juiz não pode produzir prova de ofício, quando esta se mostra imprescindível para que se atinja a verdade real dos fatos, significa aceitar um juiz parcial, voltado apenas para a prestação da jurisdição, modo formal. Prestar-se-á, se assim for, sem dúvida a jurisdição, mas não a justa prestação jurisdicional.

Ocorre que, em conformidade com o artigo 370 do CPC/2015, “[...] caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.” (BRASIL, 2015). Afloram, então, questionamentos na doutrina sobre como o juiz poderia determinar a produção de provas com a finalidade de alcançar a verdade real sem frustrar a sua imparcialidade<sup>4</sup> (SILVA; NEVES, 2017, p.109). Independentemente da possibilidade ou não de determinação da produção de provas *ex officio* de modo livre, cumpre registrar que, com apoio numa concepção de processo democrático nos termos do modelo constitucional, é imperioso que o provimento seja constituído com base no que for alegado e levado aos autos pelas partes, sob pena de o julgador agir com arbitrariedade, o que deve ser refutado em um processo judicial ou extrajudicial.

Ao analisar os atos de disposição das partes na “relação processual”, Leonardo Greco afirma que os atos consistentes na declaração de vontade produzem imediatamente os seus efeitos, exceto quando ocorrer um ato em que as partes pactuam extinguir a ação judicial, veja-se:

CARNELUTTI esclarece que a eficácia jurídica processual de um ato ou fato ocorre quando ele determina a mudança de uma situação jurídica processual. Até o advento do Código de Processo Civil de 1973, a eficácia dos atos dispositivos das partes ficava sempre condicionada à homologação ou ao deferimento judicial. PONTES DE MIRANDA exalta essa diferença de tratamento, afirmando ter sido profunda a alteração determinada nessa matéria pelo artigo 158 do Código de 1973, em relação ao antigo artigo 16 do Código de 1939. No novo regime, todos os atos processuais, consistentes em declarações de vontade, inclusive as omissões, quando delas resulte criação, modificação ou extinção de alguma situação jurídica, produzem imediatamente esses efeitos. Excetua-se apenas a desistência da ação, que deverá ser objeto de sentença terminativa. (GRECO, 2011, *online*).

Nessa mesma linha, Fredie Didier Jr. (2016, p. 379-383), em sua análise contemporânea do Código de Processo Civil de 2015, afirma que a regra regente dos negócios processuais é a dispensa da necessidade de homologação judicial quando o objeto for situações jurídicas processuais, mandamento esse que deve ser mitigado quando houver mudança no procedimento que envolva diretamente o juiz. Adotando o mesmo posicionamento, o Fórum de Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) editou o enunciado nº 133, que consubstancia o entendimento majoritário da doutrina moderna, onde afirma que: “[...] salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios

---

4 Há divergências doutrinárias sobre a solução. Eduardo Arruda Alvim (2013) afirma que o juiz só poderá determinar a produção de provas de ofício na hipótese de não conseguir decidir com as provas levadas em juízo pelas partes. Enquanto José Roberto dos Santos Bedaque (1991) entende que o juiz poderá determinar a produção de provas *ex officio*, sempre que for necessário para o alcance da verdade real. Esta pesquisa não pretende esgotar ou se aprofundar nessa discussão, visto que tal análise dispersaria a problemática analisada sobre a homologação da convenção processual, que cuida de prova, portanto, opta-se, tão somente, por explicar essa problemática.

processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.”

O artigo 200 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que os atos das partes produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, tendo o parágrafo único desse artigo mencionado acerca da necessidade de homologação, tão-somente, na hipótese de desistência da ação. Portanto, a homologação judicial em negócios jurídicos que alterem o procedimento é a exceção. Apesar disso, as partes não podem impor ao juiz um acordo, mesmo que formalmente perfeito, que, de algum modo, altere o calendário processual, conforme é expressamente vedado pelo Código de Processo Civil:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Assim sendo, para a plena eficácia da convenção processual que altere o calendário para a prática dos atos processuais, faz-se mister a comunicação e homologação, pelo juiz, desse específico negócio processual. Além disso, todas as partes afetadas pelo processo devem tomar ciência e anuir sobre o negócio realizado. É que, o termo “partes”, aduzido nos artigos 190 e 191, abrange todos aqueles que participam do processo, incluindo os terceiros intervenientes e o membro Ministério Público, que, conforme o enunciado nº 254 do Fórum Permanente de Processualista Civis, não poderá ser excluído por meio de um negócio processual.

É possível verificar, portanto, que o juiz “[...] se vincula ao celebrado pelas partes em matéria de procedimento ou às disposições relacionadas aos ônus, poderes e deveres processuais, cabendo-lhe, tão-somente, promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que fora acordado” (MENDONÇA NETO; GUIMARÃES, 2017, p.425), sendo exceção a homologação do negócio jurídico processual.

Diante do exposto, faz-se imperiosa a necessidade de analisar alguns detalhes específicos que cercam o instituto do negócio jurídico processual, em especial no que pese a possibilidade de o juiz negar-se a aplicar um acordo processual formalmente perfeito, em especial, quando a convenção tratar da fase probatório do processo judicial.

#### **4 O NEGÓCIO PROCESSUAL SOBRE A PROVA: A DICOTOMIA SOBRE A HOMOLOGAÇÃO**

O artigo 190 do CPC recebeu a nomenclatura de “cláusula geral de negociação” sobre o processo pela doutrina processualista (NOGUEIRA, 2016), sendo essa uma das grandes inovações que o CPC de 2015 trouxe ao ordenamento jurídico pátrio, *ipsis litteris*:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Malgrado o termo utilizado pelo legislador no parágrafo único e no *caput* tenha sido “convencionar”, sabe-se que convenção é, ao lado do acordo e contrato, espécie do gênero negócio processual, portanto, a interpretação deve ser feita no sentido de que as partes podem livremente ajustar mudanças no procedimento, por meio de um Contrato/Acordo/Convenção.

Por ser uma cláusula aberta que regula os negócios jurídicos atípicos, o artigo 190 dá respaldo às partes para estipularem mudanças no procedimento ao convencionarem os ônus, poderes, faculdades e deveres, tal qual redefinir os atos processuais, seja em sua forma ou ordem de encadeamento dos atos procedimentais. É importante notar que o negócio firmado entre as partes não tratará do Direito material<sup>5</sup>. No caso da cláusula geral de negociação, o objeto é o processo, recaindo os termos sobre as regras de desencadeamento dos atos procedimentais e não sobre o Direito material do litígio.

Em alguns aspectos, a cláusula geral de negociação pode afetar diretamente os atos procedimentais que eram até então intocáveis, como, *verbi gratia*, o direito de produzir provas, as quais são utilizadas tanto pelas partes quanto pelo juiz para estabelecer o provimento do caso concreto.

Em razão da grande abrangência dos negócios processuais, o parágrafo único do artigo 190 concedeu ao juiz o poder de controlar as negociações que afetem o curso do processo, seja a requerimento das partes ou por ofício, nas hipóteses de a negociação estar eivada de nulidade, houver inserção abusiva no contrato de adesão ou quando uma das partes estiver em manifesta desvantagem<sup>7</sup>.

#### **4.1 Da recusa de aplicação do acordo processual com expressa nulidade, cláusulas abusivas ou manifesta vulnerabilidade da parte**

Uma das modalidades de controle do negócio jurídico previsto no parágrafo único do artigo 190, ocorre quando há disposições abusivas celebradas em contrato de adesão em que uma das partes esteja em manifesta situação de vulnerabilidade, momento em que o juiz poderá se recusar aplicar o negócio processual firmado, mesmo que esse seja formalmente perfeito, desde que o faça com a devida fundamentação<sup>8</sup>.

Para melhor compreender a possibilidade de negação do juiz em aplicar o negócio jurídico processual com base em cláusula abusiva em contrato de adesão, faz-se mister realizar um cotejo interpretativo com a lei consumerista (Lei nº 8.078/1990), a qual disciplina em seu artigo 51 as práticas abusivas que podem ser adotadas pelo fornecedor de um produto ou serviço, tendo em vista que esse é, quantitativamente, o maior usuário de contratos de adesão.

O extenso rol do artigo 51, apesar de prever algumas hipóteses de abusividade, é meramente exemplificativo, ou seja, por ser um dispositivo *numerus apertus*, o julgador poderá considerar que o negócio processual celebrado em contrato de adesão é abusivo mesmo não estando nos incisos supracolacionados, devendo o magistrado fundamentar a abusividade encontrada e ensejar a manifestação das partes.<sup>9</sup>

5 O negócio jurídico que trata do direito material, também denominado acordo, convenção ou contrato, não é o objeto do presente artigo, mas é possível atestar ser plenamente possível as partes celebrarem um instrumento particular de acordo de vontades que trate tanto de direito material quanto de direito processual, como, por exemplo, o foro de eleição constante no contrato de compra e venda de um imóvel.

6 A presente pesquisa não possui a finalidade de firmar as diretrizes de reconhecimento de nulidade ou realizar uma verificação sobre o que seria “manifesta desvantagem” no direito processual, deve-se, para analisar a possibilidade de limitação das provas por meio de uma convenção processual, analisar a função do processo e a relação do juiz com o lastro probatório para se ter uma conclusão. No entanto, faz-se importante realizar uma breve digressão sobre o papel do juiz na negativa de aplicação de um acordo processual para que se possa firmar um entendimento quanto a vedação de provas em um processo judicial.

7 A presente pesquisa não possui a finalidade de firmar as diretrizes de reconhecimento de nulidade ou realizar uma verificação sobre o que seria “manifesta desvantagem” no direito processual, deve-se, para analisar a possibilidade de limitação das provas por meio de uma convenção processual, analisar a função do processo e a relação do juiz com o lastro probatório para se ter uma conclusão. No entanto, faz-se importante realizar uma breve digressão sobre o papel do juiz na negativa de aplicação de um acordo processual para que se possa firmar um entendimento quanto a vedação de provas em um processo judicial.

8 A “devida fundamentação” entendida para este trabalho é a explanada no livro *Direito e Democracia*: entre a facticidade e validade (HABERMAS, 1997), onde toda decisão racional é estabelecida por meio do contraditório, que proporciona uma participação equitativa das partes afetadas pela decisão.

9 Conforme prevê o artigo 10 do Código de Processo Civil, verbis: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Ao recusar a aplicação do negócio jurídico celebrado entre as partes em um contrato de adesão, no qual haja uma parte manifestamente vulnerável, o juiz deverá fundamentar a recusa na aplicação do negócio processual, a qual há de ser pautada na proteção da parte vulnerável. Portanto, utilizar a analogia ao Código de Defesa do Consumidor aparenta ser o mais adequado para suprir a lacuna de quais seriam as “cláusulas abusivas” e a manifesta vulnerabilidade, previstas pelo legislador ao cuidar dos negócios processuais.

Outro trabalho deixado pelo legislador à doutrina e jurisprudência foi o de delimitar o alcance da nulidade prevista no parágrafo único do artigo 190, eis que o julgador pode, ao reconhecer a nulidade em um negócio processual, recusar a sua aplicação e, conseqüentemente, o que tiver sido convencionado, inclusive de ofício.

Os negócios processuais, por serem uma espécie do negócio jurídico, passa pelo plano da validade, podendo serem invalidados total ou, inclusive, parcialmente, como assim entende o Fórum Permanente de Processualistas Civil, que editou o enunciado nº 134, para reportar-se à invalidação parcial do negócio jurídico<sup>10</sup>. Desse modo, ao analisar a demanda judicial, é necessário aplicar o Código de Processo Civil em harmonia com o artigo 166 do Código Civil de 2002, que traz as hipóteses de nulidade e quando esse instituto ocorre nas relações jurídicas.

Ao analisar a literalidade do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil, deve ser considerado o fato de que o legislador expressou o conceito de nulidade no sentido técnico do termo. Ou seja, deve ser concebido, tão-somente, nas hipóteses de nulidade elencadas pelo artigo 166 do Código Civil para a recusa *ex officio* na aplicação do negócio processual

Além dessas considerações, é importante notar que o negócio jurídico está sujeito a ser anulado, caso reste devidamente comprovada uma das hipóteses do artigo 171 do Código Civil. É que o negócio processual é uma espécie de negócio jurídico, esse sendo o gênero, enquanto aquele é espécie e, portanto, sempre estará sujeito a ser declarado nulo ou anulado.

Considerando um negócio jurídico formalmente perfeito, ou seja, convencionado por pessoas plenamente capazes por meio de uma modalidade prevista ou não proibida por lei, cuja vontade tenha sido externalizada livre e espontaneamente e o seu objeto seja lícito, possível e determinado ou determinável, esse é completamente válido, restando perfeitamente apta a sua aplicação. Ainda de acordo com Didier Jr., citando o livro de Diogo Assumpção Rezende Almeida (2016, p.389), a decretação de invalidade processual deve obedecer ao sistema de invalidades processuais, portanto, não haverá nulidade sem prejuízo.

Conclui-se, com efeito, que o alcance do instituto jurídico da nulidade nos negócios processuais deve ser regido pela teoria da validade dos negócios jurídicos, sendo dever do juiz aplicar o negócio jurídico celebrado pelas partes que não possuir defeito ou não contiver cláusula abusiva em contrato de adesão, respeitando, sob todas as circunstâncias, as normas jurídicas constitucionais e o Modelo Constitucional do Processo.

#### **4.2 O papel da prova no processo: o provimento como formulação argumentativa das partes**

Realizando um cotejo da teoria democrática de Habermas (1997) com o conceito de processo de Fazzalari (2006), observa-se que o processo é uma elaboração argumentativa das partes em contraditório, no qual o autor (juiz) do provimento deve decidir tão-somente por meio das alegações trazidas aos autos, realizando uma argumentação da decisão de acordo com aquilo que fora exposto nos autos.

Com esse modelo de processo, e com o papel do juiz devidamente delimitado em ser o autor do provimento jurisdicional, temos um afastamento da figura do juiz Hércules, proposta por Dworkin (2007), em que todo o processo é direcionado ao magistrado e, com base em sua formação, este

---

10 Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente. (Grupo: Negócios Processuais)

encontrará a decisão mais adequada ao conflito. Com efeito, o processo não é do juiz, mas sim das partes que possuem interesse em um direito material envolvido, devendo o juiz decidir com base naquilo que lhe foi levado quando o Poder Judiciário foi acionado para gerir o conflito.

Esse entendimento pode ser consubstanciado ao se realizar uma análise do sistema jurídico como um todo, em especial, sobre a convenção acerca de Direito Processual com a de Direito material, porquanto, nessas partes podem livremente abdicar, revogar ou ampliar direitos, em comum acordo sem a intervenção do juiz ou, quando levado a júízo, esse há que se submeter ao negociado entre as partes. Assim, partindo da ideia de possibilidade de dispensa do Direito material por meio de um instrumento particular de transação, é possível constatar ser plenamente possível a celebração de um acordo entre as partes para a não elaboração de determinado tipo de prova no curso de um processo judicial.

Pedro Henrique Nogueira (2016, p.229), ao averiguar a submissão aos negócios processuais afirma que “o juiz se vincula diretamente aos negócios jurídicos processuais, seja quando relacionados ao procedimento, seja quando relacionados a ônus, poderes e deveres processuais”, logo, o ônus probatório, seja do autor ou do réu da demanda, pode ser mitigado ou ampliado por meio de uma convenção processual atípica.

Com efeito, os negócios jurídicos processuais podem alterar livremente o procedimento, desde que haja controle do juiz no caso de nulidade, cláusula abusiva em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade de uma das partes, controle esse que não se faz necessário em quaisquer hipóteses diferentes destas; no entanto, é importante notar que elementos básicos de um processo judicial necessitam permanecer, como, por exemplo, a manifestação do Ministério Público, o princípio do juiz natural, utilização dos recursos unicamente previstos em lei, dentre outros expedientes que respeitem o formalismo processual (NOGUEIRA, 2016, p.238).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade pós-moderna evolui a cada instante e, buscando sempre regular suas transformações, o Direito necessita passar por algumas mudanças em institutos que, até então, eram considerados imutáveis, como a ideia de um processo formal, obtuso e litigante promovido pelo Código de Processo Civil de 1973.

No contexto de evolução interpretativa dos institutos jurídicos, o Direito Processual mudou bastante o seu conceito, desde a Teoria da Relação Jurídica proposta por Oskar Büllow, no qual havia uma espécie de submissão entre as partes, até a Teoria da Situação Jurídica, a qual compreende o processo com procedência em encargos que as partes devem suportar temporariamente. Posteriormente, o Modelo Constitucional surgiu para conceber o processo desde o procedimento qualificado pelo contraditório, o qual possui um produto criado pelo juiz por meio da elaboração argumentativa das partes em consonância com as normas constitucionais.

Com esteio nessa ideia participativa, liberal e democrática de processo, o negócio jurídico processual surgiu como uma espécie de mecanismo regulador dos atos procedimentais que possibilitam maior flexibilização do processo judicial, de acordo com a vontade das partes. Decerto, quando há uma convenção processual realizada entre os litigantes, o juiz, como autor do provimento jurisdicional, deve se ater ao que foi convencionado, devendo aplicar *in totum* a regulação avençada, salvo nas hipóteses de controle previstas no Código de Processo Civil de 2015.

Em decorrência da inovação trazida pelo Diploma Processual, em particular no que tange ao negócio processual atípico, questiona-se quais os limites da convenção processual e se o juiz deve a ela se submeter. Analisando o ordenamento jurídico como um todo e, com base no conceito de processo como elaboração das partes, conclui-se que o júízo deve cumprir o que foi acordado na convenção, independentemente da renúncia, abdicção ou redução de direito, salvo nas hipóteses

expressamente previstas em dispositivos legais.

Na hipótese de o juiz recusar a aplicação de um negócio processual convencionado sem vícios, verifica-se que a vontade do Estado-juiz prevalece sobre a vontade das partes, as quais são submetidas a uma decisão arbitrária e em desconformidade com o processo democrático. Portanto, para uma plena efetivação de um processo democrático, o juiz não pode recusar que a procedimentalização de um processo judicial ocorra em conformidade com o negócio jurídico processual avençado, mesmo que esse trate de limitação ou direcionamento da instrução probatória. Desse modo, deve o juiz construir o provimento do processo judicial com base no contraditório argumentativo realizado pelas partes e em consonância com as convenções realizadas previamente.

Acredita-se, portanto, que é plenamente possível a realização de um negócio processual que limite, amplie ou extermine a produção de provas, visto que essas são uma faculdade e ônus das partes, devendo o juiz ater-se ao que foi levado aos autos para argumentar e estabelecer o provimento jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 08.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). *Coleção Grandes Temas do novo CPC*. Negócios processuais – vol.1. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002* (Código Civil). Acessado em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990* (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 02 dez. 2017.

BRIÃO, Roberta Fussieger. *Os poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade real no processo civil democrático*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. 2014. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PODERES%20INSTRUTORIOS%20DO%20JUIZ%20E%20A%20BUSCA%20DA%20VERDADE%20REAL%20-%20Roberta%20Fussieger%20Bri%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.



CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARDEN, Carlos. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. *Revista Opinião Jurídica*, v.10, n.14, p.24-41, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro*. In CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivim, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o Sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v.43, n.275, p.193-228, jan. 2018.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. Art. 190. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Volume 1. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios Jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado 281. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). *Coleção Grandes Temas do novo CPC*. Negócios processuais – vol. 1. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GRECO, Leonardo. The acts of procedural provision--first reflections/Os atos de disposicao processual-primeiras reflexoes. *Quaestio Iuris*, v. 4, n. 1, p. 720-747, 2011. Disponível em: <<https://go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=googlescholar&v=2.1&it=r&id=GALE%7CA372555642&sid=googleScholar&asid=676b1132>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o *pactum de non petendo*. *Revista de Processo*, v.42, n.272, p.419-439, out. 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC - v.1 - Negócios Processuais. Salvador: Jus Podivm, 2016.

PELLEGRINI, Ada; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SANTOS, Vanessa Gonçalves Melo. O negócio jurídico processual atípico e sua efetividade após um ano de vigência do novo código de processo civil. *Revista Jurídica*, v.2, n.51, p.211-229, 2018.

SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas. *Revista de Informação Legislativa*, v.54, n.215, p.97-115, 2017.

---

**Recebido em:** 16/10/2018

**Aprovado em:** 30/01/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; NÓBREGA, Adriano César Oliveira. A possibilidade de convenção processual referente à prova independente da homologação judicial. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.36, p.70-82, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/01/DIR36-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# DESAFIOS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NAS RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS: O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

## CHALLENGES OF ENVIRONMENTAL PROTECTION IN INTERNATIONAL COMMERCIAL RELATIONS: THE ROLE OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION

Marcilei Gorini Pivato<sup>1</sup>  
Déborah de Meira Málaque<sup>2</sup>  
Juliana Machado Sorgi<sup>3</sup>

**RESUMO:** Esta pesquisa tem por objetivo avaliar os principais desafios da proteção do meio ambiente na seara das relações comerciais internacionais. Busca-se identificar nesta perspectiva o papel da Organização Mundial do Comércio (OMC) e os principais desafios encontrados para solução de controvérsias. Para tanto, serão feitos exames sobre o meio ambiente e seus impactos em escala global, bem como a análise de alguns dos acordos e conferências internacionais. Neste cenário, será verificado sobre o papel da Organização Mundial do Comércio no que tange às questões ambientais, ou seja, quais as suas contribuições para uma regulação do comércio internacional vinculada à proteção dos recursos naturais. O método de abordagem será o dedutivo com a modalidade de pesquisa bibliográfica. As conclusões indicam que não obstante a inexistência de obrigações impositivas aos Estados membros desta organização internacional, esta possui mecanismos de sanção econômica que conferem eficácia às suas decisões.

**Palavras-chave:** Comércio internacional; efetividade; OMC; proteção ambiental.

**ABSTRACT:** This research aims to evaluate the main challenges of protecting the environment in the area of international trade relations. It seeks to identify in this perspective the role of the World Trade Organization (WTO) and the main challenges encountered in the settlement of disputes. To this end, environmental and global impact assessments will be conducted, as well as the analysis of some of the international agreements and conferences. In this scenario, it will be verified on the role of the World Trade Organization with regard to environmental issues, ie their contributions to a regulation of international trade linked to the protection of natural resources. The method of approach will be the deductive with the Method of bibliographic research. The conclusions indicate that despite the lack of tax obligations to the member states of this international organization, it has mechanisms of economic sanctions that make their decisions effective.

**Keywords:** International trade; effectiveness; WTO; environmental protection.

---

1 Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Empresarial pela UNP. Especialista em Direito Aplicado pela EMAP Advogada.

2 Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bolsista CAPES. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Arthur Thomas (FAAT/Londrina). Advogada.

3 Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho Pela Faculdade Arthur Thomas (FAAT/Londrina). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

Em virtude da elevação de negócios em nível internacional, facilitados por uma rápida circulação de mercadorias e avanços tecnológicos, passou-se a observar os reflexos de um livre comércio sobre os recursos naturais.

Os impactos na natureza passaram a ser enxergados de forma global e a preocupação em torno da finitude dos recursos ambientais e dos reflexos da degradação destes impulsionaram a primordialidade de um controle abrangente internacionalmente.

Neste sentido, impreteríveis foram os surgimentos de alternativas para a preservação da vida e do planeta, sendo que a cooperação internacional entre os Estados emergiu como medida substancial para perseguir esse objetivo.

Por outro lado, observou-se que muitos pactos econômicos internacionais foram firmados com justificativas de evitar a degradação do ecossistema, mas somente encobriam os reais motivos de proteção da atividade econômica dos Estados.

Nesta ocorrência que se ergue a importância das atividades da Organização Mundial do Comércio (OMC), que pode apresentar alguns caminhos para a conciliação de interesses econômicos e ambientais, cujo objetivo final se mostra pela realização do desenvolvimento sustentável sem impedir o livre comércio internacional.

Parte-se da hipótese que esta organização internacional pode fornecer instrumentos para uma cooperação internacional que vise a preservação ambiental. Inúmeros são os desafios nesta temática, que incluem desde a disponibilidade política e institucional dos países envolvidos, até uma maior valorização dos recursos naturais.

Neste cenário, a presente pesquisa é constituída, com o objetivo de avaliar os principais desafios da proteção do meio ambiente na seara das relações comerciais internacionais. Num primeiro plano, será demonstrada uma análise sobre o meio ambiente e seus reflexos em escala global e alguns dos acordos e conferências internacionais consideradas precursoras para os estudos sobre impacto ambiental e desenvolvimento sustentável.

Sequencialmente, será discorrido sobre o papel da Organização Mundial do Comércio no que tange às questões ambientais. Para tanto, haverá uma abordagem sobre os aspectos históricos e formadores desta organização internacional, bem como uma análise sobre as suas contribuições para uma regulação do comércio internacional atrelada à proteção da natureza.

A metodologia aplicada nesta pesquisa será a bibliográfica, contendo a observação de autores que deliberam sobre o assunto e alguns argumentos importantes para compreensão do tema e formação de uma análise crítica.

## 2 O MEIO AMBIENTE INTERNACIONAL

Com o impacto da revolução Industrial e a consolidação do capitalismo, viu-se uma aceleração no processo de degradação do meio ambiente. Não bastasse, a necessidade do estabelecimento de uma liderança política e econômica em nível mundial levou os países a entrarem em confronto em duas grandes guerras, trazendo além de outras consequências, grandes traços de destruição do meio ambiente. Destacam-se ainda as grandes inovações tecnológicas e progressos científicos que demonstraram a possibilidade de danos ambientais em nível global.

Nesse sentido, os impactos na natureza passaram a ser vistos e sentidos de forma global, deixando mais evidente a finitude dos recursos ambientais e a necessidade de um controle em nível internacional.

Diante destes fatores e sua associação à difusão dos problemas ambientais ligados à urbanização e à aceleração do desenvolvimento industrial, fez-se imperiosa a apresentação de

alternativas viáveis para a manutenção da vida no planeta e para que esta se desenvolva em todos os seus aspectos. A cooperação internacional se tornou uma medida indispensável para os Estados e os interesses comuns na preservação ambiental.

Tendo em vista a existência de recursos comuns em nível global, o apoio mútuo se estabeleceu como vital para refrear a degradação do meio ambiente. Dito de outra forma, o meio ambiente é um bem comum e deve ser protegido por todos os que dele desfrutam.

Assim, o desenvolvimento sustentável exige alterações profundas na maneira como a sociedade toma as decisões de mercado, destacando-se em especial, os desafios de obtenção de prosperidade econômica, desde que aliados às mudanças na atividade de mercado para que os recursos naturais e o meio ambiente sejam preservados (THOMAS; CALLAN, 2016, p. 529).

O direito do desenvolvimento sustentável “aporta essencialmente normas capazes de instrumentalizar políticas de desenvolvimento com base no aumento da qualidade das condições existências dos cidadãos” (DERANI, 2008, p. 155-156).

Portanto, este princípio visa “conciliar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico para a melhoria da qualidade de vida do homem.” (SIRVINSKAS, 2008, p. 55)

Com esse objetivo, o sistema jurídico evolui na busca de uma forma de cooperação entre os Estados que possa compatibilizar o desenvolvimento econômico com a garantia do meio ambiente equilibrado, de forma a garantir a sobrevivência e desenvolvimento das gerações presentes e futuras.

Nessa vertente, a cooperação internacional é fundamental à proteção global do meio ambiente, para que se desenvolvam as estruturas e as ações necessárias à adoção e à aplicação de políticas globais. Assim:

é possível entender a interdependência dos Estados, projetada como liame indispensável da globalização que, hoje, é fundamento de sobrevivência. Ao mesmo tempo, essa estrutura consolida-se como advento da ampla comunicação e crescimento dos mercados. (AZEVEDO; LIMA, 2009, p. 23).

Historicamente, a discussão da temática ambiental sob a ótica das relações internacionais conduz ao início do século XX, onde surgiram os primeiros pactos entre os países na tentativa de conter a ação de colonos que chegavam às terras e demoliam sua base natural (RIBEIRO, 2001, p. 53).

Entretanto, nesta época não se alcançou o objetivo de conter a devastação ambiental. Wagner Costa Ribeiro (2001, p. 53) aponta que somente com o Tratado do Antártico, que se deu sem a participação da ONU – Organização das Nações Unidas, se conseguiu pela primeira vez a preservação de uma área partindo de um acordo internacional.

O I Congresso Internacional para a Proteção da Natureza, em 1923, na cidade de Paris representa para muitos o primeiro passo de destaque para abordar os problemas da degradação ambiental, incluindo-se ainda a Convenção Internacional para Prevenção da Poluição do Mar por Óleos em Londres, no ano de 1954, como o primeiro tratado contra a poluição (SILVA, 1995, p. 25).

Mais adiante, o interesse público e científico sobre questões ambientais tornou-se mais recorrente, e, a partir das últimas décadas do século XX, houve a profusão de organismos multilaterais como Organizações Não Governamentais (ONGs) e Organizações Internacionais Supragovernamentais (OISGs) (SENHORAS; MOREIRA, 2008, p. 49). Tais organismos se prontificaram para observar e cobrar as políticas nacionais e internacionais no que tange ao meio ambiente.

Neste movimento de internacionalização da consciência ambiental, destaca-se a publicação do Clube de Roma, com o estudo Limites do crescimento por Dennis L. Meadows e um grupo de pesquisadores, em 1972, que se mostrou como um marco importante na discussão sobre um a preservação da biodiversidade e conceito alternativo de desenvolvimento (BRÜSEKE, 1995, p. 29).

Nestes estudos, foram realizados debates sobre os riscos da degradação do meio ambiente

iniciados nos anos 60, com destaque maior no fim desta década e no início dos anos 70. Como resultados destes trabalhos, houve a Conferência de Estocolmo em 1972, como primeira grande discussão internacional (BRÜSEKE, 1995, p. 29), com estudos que incluíram a preocupação com os problemas ambientais nos países em desenvolvimento.

Entretanto, observou-se que os progressos obtidos desde 1972 até 1982 foram mínimos, além de se constatar que os níveis de poluição se elevaram e a degradação ambiental não foi impedida (BRÜSEKE, 1995, p. 47-48).

Já em 1983, iniciaram-se os trabalhos da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), na Assembleia Geral da ONU e contava com a participação de representantes de 21 países. A referida comissão restou conhecida como Comissão Brundtland já que presidida pela então primeira-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland, que foi a única estadista designada para o cargo de Primeiro-Ministro após ter ocupado a pasta de meio ambiente (BRÜSEKE, 1995, p. 32).

Como fruto destes trabalhos foi publicado o relatório “Our common future” na Inglaterra e nos Estados Unidos pela Oxford University Press em 1987. No Brasil, este debate foi publicado em 1988, com o título “Nosso Futuro Comum”, pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (SCOTTO; CARVALHO; GUIMARÃES, 2008, p. 9).

Viu-se assim, uma explosão de normas ambientais e a realização de mais de dez grandes conferências-quadro a partir dos anos 90 e início do século XXI, demonstrando o crescimento da importância das matérias relativas ao meio ambiente (BARROS-PLATIAU; VARELLA; SCHLEICHER, 2004, p.129).

Nessa perspectiva, muitos Estados procuraram adequar suas legislações aos princípios acordados. Consagrou-se o meio ambiente como um patrimônio universal e indivisível, ou seja, não há limites geográficos para os recursos naturais, suscitando uma preocupação e atuação conjunta dos Estados e seus cidadãos.

Restou crescente que dentro do núcleo econômico e dos ideais de desenvolvimento, deve haver uma compatibilização com a preservação do meio ambiente, “sendo impossível expungir a legislação ambiental da expressão desenvolvimento, mais vale, do ponto de vista hermenêutica, entendê-la como utilização sustentável do meio ambiente, uma vez que o desenvolvimento não é necessariamente um bem, ainda que sustentável” (AZEVEDO, 2005, p.290).

Não se pode olvidar que meio ambiente e economia são temas que se relacionam e que devem ser discutidos conjuntamente em razão da grande repercussão do comércio internacional. As políticas ambientais devem acompanhar o ritmo acelerado das relações exteriores, onde se prossegue com o exame do papel de uma das principais instituições internacionais neste cenário, a Organização Mundial do Comércio.

### **3 A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E QUESTÕES RELATIVAS À TEMÁTICA AMBIENTAL.**

Nos últimos anos da Segunda Guerra Mundial, os Estados se encontravam com uma economia fragilizada e pretendiam evitar um cenário protecionista e a diminuição do comércio internacional que se instaurou após a Primeira Grande Guerra. Viu-se inclusive a elevação de práticas comerciais internacionais dos países em desenvolvimento, o que impulsionou os países desenvolvidos a adotar medidas restritivas em relação ao comércio internacional.

Outra grande preocupação residia na existência de padrões ambientais brandos em alguns países que podem conduzir a uma concorrência desleal, na medida em que são despendidas quantidades inferiores de investimentos nas questões do ambiente. Assim, as diferenças de regulamentação entre diferentes Estados podem de igual forma afetar a competitividade no âmbito internacional.

Aumentou-se, também, a pressão de entidades e de ONGs que “passaram a exercer uma ação mais contundente e a mobilizar a opinião pública internacional para os temas ambientais”

(RIBEIRO, 2001, p. 93).

Nessa conjuntura, houve uma necessidade de uma cooperação entre os Estados para que suas economias se estabilizassem. Formalizou-se assim, uma série de conferências que culminaram com a celebração de um Acordo Geral de Tarifas e Comércio, o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), sendo considerado o principal tratado multilateral do comércio internacional. O GATT propiciou as principais negociações comerciais mesmo sem o caráter de organização internacional.

De 1947 a 1994 ocorreram oito rodadas de negociação no GATT, sendo que o tema mais importante da Rodada Uruguai foi a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC).

As atividades da Organização Mundial do Comércio (OMC) foram inauguradas em 1º de janeiro de 1995, sendo uma organização com personalidade jurídica e de caráter permanente. Compreende a estrutura do antigo o GATT, além de ter importado alguns dos princípios sobre a regulamentação multilateral do comércio, como por exemplo, o princípio da nação mais favorecida, do tratamento nacional e da transparência.

Entretanto, as formas de soluções de controvérsias integrantes do GATT não traduziam a efetividade que era desejada, vez que, não indicava prazos e não possuíam prazos para conclusões. Já no sistema da OMC, o seu Órgão de Solução de Controvérsias possui regras que conferem maior estabilidade aos países membros, com a possibilidade efetiva de aplicação de restrições aos mesmos.

Desde sua criação, a OMC tem incluído em suas discussões aspectos sobre a relação do comércio e do meio ambiente, já que um descontrole no que tange aos negócios internacionais apresenta reflexos prejudiciais ao planeta e seus recursos naturais.

Sublinhe-se, por exemplo, o fórum global sobre o meio ambiente ocorrido na cidade de Johannesburg, África do Sul, no ano de 2002, onde as nações participantes discutiram a relação do comércio internacional e o meio ambiente com fulcro nas resoluções básicas da OMC (SOARES, 2005, p. 118).

Sua sede está localizada na Suíça, em Genebra, e suas línguas oficiais são inglês, francês e o espanhol. Atualmente dispõe de 164 membros que além de usufruírem de direitos, também estão obrigados às obrigações impostas pela organização, conforme segue:

Os países membros que atualmente compõem a OMC ingressaram nessa organização através de negociações, aceitando as obrigações impostas e fazendo uso dos direitos existentes até o presente momento, sob pena de responsabilidade internacional. Assim, eles aceitaram obedecer às normas impostas, sabendo das punições que poderiam sofrer caso não as cumprissem (PIFFER, 2011, p. 19).

No âmbito do comércio internacional, verifica-se a presença de regulamentações e normas contidas no plano legislativo nacional, bem como a existência de cláusulas contidas em acordos multilaterais sobre condições para preservação do meio ambiente.

Assim, as funções básicas da OMC revelam-se no campo da regulação do comércio mundial, de mecanismos que facilitem o comércio internacional, na análise e mediação dos conflitos entre os Estados e na investigação de práticas comerciais abusivas entre seus membros. Tais atividades de mostram de suma importância, haja vista que comércio internacional é essencial para o desenvolvimento econômico das nações, permitindo intercâmbio de bens e serviços entre diversas regiões, países ou blocos econômicos.

Como dito, a OMC

Trata-se do coração do direito internacional econômico, com legitimidade mundial e força para tornar suas normas eficazes e, em função de centenas de conflitos trazidos ao longo dos poucos anos de existência do seu Órgão de Solução de Controvérsias (BARROS-PLATIAU; VARELLA, 2004, p. 43).

Entretanto, a forte escala de comércio internacional, vinculada à velocidade de informações e troca de mercadorias, são hábeis para gerar assimetrias econômicas e políticas entre os países em seus diversos estágios de desenvolvimento. Na seara ambiental, podem ocorrer diversas distorções e prejuízos de dimensões inimagináveis que afetarão inúmeras gerações.

O comércio internacional possui problemas que também refletem nas questões ambientais, já que persegue uma lógica “que não corresponde ao livre intercâmbio de mercado, mas na obtenção de resultados, os quais implicam a defesa de interesses de uma nação mais forte do que as demais” (SOARES, 2005, p.116).

Em especial após a Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992, intensificaram os debates sobre o desenvolvimento sustentável como base das negociações internacionais. Ressalte-se que no início da década de 1970, a ONU procurava construir um arcabouço jurídico para o meio ambiente desde sua primeira conferência ministerial (QUAGLIA, 2012, p.72).

Em 1994, foi criado na OMC, o Comitê de Comércio e Meio Ambiente (Committee on Trade and Environment - CTE) para dar maior destaque às políticas ambientais no que se refere ao comércio exterior e com o objetivo de viabilizar as políticas de meio-ambiente, com as políticas de comércio e os princípios do desenvolvimento sustentável.

Referido comitê tem caráter permanente e representa um fórum específico que trata sobre a ligação entre meio ambiente e comércio internacional, visando o desenvolvimento sustentável. Entrementes, a atuação do CTE deve se limitar às questões de meio ambiente relacionadas às práticas comerciais, ou seja, dentro da atuação do OMC.

Ademais, “o CTE tem a incumbência de fazer recomendações sobre a necessidade de modificações nas disposições do sistema multilateral de comércio, compatíveis com o caráter aberto, equitativo e não-discriminatório do sistema” (SILVA, 2008, p.208).

A relevância do CTE é assim descrita pela sua faculdade de apontar recomendações a quaisquer dos pactos firmados na OMC, visando uma interação entre o sistema multilateral de comércio e os princípios de desenvolvimento sustentável. Dito de outra forma busca-se um equilíbrio entre a promoção do livre comércio delimitado pela OMC, e as demandas de proteção ambiental, uma vez que esta organização mundial não detém acordo específico sobre o meio ambiente, mas dispositivos contidos nos acordos que relatam o cuidado com a natureza.

Segundo o relatório deste Comitê, os governos dos membros da OMC,

estão comprometidos a não introduzir restrições ao comércio ou medidas compensatórias que sejam incompatíveis com as regras da OMC, ou protecionistas, de modo a compensar qualquer efeito adverso econômico ou competitivo na aplicação de políticas ambientais. Do mesmo modo, os governos têm o direito de estabelecer seus padrões nacionais sobre o ambiente, de acordo com as suas condições, necessidades e prioridades ambientais e de desenvolvimento, e seria inapropriado relaxar os padrões nacionais existentes de forma a promover o seu comércio (THORSTENSEN, 1998, p. 42).

Aponta-se ainda a existência da assistência técnica da OMC ligada ao comércio e ao meio ambiente para promoção mais ativa dos países em desenvolvimento, com a realização de seminários regionais, simpósios, cursos de políticas comerciais (MENDONÇA, 2013, p. 116).

Ademais, é de se ressaltar o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC como um importante instrumento para resolver disputas naquelas oportunidades em que não haja possibilidade de conciliação de interesses nas políticas econômicas e ambientais entre os países. Diante de reclamações apresentadas por países membros, o OSC tem a prerrogativa de aplicar retaliações aos países que não obedecessem às regras gerais estipuladas.

Nota-se que não há instituição que seja capaz de impor a legislação internacional, “ao passo



que a OMC é extremamente eficaz, por meio do seu Órgão de Solução de Controvérsias, em perfazer a implementação do seu conjunto normativo” (BARROS-PLATIAU; VARELLA, 2004, p. 45).

Por outro ângulo, ensina Maria de Lourdes Albertini Quaglia (2012, p.74) que a efetividade dos regimes e normas que tratam do meio ambiente variam de acordo com a abordagem de cada um, vez que, em muitas oportunidades, os aspectos legais não serão suficientes, sendo necessários pontos relativos à política para viabilizar as regras desejadas. Ademais, os Tratados Internacionais também contribuem para que os Estados elaborem suas normas individuais de proteção ambiental.

Marcelo Dias Varella (2009, p.35) destaca que o direito internacional possui características peculiares no que tange à adoção de normas que não pretendem solucionar o problema ambiental, todavia, buscam dar um primeiro passo para o convencimento dos Estados resistentes a estes temas.

Se por um lado, as normas do direito internacional econômico guiadas pela OMC possuem efetividade e eficácia, as normas do direito internacional ambiental são esparsas e pouco relacionadas entre si, ainda “sem a possibilidade de recursos a um tribunal internacional com real poder de sanção”, de forma que “elas nem sempre podem ser consideradas obrigatórias” (VARELLA, 2009, p.33-34).

Nota-se que a disponibilidade política para uma abertura e conciliação entre Estados com diferentes níveis de desenvolvimento e com diferentes posicionamentos ideológicos, figura-se como uma barreira a ser superada. Há que se estabelecer padrões mínimos que viabilizem a proteção da biodiversidade dentro das práticas comerciais.

Entretanto, o desenvolvimentismo internacional tem servido de apoio para a injustiça ambiental, com orientações com pouca eficiência “porque o discurso ambiental que informa a política e impulsiona as agendas de pesquisa para orientar políticas tornava os riscos associados aos projetos econômicos completamente invisíveis” (LYNCH, 2001, p.64-65).

Veja-se que o livre comércio sem dispor de políticas ambientais apropriadas, pode produzir danos à biodiversidade. Por outro lado, regulações muito rígidas podem danificar uma concorrência comercial legítima. Nesse sentido, “o direito internacional econômico, representado pelas regras da OMC, apresenta uma lógica própria que está, em muitas ocasiões, em contradição com a lógica de certas convenções internacionais sobre o meio ambiente.” (VARELLA, 2004, p. 255).

Ademais, no conflito entre as normas de cunho econômico e ambiental, o direito internacional econômico prepondera e anula o valor das normas ambientais em virtude da diferença de eficácia entre os dois conjuntos de normas, quais sejam, o ambiental e o econômico (VARELLA, 2004, p. 255).

O simples ideal de elevação no fluxo comercial traz consigo o pressuposto de degradação ambiental. Ademais, observa-se o embate entre a liberdade econômica e o direito dos Estados em prever seus próprios limites de desenvolvimento sustentável, dificulta um pacto sobre as questões ambientais em nível internacional.

Nesse diapasão, Barbara Deutsch Lynch (2001, p.78), partindo do pressuposto que os riscos ambientais são produzidos pela globalização econômica, destaca a necessidade de apoio internacional para a transferência de informação e desenvolvimento institucional no intuito de fortalecer a ciência do interesse público.

Destaca-se ainda que algumas medidas unilaterais de proteção ao meio ambiente têm como consequência a destruição das indústrias dos países em desenvolvimento e a elevação da pobreza. Nesse sentido, se estará diante de uma destruição mais importante do meio ambiente como um todo, já que os interesses econômicos dos países em desenvolvimento se encontram com os interesses do direito comercial internacional (VARELLA, 2004, p. 274).

Nos casos relativos à sustentabilidade ambiental, tem-se ainda como alvo impedir medidas protecionistas que estejam encobertas por medidas de proteção ao meio ambiente, e que visem somente vantagens econômicas.

Veja-se, por exemplo, o caso em que disputavam Estados Unidos e Brasil, relativamente à questão da gasolina em 1996:

As medidas legislativas norte-americanas autorizavam imposições de medidas fiscais à gasolina importada do Brasil, sob a alegação de que sua composição não obedeceria aos padrões de controle ambiental domésticos (no território americano). Considerada pela OMC, como uma medida arbitrária e protecionista em relação ao Brasil, foram também condenados a indenizar o Brasil (SOARES, 2005, p. 126).

Outro caso conhecido que demonstra a utilização de argumentos favoráveis à proteção ambiental para encobrir interesses protecionistas, foi aquele envolvendo novamente os Estados Unidos e o Canadá. Neste, os EUA elaboraram uma norma que impedia a entrada de lagostas menores que 16 centímetros, aduzindo que estes crustáceos não dispuseram de tempo para sua reprodução. De igual forma, a OMC entendeu que se tratava simplesmente de uma medida protecionista, e foi determinado pagamento de indenização ao Canadá.

Contudo, a OMC não impõe obrigações positivas no âmbito de proteção ecossistêmico, de forma que não há algum acordo multilateral exclusivo relativamente à essa temática. Esta organização apresenta requisitos procedimentais de não proteção por meio de restrição disfarçada ao comércio. Busca-se nestes casos, uma cooperação internacional para o alcance do interesse na preservação ambiental:

Em linhas gerais, as medidas ambientais impostas pelos Membros da OMC devem obedecer às regras do ordenamento único ou enquadrar-se nas exceções gerais do art. XX do GATT/94 mediante preenchimento dos pressupostos nele elencados, sendo que as controvérsias que surgirem a respeito serão solucionadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC (BARACAT, 2012, p. 71).

As críticas quanto à efetividade das negociações quando estas envolvem comércio e meio ambiente, merecem ponderações. Argumenta-se que foram realizadas somente análises teóricas, sem alguma decisão concreta com benefícios e valorização dos recursos naturais. Os interesses comerciais estariam sempre encobertos pela suposta cooperação para o desenvolvimento sustentável.

A Declaração Ministerial de Hong Kong em 2005 é apontada como uma exceção à esta possível ineficácia das negociações sob âmbito da OMC, já que teria apresentado normativas de sustentabilidade ambiental para os subsídios à pesca (ALMEIDA; FEIX; MIRANDA, 2010, p.252).

Entretantes,

O que deve ser compreendido como os mecanismos internacionais de regulação criam um regime de obrigações para o Estado que também influencia os mecanismos nacionais de regulação, ou, pelo menos, guiam sua interpretação até certo ponto. Se partirmos da hipótese de que, atualmente, o regime internacional da OMC é o que predomina, então as obrigações dos Estados serão implementadas de acordo com esse regime, ou melhor, serão desenvolvidas de forma a mitigar os obstáculos relativos ao comércio de OGMs (BARROS-PLATIAU; VARELLA, 2004, p. 45).

Ademais, o poder de fazer cumprir seus acordos faz com que a OMC seja um fórum adequado e relevante para o avanço de compromissos ambientais multilaterais (ALMEIDA; FEIX; MIRANDA, 2010, p. 246). Ou seja, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, por meio de suas sanções econômicas, atribui a eficácia necessária aos ditames de preservação ambiental

nos negócios internacionais. Os Estados optam por não assumir os impactos que podem decorrer de um descumprimento das normas que se comprometeram ao se tornarem membros desta organização mundial.

Nesse sentido, a precisão e a observância das normas estabelecidas na OMC, “bem como o nível de delegação por parte dos membros são suficientemente assegurados para que o regime seja forte, o que não ocorre na maioria dos regimes internacionais ambientais” (BARROS-PLATIAU; VARELLA, 2004, p.129).

Ressalte-se, outrossim, a participação da OMC como observadora no PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente) e nas Convenções de Basileia, de Estocolmo e de Roterdã, indicando uma conexão entre o comércio e as políticas ambientais (BARACAT, 2012, p.77).

Assim, é possível vislumbrar dentro que a ideia do meio ambiente como um patrimônio da humanidade, a OMC apresenta mecanismos mais eficientes e que não dependem unicamente das legislações domésticas. Não obstante, ainda subsiste a necessidade de ações integradas de todos os países e que visem dar proteção ao ecossistema.

Os desafios e entraves para as questões ambientais no âmbito da OMC não podem inibir análises cuidadosas nos negócios internacionais. A conquista de um desenvolvimento sustentável requer intervenções em nível global para uma conciliação de interesses que não ignore a preservação ambiental. A concorrência em nível externo e a proteção de interesses domésticos não podem ser utilizadas como subterfúgio para ideais meramente econômicos. Estes fatores merecem ser identificados e apontados pelas organizações internacionais, em especial a Organização Mundial do Comércio, por meio de seus efetivos meios de coerção econômica.

#### **4 CONCLUSÃO**

Os negócios internacionais envolvem interesses muitas vezes conflitantes com os ideais de preservação ambiental. Portanto, torna-se imprescindível uma integração entre Estados e cidadãos para preservação dos recursos naturais, com uma visão de interdependência e cooperação, inclusive nas relações comerciais internacionais.

A fusão de matérias relacionadas à proteção do ecossistema não pode ser negligenciada pelos Estados, sejam eles desenvolvidos ou em desenvolvimento. Há que prevalecer políticas econômicas voltadas para um desenvolvimento sustentável, de forma que a inexistência de imposições positivas de caráter internacional não pode figurar como impedimento para a concretização de um modelo de negócios sustentáveis.

Nesse viés, a Organização Mundial do Comércio, por meio de suas regras e do seu Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), pode conduzir os negócios internacionais para um caminho com reduzidos impactos ambientais, mesmo que o seu foco de atuação seja no tocante à facilitação dos fluxos comerciais.

O emprego de sanções ou embargos econômicos pela OMC se mostra como um mecanismo eficiente para direcionar e fomentar a cooperação entre os países para questões ambientais. Ademais, ressalte-se a importância desta organização internacional no que se refere à concessão de oportunidades de acesso ao mercado para os países em desenvolvimento. Tais medidas se justificam em razão do protecionismo estatal que se estabeleceu para afetar a concorrência internacional.

Por fim, importa que a OMC conduza dentro de suas regras e medidas impositivas, medidas que impactem de forma positiva o meio ambiente, possibilitando uma conciliação entre os interesses econômicos e da natureza.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Andrea; LIMA, Gabriela. Construção do conceito de efetividade no direito. In: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). *A efetividade do direito internacional ambiental*. Brasília: Editoras UNICEUB, UNITAR e UNB, 2009, p. 11-28.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do direito ambiental-reflexões sobre seu sentido e aplicação. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. v.1. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 283-302.

BARACAT, Fabiano Augusto Piazza. *A OMC e o meio ambiente*. Campinas: Millenium Editora, 2012.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias. O regime internacional de biossegurança e suas implicações para os cidadãos brasileiros. *Revista Cena Internacional*. Brasília: Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília (IREL/UnB) / Fundação Alexandre de Gusmão (Funag/MRE), ano 6, n. 1, p. 36-58, jun. 2004.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias; SCHLEICHER, Rafael T.. Meio ambiente e relações internacionais: perspectivas teóricas, respostas institucionais e novas dimensões de debate. *Revista brasileira de política internacional*. Brasília, v. 47, n. 2, p. 100-130, dez. 2004. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292004000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292004000200004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 03 jul. 2017.

BRÜSEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. São Paulo: Fundação Joaquim Nabuco, 1995, p. 29-40.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini. *A efetividade dos julgados da OMC em matéria ambiental*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

LYNCH, Barbara Deutsch. Instituições internacionais para a proteção ambiental: suas implicações para a justiça ambiental em cidades latino-americanas. In: ACSELRAD, Henri (Org.). *A duração das cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 57-82.

MENDONÇA, Renata de Lima. A Organização Mundial do Comércio e o meio ambiente. Olhares Plurais. *Revista Eletrônica Multidisciplinar*, v.1, n.8, p.112-127, 2013.

PIFFER, Carla. Comércio internacional e meio ambiente: a Organização Mundial do Comércio como locus de governança ambiental. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.8, n.15, p.111-132, jan./jun. 2011. RIBEIRO, Wagner Costa. *A ordem ambiental internacional*. São Paulo: Editora Contexto, 2001.

SENHORAS, Elói Martins; MOREIRA, Fabiano de Araújo. *Fundamentos normativos para uma geopolítica ambiental nas relações internacionais*. 1º Simpósio de Pós-Graduação em Geografia do Estado de São Paulo - SIMPGEO. Rio Claro: UNESP, 2008. Disponível em: <<https://works.bepress.com/eloi/74/download/>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

SILVA, Henry Iure de Paiva. Comitê de comércio e meio ambiente da OMC: informações sobre o seu papel, atribuições e funcionamento. *Pensar*, Fortaleza, v.13, n.2, p.205-215, jul./dez. 2008.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial: uma reconstituição da Conferência do Rio de Janeiro sobre meio ambiente e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOARES, Remi Aparecida de Araújo Soares. *Proteção ambiental e desenvolvimento econômico: conciliação*. Curitiba: Juruá, 2005.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias. Efetividade do direito internacional ambiental: análise comparativa entre as convenções das CITES, CDB, QUIOTO e Basiléia no Brasil. In: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). *A efetividade do direito internacional ambiental*. Brasília: Editoras UNICEUB, UNITAR e UNB, 2009, p.29-49.

THOMAS, Janet M.; CALLAN, Scott J. *Economia ambiental: aplicações, políticas e teoria*. Tradução Noveritis do Brasil. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

THORSTENSEN, Vera. A. *OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais*. Rev. bras. polít. int., Brasília, v.41, n.2, p.29-58, Dec. 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73291998000200003&lng=en&nrm=i](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200003&lng=en&nrm=i)so>. Acesso em: 12 jun. 2017.

---

**Recebido em:** 22/08/2017

**Aprovado em:** 31/01/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

PIVATO, Marcilei Gorini; MÁLAQUE, Déborah de Meira; SORGI, Juliana Machado. Desafios da proteção ambiental nas relações comerciais internacionais: o papel da Organização Mundial do Comércio. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.36, p.83-93, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/02/DIR36-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A JUSTIFICATIVA FUNCIONALISTA SISTÊMICA PARA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

## THE FUNCIONALIST SYSTEMIC JUSTIFICATION FOR THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE SENTENCE OF IMPRISONMENT IN THE JURY

Rafael Schwez Kurkowski<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca justificar a execução provisória da pena, no tribunal do júri, com base no funcionalismo sistêmico, cujo representante é Günther Jakobs. Para tanto, mediante análise documental e revisão bibliográfica, sustenta que o Processo Penal, o qual se deve conformar ao Direito Penal, precisa fornecer a este meios para o cumprimento da sua principal função, qual seja, a prevenção geral positiva, segundo a qual a pena reafirma a vigência da norma arrostada pelo agente criminoso. Argumenta então que a execução provisória da pena, no júri, é necessária para comunicar à sociedade que a norma violada pelo agente criminoso subsiste.

**Palavras-chave:** Execução provisória da pena; funcionalismo sistêmico; função do direito penal; justificativa; tribunal do júri.

**ABSTRACT:** The present article seeks to justify the provisional execution of the sentence of imprisonment in the jury based on the systemic functionalism, whose representant is Günther Jakobs. For this purpose, through documental analysis and bibliographic review, this paper sustains the criminal proceedings, which must be adapted to the criminal law, needs to provide ways for this one to accomplish its main function, the positive general prevention, according to which the penalty reaffirms the validity of the law confronted by the criminal. It argues so that the provisional execution of the sentence of imprisonment in the jury is necessary to communicate to the society that the law that was violated by the criminal subsists.

**Keywords:** Function of criminal law; justification; jury; provisional execution of the sentence of imprisonment; systemic functionalism.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo (FAPIDE). Professor de Direito Processual Penal e de Execução Penal na Faculdade Pio Décimo (Aracaju/SE). Integrante dos grupos de pesquisa Tutela Penal dos Interesses Difusos da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) e Política Criminal do UNICEUB. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

## 1 INTRODUÇÃO

A legitimação ou a justificação do direito penal constitui questão indissociável dos fins ou função da pena. (DIAS, 1999, p. 89). Não é exagero afirmar que “toda teoria da pena é uma teoria da função que deve cumprir o direito penal”. (BACIGALUPO, 2005, p. 21). Assim, “quando se fala em sentido de função do direito penal, está-se a perquirir acerca do sentido e da função da pena”. (SUXBERGER, 2006, p. 107).

Por sua vez, o processo penal, compreendidos aí tanto as respectivas legislação e dogmática, é o instrumento que permite ao Estado realizar, faticamente, o Direito Penal, ou seja, aplicar a pena ou absolver o agente quando constatada ou não a prática de um crime, respectivamente. Observado o bordado *nulla poena sine iudicio*, a “sanção penal, ‘lacto sensu’ considerada, somente pode ser imposta jurisdicionalmente, por meio do ‘processo’”. (TUCCI, 2002, p. 166). Daí exsurtem, aliás, o princípio da inevitabilidade do processo penal, segundo o qual a toda prática criminosa deve seguir uma ação judicial correspondente, e a regra da *necessidade do processo penal*, pois é inadmissível a irrogação da pena sem que seja no bojo desse processo. (TUCCI, 2002, p. 42). É cristalina, portanto, a relação de dependência entre o Processo Penal, de um lado, e o Direito Penal e a pena, de outro. Resta igualmente claro que o processo penal, uma vez orientado à aplicação do direito penal, está sob os influxos da teoria da pena e vice-versa. O Direito Penal necessita do Processo Penal para cumprir a sua função.

A execução provisória da pena, que passou a ser admitida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar os hábeas-córpus<sup>2</sup> (HC) n. 126.292/SP, constitui típico exemplo dessa dependência entre Processo Penal, Direito Penal e pena. Nos termos do referido HC, após o encerramento das instâncias ordinárias, vale dizer, depois do julgamento dos recursos de apelação (art. 593 do Código de Processo Penal – CPP), de embargos infringentes e de nulidade (art. 609, parágrafo único, do CPP) e os respectivos embargos de declaração (art. 619 do CPP), é cabível executar a pena. É exatamente o processo penal que, nessa hipótese, permite ao Estado executar, embora provisoriamente, a pena, cumprindo, portanto, a função do Direito Penal. Registra-se que, em outro lugar, já se demonstrou que a execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, além de compatível com os direitos fundamentais (KURKOWSKI; SUXBERGER, 2016), se justifica pelo trânsito em julgado do capítulo sentencial da culpa (KURKOWSKI, 2017b).

Já no HC n. 118.770/SP, a Primeira Turma do STF firmou a seguinte tese: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”. A diferença substancial aqui é prescindibilidade do encerramento das instâncias ordinárias. Consigna-se que, também em outro lugar, já se pontuou que a execução provisória da pena, em sede de júri, decorre do caráter democrático deste; é justamente a democracia do júri que confere soberania às suas decisões. (KURKOWSKI, 2017a).

Considerando a íntima relação entre pena, Direito Penal e Processo Penal, o que pode justificar a imediata prisão no tribunal do júri? Não há uma reflexão dogmática aprofundada no HC n. 118.770/SP e na doutrina atualmente existente a esse respeito, os quais demonstram a possibilidade da execução provisória, mas não o seu fundamento. É justamente este o objetivo do

2 Sobre a forma “hábeas-córpus”, Kaspary ensina: “Hábeas-córpus é a forma lógica e completamente aportuguesada: com hífen, para indicar a unidade semântica do termo (à semelhança de pena-base, dias-multa, queixa-crime, etc.); com acento gráfico em hábeas, por ser paroxítona terminada em ditongo crescente (à semelhança de pâncreas, várzea, área, etc.); e também com acento gráfico em córpus, por ser paroxítona terminada em us (à semelhança de vírus, húmus, Vênus, etc.). Compare-se o termo com outros latinismos aportuguesados, tais como mapa-múndi, vade-mécum, pró-forma, fac-símile, etc”. (KASPARY, 2005, p.115-116).

presente artigo: justificar a execução provisória da pena no júri com base no funcionalismo sistêmico, cujo representante é Günther Jakobs. Por essa teoria, sinteticamente, que se serve bastante da teoria sistêmica de Luhmann, o direito penal desempenha uma função de *prevenção geral positiva*: frente à violação da norma (tipo penal) provocada pelo agente que praticou um crime, é necessário que a pena restabeleça a sua vigência e, por consequência, comunique aos cidadãos que essa norma continua válida. (JAKOBS, 2008, p. 96-99).

A hipótese a ser desenvolvida é a seguinte: mesmo que provisório, o cumprimento da pena, imediatamente após o julgamento pelo conselho de sentença, no tribunal do júri, é requisito para que o Estado logre comunicar aos cidadãos que a norma arrostada pelo agente criminoso, quando da praticou do crime, continua vigente ou eficaz<sup>3</sup> (prevenção geral positiva). Assim, se o cumprimento provisório da pena não sucede logo após o julgamento, o emissor da comunicação – o Estado – falha nesse processo comunicativo.

Para fins de comprovação hipótese acima apresentada, em primeiro lugar, expor-se-ão os traços básicos das mais conhecidas teorias legitimadoras do direito penal – e da pena – desde o Iluminismo, conferindo-se maior ênfase ao funcionalismo sistêmico. Dada a limitação deste trabalho, serão abordados apenas os traços básicos que têm pertinência ao objeto da presente pesquisa. Justifica-se, ademais, o corte temporal estabelecido porque, antes do Iluminismo, o Estado, que consistia em mero poder fático ou político, utilizava a pena apenas para configurar e estabilizar o poder político (FEIJOO, 2014, p. 17). Logo, a pena – e o direito penal – não tinham um fundamento racional. É necessária essa visão panorâmica das teorias do direito penal para, mediante comparação entre elas, identificar a especificidade do funcionalismo sistêmico que tem o condão de legitimar a execução provisória da pena no júri.

Em segundo lugar, buscar-se-á demonstrar que, no júri, a pena deve ser cumprida imediatamente após a decisão do conselho sentença, sob pena de o Estado não conseguir comunicar aos cidadãos que a norma arrostada pelo agente criminoso continua vigente. A qualificação e a especialidade do procedimento do seu procedimento – julgamento originário já colegiado, plenitude da defesa, procedimento bifásico cuja etapa do *judicium accusationis* faz um exame criterioso da viabilidade da acusação – tornam o júri o palco adequado para o Estado fazer a comunicação já referida aos jurados.

É certa a existência de críticas contra a teoria de Jakobs, a exemplo de Ferrajoli (2014, p. 256), para quem ela é “inevitavelmente solidária com modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa”. Para García Amado (2006, p. 234), no funcionalismo, o “direito penal deixa de estar a serviço da ordem do materialmente justo e se justifica pela sua prestação para a manutenção do todo social” (tradução livre). Contudo, a escolha do funcionalismo sistêmico não foi aleatória e revela, de forma cristalina, o posicionamento deste trabalho. Porque nenhuma teoria é neutra, pois todo o conhecimento científico é socialmente construído, a opção aqui feita, ao eleger uma ferramenta adequada para tanto, tem o claro propósito de sustentar o cabimento da execução provisória da pena, no âmbito do júri, no ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia utilizada na presente pesquisa consiste na análise documental e, especialmente, na revisão bibliográfica.

---

<sup>3</sup> Vigência e eficácia são tratados como sinônimos, aqui. Diferentemente, o presente trabalho observa a diferença entre validade e vigência da lei. Enquanto a validade é o problema de existência da regra, a eficácia da norma é o problema de ela ser seguida ou não pelas pessoas a quem é dirigida, segundo Bobbio (2005, p. 46-47). No funcionalismo sistêmico, portanto, o agente, ao praticar o crime e, com isso, comunicar à sociedade que não reconhece a norma por ele violada, põe em xeque a eficácia da lei, mas não a sua validade, pois, independentemente de as pessoas seguirem ou não a lei, esta continua válida até que seja revogada por outra lei ou declarada inconstitucional.



## 2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL PARA TUTELAR A VIGÊNCIA DA NORMA

As teorias da pena dividem-se entre as absolutas, que têm caráter retributivo, e as relativas, que se orientam para a prevenção. (JAKOBS, 2006, p. 87-88). A classificação como absoluta designa que a justiça que se busca com a pena é absoluta, não dependendo de conveniências utilitaristas de cada momento, enquanto a classificação como relativa indica que a necessidade de prevenção buscada pela pena é relativa e circunstancial. (MIR PUIG, 2011, p. 38-40). Das teorias relativas advêm formas específicas de prevenção. A prevenção *geral* (direcionada a todos) pode ser negativa, quando exerce um efeito intimidatório sobre a população, mormente sobre os potenciais criminosos, ou positiva, quando reafirma a confiança dos cidadãos na vigência das normas, tendo como destinatários, portanto, os cidadãos fiéis ao Direito. Já a prevenção *especial* (direcionada ao agente) pode ser negativa, quando visa à inocuidade do agente criminoso enquanto ele está segregado, ou positiva, quando objetiva a ressocialização do criminoso. (GRECO, 2000, p. 322).

Adriano Teixeira acrescenta que, enquanto o retributivista pune o criminoso porque este merece ou por uma questão de justiça, devendo olhar para o passado, o preventivista pune para produzir vantagens para o futuro, a saber, a redução de crimes, devendo olhar para a frente. Além da diversidade desses dois tipos de teorias, há também as teorias mistas ou unificadoras. (TEIXEIRA, 2015, p. 73).

Bacigalupo (2005, p. 22) esclarece que a Escola Clássica manteve o critério legitimador da justiça por meios das teorias absolutas da pena, enquanto a Escola Positiva propunha o critério da utilidade por meio das teorias relativas da pena.

Igualmente, a legitimação da intervenção penal pode ser analisada sob a óptica principialista e a consequencialista. Por aquela, o direito penal tem como fundamento a ética de princípios lançada por Kant, os quais afastam apreciações consequencialistas e de utilidade para aquilatar o valor moral das ações. Já para óptica consequencialista, importam, de fato, as consequências e as opções valorativas decorrentes da incidência do Direito Penal, revelando-se, exatamente por isso, mais adequada ao desenvolvimento da política criminal. (SUXBERGER, 2006, p. 8-9). Logo, a vertente principialista abrange as teorias retributivistas, enquanto a óptica consequencialista atina às teorias preventivas.

O filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804) é um dos expoentes das *teorias absolutas*. Partidário do princípio do talião, para ele, a pena correspondia a um imperativo categórico<sup>4</sup>. Se a pena ostentasse finalidade preventiva, ela terminaria por utilizar o homem como um mero instrumento para fins alheios, violando, assim, a dignidade humana do agente criminoso. Por isso, a pena não deveria ser aplicada simplesmente como uma forma de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade. Deveria “ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas” (KANT, 2003, p.174-175). Daí exsurge o célebre exemplo de Kant (2003, p.176): mesmo que todos os habitantes de uma hipotética ilha decidissem separar-se e dispersar-se pelo mundo, o último assassino restante na prisão deveria, antes, ser executado, sob pena de os cidadãos serem considerados como colaboradores dessa violação pública da justiça. Apenas o imperativo categórico pode justificar o cumprimento da pena desse último prisioneiro, já que, se a sociedade se dissipará, a execução dessa pena não trará qualquer benefício à dita sociedade.<sup>5</sup> Nessa linha, está presente em Kant uma *retribuição ética*,

4 Enquanto, no imperativo categórico, o comando é incondicional (exemplo: Sê bom!), no imperativo hipotético, o “comando emitido se condiciona, na qualidade de meio, a um certo fim a ser atingido ou atingível (exemplo: Estuda assiduamente, se desejas obter um futuro melhor!)”. (KANT, 2003, p. 32).

5 Luís Greco (2012), partidário de que o direito penal deve incidir apenas quando há a lesão a algum bem jurídico, realizou profunda reflexão sobre esse exemplo da “ilha de Kant”. Ao final, ele conclui que a rejeição ao retributivismo deve ser rejeitada por dois argumentos: a assimetria qualitativa entre a não punição do culpado e a punição do inocente (argumento de assimetria); e tensão existente entre a tese que permite punir sem qualquer ganho e a exigência de que o crime deve consistir em uma afetação de bem jurídico (argumento de coerência).

conforme observa Ferrajoli (2014, p.237).

Ainda na senda das teorias absolutas, surge a teoria de Georg Wilhelm Friederich Hegel (1770-1831), mas enquanto *retribuição jurídica*. (FERRAJOLI, 2014, p. 237). Segundo esta, a pena é uma segunda violência, autorizada, praticada pelo Estado para anular a primeira violência, não autorizada, praticada pelo agente quando incorreu no crime. (HEGEL, 1997, p.84). O direito penal, portanto, teria a função de “restabelecimento do Direito que o delinquente desautorizou” quando praticou o crime, destacando-se que a “pena deve ter para a sociedade que castiga um valor simbólico equivalente ao delito” (tradução nossa). (FEIJOO, 2014, p.32).

Segundo Bernardo Feijoo (2014, p.34), o principal problema da teoria de Hegel consiste na identificação entre o Estado e o racional. A racionalidade individual fica indissolúvelmente vinculada à coletividade, a qual representa a racionalidade do Estado. Contudo, essa carga ideológica afigura-se incompatível com o Estado Democrático de Direito.

De qualquer sorte, mais abaixo, quando for abordada a teoria sistêmica de Jakobs, apontar-se-á a influência que Hegel teve sobre ela e, por conseguinte, sobre o funcionalismo sistêmico.

Não obstante, as teorias absolutas são flagrantemente inadequadas. Roxin apresenta três objeções em relação a elas. Em primeiro lugar, elas não fundamentam a necessidade da pena. Mais especificamente, elas não identificam por que o crime praticado não pode ser compensado por outras medidas que não a pena. Em segundo lugar, elas não permitem a demonstração empírica da culpabilidade do agente. Em terceiro lugar, elas não explicam como uma pena (mal posterior) pode realmente compensar o crime (mal anterior). (ROXIN, 1998, p. 17-20).

Em razão da insuficiência das teorias absolutas e da incompatibilidade da retribuição como finalidade única da pena com o Estado Democrático de Direito, surgiram as *teorias relativas*. Cesare Beccaria (1738-1794), adepto da teoria do contrato social como origem do Estado, assevera, na sua famosa obra “Dos Delitos e das Penas”, que a necessidade decorrente do estado de barbárie obrigou os homens a ceder uma parte de sua liberdade em favor do Estado; resulta então que cada indivíduo consente em pôr nesse depósito comum (Estado) a menor porção possível de liberdade. E justamente “o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir”. (BECCARIA, 2017, p. 17).

Ao longo da sua obra, Beccaria confere muita ênfase à *prevenção geral negativa* (intimidação dos cidadãos) a ser exercida pela pena. Contudo, ele também sustenta, embora de forma incipiente, a prevenção especial: “Os castigos têm por fim único impedir que o culpado cause futuramente novos danos à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime”. (BECCARIA, 2017, p. 53).

Nada obstante, é com o Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1883) que a prevenção geral negativa se desenvolveu significativamente. Radbruch (1997, p. 314) escreve que, para Feuerbach, o fundamento do direito de punir residia numa espécie de contrato tacitamente aceito pelo criminoso: quem pratica um delito no pleno conhecimento de que lhe corresponde na lei uma certa penalidade aceita esta; portanto, a pena pode ser aplicada ao agente com o mesmo direito com que se pode exigir de alguém o cumprimento de uma obrigação resultante de um contrato que tenha celebrado.

Quanto à função do direito penal especificamente, Feuerbach, segundo Jakobs (2006, p. 120), elaborou a *teoria da coação psicológica*: a existência de uma ameaça penal suficientemente elevada somada à ausência de dúvidas por parte do agente de que essa ameaça será cumprida caso ele delinqua desmotiva esse agente à prática do crime. Todavia, como Jakobs observa (2006, p. 115), essa teoria não é puramente preventiva, já que a execução efetiva da pena, diferentemente da sua cominação (ameaça), diz respeito puramente à retribuição, alheia aos seus fins. Aliás, essa divisão entre cominação e execução da pena imuniza a teoria de Feuerbach da crítica de Kant quanto à utilização do homem como instrumento para fins alheios, pois a mera cominação da ameaça penal não utiliza

nenhum indivíduo concreto para os fins da intimidação de terceiros.

Contudo, a prevenção geral negativa não está indene de críticas. As principais objeções contra ela vão sintetizadas por Feijoo (2014, p. 40-57). A prevenção geral negativa parte do pressuposto de que todos os cidadãos são potenciais criminosos, em vez de fiéis cumpridores da lei. Inexiste base empírica que comprove a eficácia da ameaça contida no tipo penal para evitar a prática do crime.<sup>6</sup> Ela parte do pressuposto da figura do *homo economicus*, que calcula, racionalmente, custos, riscos e benefícios para a prática do crime; todavia, essa não é a realidade do agente criminoso, principalmente no caso de crimes violentos. Segundo a lógica da prevenção geral negativa, os crimes menos graves, que são mais habituais do que os crimes mais graves, principalmente quando observadas as cifras ocultas, deveriam ser punidos de forma mais intensa. Em leitura própria, observa-se, outrossim, a possibilidade do aumento desproporcional da pena para a finalidade exclusiva de intimidação geral.

Já as teorias da *prevenção especial, negativa ou positiva*, têm por denominador comum a “ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinqüente, com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes”. (DIAS, 1999, p. 102). Essa prevenção pode ocorrer mediante a (res)socialização do criminoso (prevenção especial positiva) ou mediante a sua inocuização temporária ou permanente (prevenção especial negativa).

Franz Von Lizst (1851-1919) é um expoente aqui, a ele se deve o “influxo mais poderoso em favor da generalização dos pontos de vista da prevenção especial” (tradução nossa). (MIR PUIG, 2011, p.44). Se bem que ele reconhecesse a prevenção geral negativa exercida pela cominação da pena, é na execução desta que a “pena desenvolve toda a sua força peculiar”. A execução penal atua tanto sobre os membros da coletividade, tendo em vista a sua capacidade de intimidação e de manutenção do direito, pois “firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos”, como sobre a vítima, ao proporcionar-lhe uma satisfação no sentido de que o atentado dirigido contra a sua pessoa não escapa à punição. Não obstante, a execução penal incide “especialmente sobre o delinqüente mesmo”, exercendo os seguintes efeitos: a) converter o delinqüente em um membro útil à sociedade, mediante a *intimidação* do indivíduo que ainda não necessita de correção ou mediante a *emenda* daquele que precisa de correção (prevenção especial positiva); b) *inocuar*, temporária ou perpetuamente, o indivíduo incorrigível, ou seja, aquele que se tornou inútil à sociedade (prevenção especial negativa). (LISZT, 2006, p.98-100).

São variadas as críticas à prevenção especial. Esta promove um verdadeiro *direito penal do autor* no lugar do *direito penal do fato*, o que afeta de maneira sensivelmente negativa a culpabilidade, a qual deixa de focar a reprovabilidade da conduta praticada para se concentrar nas características pessoais do agente. Ao pretender incutir no agente criminoso determinados valores de conteúdo moral, a teoria em questão termina por violar a dignidade humana traduzida na autonomia de cada pessoa. Da prevenção especial também exsurge, como observa Figueiredo Dias (1999, p. 105-106), o risco de o direito penal ter uma finalidade terapêutica, ou seja, de tratamento médico do criminoso. Baratta (2016, p.8), em crítica que está em sintonia com a realidade penitenciária brasileira, argumenta pela impossibilidade estrutural de uma instituição carcerária cumprir a função de reeducação e de reinserção social. Outra objeção irrespondível é tecida por Roxin (1998, p.21-22): se não houver risco de o agente repetir a conduta criminosa, a pena é desnecessária. O exemplo trazido à tona atina aos assassinos dos campos de concentração nazistas. Vários deles mataram por motivos sádicos e por simples prazer. Apesar disso, terminada a Segunda Guerra Mundial, essas pessoas “vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portando de ‘ressocialização’

<sup>6</sup> Esta mesma crítica é apresentada por outros autores, a exemplo de Teixeira (2015, p.77) e Roxin (1998, p.24).

alguma; nem tão-pouco existe da sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimidados e protegidos”.<sup>7</sup>

Por sua vez, as teorias da *prevenção geral positiva* são partidárias de uma estratégia em que se previne a comissão de crimes influenciando psicologicamente os cidadãos, não mediante o temor, senão estabilizando, mantendo ou fortalecendo sua consciência de rechaço à ilicitude ou de fidelidade às normas. (FEIJOO, 2014, p. 84). Obtém-se uma afirmação positiva do Direito: a afirmação das convicções jurídicas fundamentais, da consciência social da norma, de uma atitude de respeito pelo Direito. (MIR PUIG, 2011, p. 41). Em outras palavras, o direito penal, que é aplicado por intermédio do processo penal, é utilizado para demonstrar aos cidadãos que a norma, a despeito da sua violação pelo crime praticado, continua vigente. Assim, verifica-se que os destinatários da prevenção geral positiva não são mais os potenciais criminosos contidos na população, mas os cidadãos cumpridores das leis.

Adriano Teixeira (2015, p. 75) anota que, “[n]o moderno debate sobre os fundamentos do direito estatal de punir, a teoria da prevenção geral positiva tem reunido o maior número de apoiadores, sobretudo na literatura alemã.”

O expoente da vertente mais pura da prevenção geral positiva é Günther Jakobs, representante do funcionalismo sistêmico. Contudo, antes de se passar ao seu exame, é necessária, dados os objetivos do presente trabalho, a abordagem do pensamento de Claus Roxin.

No campo das teorias unificadoras, desponta o *funcionalismo teleológico* de Roxin. Para ele, o sistema penal deve preencher três requisitos fundamentais: clareza e ordem conceitual, referência à realidade e orientação às finalidades político-criminais. Principalmente com base nesse terceiro requisito, exsurge uma *unidade sistemática* entre a Política Criminal e o Direito Penal. (ROXIN, 2002, p. 51-53).

Nessa senda, Roxin (1998; 2002) propõe a *teoria unificadora dialética da pena*, na qual o direito penal, observado o seu caráter fragmentário, pune apenas condutas que agridem ou colocam em risco bens jurídicos<sup>8</sup> e prestações estatais básicas. Para tanto, as categorias do delito devem ser sistematizadas segundo a sua função político-criminal: o tipo corresponde ao princípio da legalidade (*nullun crimen sine lege*); a ilicitude apresenta a função de solução de conflitos sociais; e a culpabilidade, afastada da exigibilidade de conduta diversa, atina à conveniência da aplicação da pena. (ROXIN, 2002, p. 58-59).

Além disso, para o cumprimento da finalidade do Direito Penal, a pena deve ser analisada em três fases: cominação legal, aplicação e execução. Em cada um desses estágios, a pena exerce funções político-criminais diferenciadas.<sup>9</sup> Na fase da cominação, a pena tem a função de proteção de prevenção geral [negativa] e subsidiária de bens jurídicos e prestações estatais; na fase da aplicação, a função da pena é a de prevenção geral [positiva]<sup>10</sup>; na fase da sua execução, a pena tem a função exclusiva de ressocialização [prevenção especial positiva]. (ROXIN, 1998, p. 31-41).

Constata-se que a função político-criminal da fase de aplicação da pena – prevenção geral

7 Este mesmo exemplo de desnecessidade de pena para crime grave é apresentado por Mir Puig (2011, p. 46).

8 Roxin define bens jurídicos como aqueles pressupostos imprescindíveis para a existência em comum que um grupo humano, em cada situação histórica e social, define, como a vida, a integridade física etc. (ROXIN, 1998, p.27).

9 Por isso, a teoria de Roxin é classificada como unificadora dialética, e não simplesmente unificadora aditiva. Sob este último rótulo, estão as teorias que apenas aglutinam todas as funções da pena. A mera adição das funções da pena é rechaçada por Roxin porque isso “aumentaria o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reacção apto para qualquer realização”. (ROXIN, 1998, p.26). Para Jakobs (2008, p.34), essas teorias são verdadeiros “cajones de sastre”, ou seja, conjunto de coisas diversas e desordenadas.

10 “Trata-se de uma razão de prevenção geral, embora certamente não se possa entender aqui este conceito no sentido de mera intimidação, devendo acrescentar-se-lhe a significação mais ampla de salvaguarda da ordem jurídica na consciência da comunidade”. (ROXIN, 1998, p.33).

positiva – exige que o Processo Penal permita ao Direito Penal demonstrar à sociedade que a norma jurídica violada pelo criminoso permanece vigente.

Embora a teoria de Roxin permita a justificação da execução provisória da pena no tribunal do júri, o pensamento de Jakobs apresenta-se mais objetivo e prático para essa finalidade.

O *funcionalismo sistêmico* é sintetizado pelo próprio Jakobs (1996, p. 11), no prólogo do seu livro “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”:

A pena não repara bens, senão confirma a identidade normativa da sociedade. Por isso, o Direito Penal não pode reagir frente a um fato enquanto lesão de um bem jurídico, senão apenas frente a um fato enquanto violação da norma. A violação da norma, por sua vez, não é um acontecimento natural entre seres humanos, senão um processo de comunicação, de expressão de sentido entre pessoas. (tradução nossa).

Desse excerto percebe-se a influência de Hegel e, sobremaneira, de Luhmann sobre Jakobs. Como visto, Hegel justifica a retribuição da pena para restabelecer o direito que fora violado pelo agente quando este praticou o crime. Jakobs, embora afastando-se do caráter retributivo, sustenta a mesma finalidade de Hegel: manutenção da identidade normativa da sociedade, a qual equivale ao restabelecimento do direito.

Já a influência da *teoria sistêmica de Luhmann* sobre Jakobs, reconhecida por este próprio (JAKOBS, 1996, p. 15-16) e por tradutores seus<sup>11</sup>, merece um detalhamento a parte.

Para Luhmann (2016, p. 247-248), “a sociedade é o sistema que abrange e inclui todas as comunicações”. A comunicação, na teoria luhmanniana, é o modo pelo qual a sociedade limita a complexidade indeterminada e não-manipulável, reduzindo as possibilidades que podem ser realizadas na sociedade. (GARCÍA AMADO, 2004, p. 306). No exemplo de dois indivíduos encontrarem-se em pleno estado da natureza, a complexidade seria total, pois nenhum saberia o que esperar do outro, logo, qualquer acontecimento seria possível; então, a sociedade, constituída à base de comunicações, logra reduzir essa complexidade. (GARCÍA AMADO, 2000, p. 239).

A fim de diminuir a complexidade, a comunicação envolve as expectativas das pessoas. As expectativas podem ser cognitivas ou normativas. Naquelas, se a expectativa não se concretiza, há renúncia em relação a ela; nestas, se a expectativa não se realiza, ela segue mantida, apesar da frustração. (LUHMANN, 2016, p.177-178). Quanto à expectativa cognitiva, a sua frustração serve como fonte de conhecimento de uma nova expectativa, que substitui a anterior: se um dia se comprova que nem todos os corpos caem com a aceleração previsível com base na lei da gravidade, esta lei deverá ser substituída por outra que comporte as exceções. Ainda nesse exemplo, resultará estéril levar o corpo que não seguiu a lei da gravidade perante o Poder Judiciário para que ele cumpra essa lei! Diferentemente, no atinente à expectativa normativa, a expectativa fraudada não varia, senão se mantém e se reforça. Por exemplo, o fato de, eventualmente, algum motorista trafegar pelo sentido contrário da via não implica que se altere a obrigação de trafegar no sentido correto; nesse caso, mantém-se a expectativa original (todos os motoristas devem trafegar no sentido correto), e busca-se a recomposição da sua efetividade mediante a eliminação da infração. (GARCÍA AMADO, 2000, p. 240).

Se a sociedade é constituída por comunicações, resta claro que a violação de uma norma, que se destina à proteção de uma expectativa normativa, tem uma dimensão comunicativa: o violador comunica aos demais cidadãos que não reconhece a eficácia da norma violada. Nesse caso, a sociedade deve fazer prevalecer a expectativa normativa, a despeito da violação. Como

---

11 Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sanchez, na introdução, comentam que Jakobs importou aspectos da teoria da sociedade de Luhmann. (JAKOBS, 2006, p.17;21).

ela faz isso? Por intermédio do Direito, com a comunicação aos cidadãos de que a norma violada subsiste. Por isso, para Luhmann, a função do Direito consiste na “estabilização das expectativas contrafactuais” (LUHMANN, 2016, p. 265). É justamente contrafactual porque, apesar de o fato (crime) violar a expectativa, esta subsiste. No Direito Penal, essa comunicação visando à estabilização da expectativa é feita pela imposição de uma pena, no caso brasileiro, de privação de liberdade, de restrição de direitos ou de multa.

Apresentados, de forma sumária, os traços básicos da teoria sistêmica de Luhmann que importam para o presente trabalho, retorna-se ao *funcionalismo sistêmico*. A análise que será realizada colocará em evidência a influência de Luhmann sobre Jakobs.

Para Jakobs (1996, p. 17-19), sob uma compreensão comunicativa, o crime é entendido como uma afirmação que contradiz a norma, enquanto a pena é entendida como resposta que confirma a norma. A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer, por sua vez, a contradição levada a cabo pelo criminoso das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal restabelece, no plano da comunicação, a vigência perturbada da norma, cada vez que enceta seriamente um procedimento como consequência da infração da norma provocada pelo crime. Jakobs (1996, p. 28) assevera que a pena “contradiz o projeto de mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, porém a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante” (tradução nossa).

Sobre essa base, desenvolvendo a sua teoria, Jakobs (2003, p. 48) apresenta a função do direito penal como de proteção da vigência da norma: “o crime significa uma rebelião contra a norma, e a pena rechaça essa rebelião; ao mesmo tempo, mediante a dor que aquela inflige, elimina-se o risco de uma erosão geral da vigência da norma: isto se chama prevenção geral positiva” (tradução nossa). Jakobs (2003, p. 49-50) também resgata o conceito de expectativa normativa para fundamentar o Direito Penal. No mundo social, como as pessoas acham-se vinculadas por intermédio de normas, a elas se dirige também a expectativa de que a sua conduta será conforme a norma; essa expectativa normativa, em caso de defraudação, não é abandonada, mas se mantém, focando a conduta errônea do infrator da norma como a causa decisiva da defraudação.

Aprimorando a sua teoria, também como forma de manutenção da vigência da norma, Jakobs (2008, p. 98-99) atrela à prevenção geral positiva a cimentação cognitiva (*cimentación cognitiva*). Toda norma requer uma cimentação cognitiva para cumprir a sua função de orientação [estabilização de expectativas]. O criminoso danifica essa cimentação quando pratica um crime. Por isso, ele deve reparar o dano entregando uma certa quantidade de bens seus (liberdade ou dinheiro). Assim, a sua decisão de cometer o crime aparece posteriormente como incompreensível, segundo um juízo dos cidadãos em geral.

Em novo aprofundamento da sua teoria funcionalista, Jakobs coloca repisa que o Direito Penal objetiva a manutenção da vigência da norma colocada em perigo pela prática do crime. Ocorre que essa proteção é apenas mediatizada pelo bem jurídico, o qual passa a ser somente motivo para a norma (JAKOBS, 2018, p. 47). No prefácio de uma das suas mais recentes obras, Jakobs elucida o seguinte:

Por exemplo, o funcionamento adequado de um hospital produz condições de existência para o bem “saúde”, do mesmo modo que um juiz por meio de um processo penal que tramita de forma juridicamente adequada no caso de uma lesão corporal. Mas a prestação ocorre sempre no próprio contexto, e no caso mencionado do hospital esta consiste na manipulação direta do corpo do paciente, já o processo penal, ao contrário, alcança o corpo da vítima em potencial somente intermediado pela estabilização da vigência da norma. Somente por meio desta intermediação a pena pode ser útil à saúde, e, por isso, o ponto de partida direto da pena, isto é o verdadeiro bem jurídico penal, é a vigência da norma, que – e isto é absolutamente evidente – deve ser determinada segundo pressupostos jurídico-

políticos enquanto norma estatal de uma sociedade liberal, o que não difere no caso do paradigma da proteção de bens jurídicos (grifo do autor) (JAKOBS, 2018, prefácio).

Jesús María Silva Sánchez aproxima-se dessa concepção de Jakobs. Na sua visão, o Direito Penal protege simultaneamente a vigência das normas que atribuem juridicidade ao bem e vice-versa. Proteger bens jurídicos equivale a proteger a juridicidade de determinado bem. Como se protege a juridicidade dos bens jurídicos? A resposta não pode ser muito distinta desta: protegendo a vigência das normas que os fazem jurídicos, reconhecendo-os e atribuindo a eles tal condição (SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. LIX; LX).

Para Jakobs, o direito penal exerce, por excelência, a função de reafirmação da vigência da norma. Por isso, Jakobs foi classificado, no presente trabalho, como um exemplo puro da prevenção geral positiva. Roxin, atrelado ao funcionalismo teleológico, não pode ser classificado sob esse rótulo porque ele defende outras funções para o Direito Penal, além da prevenção geral positiva. Essa diferença foi bem captada por Francisco Muñoz Conde (2004, p. 236): para Roxin, o fim do Direito Penal cuida de consequências político-criminais, ou seja, fins de prevenção geral e especial; para Jakobs, o fim do Direito Penal consiste na prevenção geral positiva, ou seja, a estabilização normativa e o exercício da confiança normativa.

Não obstante, Jakobs reconhece a possibilidade de o direito penal exercer a prevenção geral negativa e a prevenção especial negativa, mas apenas de *forma secundária*, ou seja, *accessória*: a pena também é uma modalidade cognitiva de processamento, já que intimida o próprio autor e potenciais futuros autores, de modo que se pode supor que não haverá mais crimes. Essas reflexões e outras similares também influem na pena estatal, mas não constituem seu princípio. Por isso, a principal função do Direito Penal consiste na reafirmação da vigência da norma aos cidadãos. (JAKOBS, 2003, p. 50).

A prevenção geral positiva igualmente enfrenta críticas. Baratta (1993, p. 50-51) aduz que o direito penal termina por exercer uma função apenas simbólica, a qual, tentando compensar simbolicamente um ato de violência já realizado, é insuficiente para a defesa dos direitos humanos. O contraponto é apresentado por Meliá (2004, p. 125-126, 134), que sustenta a verdadeira necessidade de o Direito Penal recorrer a instrumentos simbólicos. É incorreto o discurso do Direito Penal simbólico como um fenômeno negativo; “os fenômenos simbólicos formam parte de modo necessário do Direito Penal” (tradução nossa). Ainda segundo Meliá, o caráter simbólico está presente inclusive na crítica do *labelling approach*, pois o crime não é uma realidade preexistente, mas um processo de interação simbólica. Além disso, o caráter simbólico do Direito Penal indica a especial importância outorgada pelo legislador à questão regulamentada pela lei.

Adriano Teixeira (2015, p. 75) aponta o problema ético da prevenção geral positiva em um estado liberal: um Estado de Direito liberal “não pode desempenhar uma função pedagógica através da força, por meio da coação. O que pretende a teoria da prevenção geral positiva é algo inaceitável na tradição do liberalismo, em face da necessária separação entre os terrenos do direito e da moral”. A crítica, todavia, não se sustenta. Para o funcionalismo sistêmico, o Estado não tenta incutir determinados valores morais nos cidadãos, mas apenas demonstrar para eles que, apesar de prática do crime que implica uma contradição à norma, esta subsiste. Aliás, justamente por isso, o conceito funcional de culpabilidade não diz respeito à exigibilidade de conduta diversa. Com efeito, na teoria de Jakobs (2006, p. 113), a “culpabilidade apresenta-se como a necessidade de estabilizar, mediante a pena, a vigência do ordenamento jurídico, sendo a medida da pena a necessária para a estabilização (não para a melhora)” (tradução nossa). Por consequência, em leitura própria, desimporta, no contexto do funcionalismo sistêmico, se o cidadão deixa de cometer o crime por medo da norma penal ou por concordar com o seu conteúdo; importa, apenas, que não pratique o crime. Nessa hipótese, se o crime não for praticado, independentemente do motivo, o Direito Penal terá cumprido a sua função.

Vistas algumas críticas, apresentam-se agora vantagens da prevenção geral positiva. Tendo em mira a função de confirmar as normas que tenham sido violadas, reforçando a confiança geral nelas, a prevenção geral positiva dispensa a comprovação empírica dessa consequência. (BACIGALUPO, 2005, p. 30). Essa crítica da necessidade de verificação empírica acerca do cumprimento das funções do Direito Penal acomete as demais teorias da pena.

Já Mir Puig (2011, p. 41-42) assenta a compatibilidade da prevenção geral positiva com o Estado Democrático de Direito: a prevenção geral positiva é uma forma de limitar a tendência da prevenção geral puramente intimidatória cair num terror penal pela via de uma progressiva agravação da ameaça penal. É o caminho correto em um modelo de Estado como o escolhido na Constituição.

Uma vez expostos os traços gerais sobre a teoria de Jakobs, ela pode ser resumida da seguinte maneira, no pertinente ao objeto deste trabalho: as normas, entendidas como expectativas normativas, contrafáticas, configuram a estrutura da ordem social. O crime é, essencialmente, defraudação de expectativas, e a pena tem o significado de manutenção dessas expectativas, é dizer, em termos jurídicos, a vigência da norma. A imposição da pena é a forma que tem o sistema social de processar as defraudações a custas do infrator. Junto a essa função de estabilização, o mal que se impõe com a pena deriva do seu fim de prevenção geral: assegurar a probabilidade de seguimento da norma. (JAKOBS, 2008, p. 18-19).

Até o presente momento, analisou-se a evolução das teorias do Direito Penal. Inicialmente, o Direito Penal pena visava apenas à retribuição (teorias retributivas). Após, passou a ser utilizado como meio de inocuidade do agente criminoso (prevenção especial negativa) e como instrumento de ressocialização desse mesmo agente (prevenção especial positiva). Em prosseguimento, o Direito Penal passou a ser ferramenta de reafirmação da vigência da norma (prevenção geral positiva).

Na próxima seção, busca-se demonstrar como o funcionalismo sistêmico justifica a execução provisória da pena, no âmbito do tribunal do júri.

### **3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JÚRI COMO DEMONSTRAÇÃO AOS CIDADÃOS DA VIGÊNCIA DA NORMA VIOLADA PELO AGENTE CRIMINOSO**

O tribunal do júri, no ordenamento jurídico brasileiro, tem competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, conforme o art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal (CF). Tipificados no Capítulo I do Título I da Parte Especial do Código Penal (CP) – Decreto-Lei n. 2.848/1940, esses crimes são o homicídio; o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio; e o aborto.

A vida é um valor absoluto no Estado de Direito. Sem ela, desimportam os demais direitos. Tanto um direito pessoal, a exemplo da integridade física, quanto um direito patrimonial, a exemplo da propriedade, não têm sentido se a vida não é assegurada. Daqui, sobressai-se a importância da legislação penal e extrapenal que resulta na proteção da vida.

Na seção acima, viu-se que o Direito Penal necessita do Processo Penal para realizar a sua função. É justamente o Direito Penal que, por intermédio do *due process of law* (art. 5º, LIV, da CF), permite que o Estado absolva ou condene o agente a que se imputou a prática de um crime, doloso ou culposo.

Em relação às ultrapassadas *teorias retributivistas* da pena, as quais não dotam a pena de objetivos utilitaristas, a execução provisória da sanção criminal, no âmbito do tribunal do júri, não tem justificativa. Se o que importa é apenas a retribuição do mal causado pelo agente criminoso, pode-se esperar pelo trânsito em julgado da condenação, independentemente do tempo que demore, para então executar a sanção.

Sob a óptica da *prevenção geral negativa*, cujo objetivo consiste na intimidação dos potenciais criminosos mediante a pena, a execução provisória, no júri, até poderia encontrar justificativa. Afinal, se



o objetivo é causar medo na população no sentido de que os cidadãos não cometam crimes porque, se o fizerem, serão punidos, o expedito cumprimento da pena é necessário. De pouco adiantaria, para incutir medo na população, aplicar a pena somente vários anos depois da prática do crime. Nesse ínterim, a comunidade local onde ocorreu o crime alterar-se-á, os moradores mudar-se-ão, alguns deixarão de existir, enquanto outros nascerão. Se a punição do agente criminoso ocorrer anos depois, esses cidadãos sequer o motivo concreto da pena conhecerão. Dessa forma, não terão o menor motivo para se sentirem intimidados.

Todavia, não há como se afastar a crítica kantiana da prevenção geral negativa. Simplesmente, os potenciais criminosos não são responsáveis do agente criminoso. Vale dizer: o fato de pessoas, no futuro, cometerem crimes, não tem pertinência ao agente criminoso que recebeu uma pena por um crime praticado no passado. Por isso, não se justifica a utilização do agente criminoso como um simples instrumento para, mediante a sua punição pelo passado, incutir medo em potenciais criminosos para que estes não cometam crimes no futuro. Admitir-se tal raciocínio implica evidente violação à dignidade humana do agente criminoso, nos termos da observação de Kant.

Sob o prisma da *prevenção especial negativa*, que busca, simplesmente, a inocuização temporária ou permanente do agente criminoso, a execução provisória da pena igualmente carece de justificativa. De pronto, destaca-se que a inocuização permanente do criminoso é defesa no Brasil, com base no art. 5º, XLVII, *b*, da CF. Resta apenas examinar a inocuização temporária. Para a sociedade ver-se “livre” do agente criminoso, enquanto este cumpre a sua pena, tanto faz se a sanção será cumprida pouco ou muito tempo depois do crime; importa apenas que, enquanto estiver segregado, o agente criminoso não será fonte de risco à sociedade.

Também existe dificuldade, quiçá impossibilidade, para justificar a execução provisória da pena, no âmbito do tribunal do júri, em relação à *prevenção especial positiva*. É intransponível o óbice da incompatibilidade estrutural já referida entre uma pena criminal e o objetivo de ressocialização, sobretudo ante a realidade do sistema penitenciário brasileiro. Tampouco se logra evitar que a pena, por assumir um caráter terapêutico, possa ter caráter indeterminado. E, mesmo que fosse possível superar esses obstáculos, o cumprimento antecipado (em caráter provisório) ou tardio (em caráter definitivo) da pena teria a mesma capacidade para ressocializar o agente criminoso.

Diversa é a sorte da execução provisória da pena, na seara do júri, quando se cuida da *prevenção geral positiva*. O intento desta consiste na demonstração aos cidadãos fiéis ao Direito da vigência da norma violada pelo agente criminoso, quando este incorreu no crime. Com efeito, o Estado, mediante a execução da pena, *comunica* aos cidadãos que lei continua vigente. Especificamente no júri, o Direito Penal, mediante a aplicação da pena, “cresce na estrutura cultural de um povo, como regulador de condutas socialmente adequadas, *fortalecendo a fidelidade dos cidadãos às normas*” (destaque nosso). (OLIVEIRA, 1999, p. 100).

As características do júri tornam-no o palco adequado para o Estado realizar essa comunicação. Trata-se de um procedimento cujo julgamento originário já é colegiado. Assim, o princípio do duplo grau de jurisdição já é respeitado, tendo em vista que ele, conforme analisado em Fischer (2009, p. 16), assegura apenas um julgamento por órgão colegiado, seja originariamente, seja em grau recursal. O objetivo consiste em evitar os riscos de injustiças decorrentes de decisão exarada por um juízo monocrático, que, justamente por decidir sozinho, estaria sujeito a uma probabilidade maior de cometimento de erros.

Ademais, o júri envolve um procedimento que assegura a defesa plena ao réu. Admitem-se, em favor do réu, todas as estratégias que, tendo respaldo no sistema normativo, possam favorecer a defesa. Em nome desse princípio, por exemplo, embora agindo com demasia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), outrora, chegou a admitir a inovação, por parte da defesa, na tréplica (BRASIL, 2009): “Vem o júri pautado pela plenitude de defesa (Constituição, art. 5º, XXXVIII e LV). É-lhe, pois, lícito ouvir,

na tréplica, tese diversa da que a defesa vem sustentando”.<sup>12</sup>

Também, a fase do *judicium accusationis*, ao examinar a viabilidade mínima do prosseguimento da denúncia, garante que o réu não enfrentará um julgamento sobre uma acusação em relação a qual inexistente um suporte mínimo probatório.

Com efeito, a qualidade do procedimento do júri decorrente dessas características permite que o Estado utilize o júri para, imediatamente após a condenação pelo conselho de sentença, comunicar validamente à sociedade a vigência da norma.

Sobre o processo comunicativo na teoria de Luhmann, Machado (2012, p. 80) observa a distinção existente entre informação, expressão e compreensão: “A informação é o que se quer comunicar. A segunda seleção é expressar ou não. A compreensão é a terceira seleção.” No caso do direito penal, a eficiência da comunicação, mais do que a sua efetividade, restará comprometida se o Estado, enquanto sociedade, demorar ou tardar em expressar a informação que pretende passar aos cidadãos. Vale dizer: se a pena, enquanto expressão da informação (sobre a vigência da norma) que o Estado pretende transmitir para a compreensão do destinatário, for aplicada temporalmente distante da violação da norma levada a cabo pelo crime, o processo comunicativo restará comprometido. Essa mora na aplicação da pena compromete tanto a expressão quanto, fundamentalmente, a compreensão da informação que se pretende transmitir.

O atraso na comunicação (expressão) também implica falha na compreensão da informação. Refere-se aqui aos casos em que, a despeito da suficiência probatória sobre a materialidade e a autoria, o julgamento pelo júri é anulado, muito tempo depois; no novo julgamento, sobrevém a absolvição do réu, motivada unicamente no transcurso do tempo entre o crime e o julgamento. Quem milita na área do júri, sobretudo nas comarcas do interior do Brasil, percebe, com facilidade, que a probabilidade de condenação do réu é sensivelmente reduzida no caso em exame, ou seja, quando a segunda sessão do júri ocorre muitos anos depois da primeira e/ou do crime. Isso não em razão da insuficiência de provas, mas porque, com o passar do tempo, a comunidade tende a esquecer o crime praticado e não percebe mais qualquer utilidade na condenação do réu por um fato praticado num passado distante. Essa probabilidade é mais reduzida ainda quando os familiares da vítima se mudam (em razão do trauma causado pela violência que resultou na morte do ente querido) do local do crime e quando, na sessão do júri, comparecem apenas os familiares do réu que lançam os seus olhares de súplica e misericórdia em direção aos jurados, estes, no mais das vezes, pessoas conhecidas por aqueles. Para terminar o quadro, a probabilidade de condenação é praticamente nula quando o crime doloso pela vida é um fato isolado na vida do réu. Nessa hipótese, os jurados, de forma equivocada, amparados pela soberania e sigilo dos seus veredictos (art. 5º, XXXVIII, b e c, da CF), não enxergam qualquer justificativa para a pena.

Uma demonstração empírica de que o mero passar do tempo, por si só, implica uma chance maior de absolvição, já na primeira sessão de julgamento do júri, foi evidenciada em estudo estatístico sobre julgamentos do tribunal do júri:

Ademais, a partir do modelo de regressão logístico, é possível observar que a chance do réu ser condenado quando a primeira sessão do Júri ocorre com 4 anos ou mais nos tribunais do Mato Grosso, da Paraíba e do Rio Grande do Sul é menor do que um terço da probabilidade dele ser condenado quando a sessão ocorre com menos de um ano da data de ingresso do processo. Já no Acre/Amapá/Roraima e Minas Gerais, a chance de condenação quando a primeira sessão ocorre em tempo superior a 8 anos é, respectivamente, 43% e 36% menor do que quando designada em um ano. Com relação às faixas de tempo de 1 a 4 anos, apenas o grupo da região

<sup>12</sup> Atualmente, o STJ reconhece que a inovação na tréplica é defesa por, ao colher de surpresa o Ministério Público, ferir o contraditório e o devido processo legal, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1390669/DF.

Norte apresentou correlação significativa, sendo a probabilidade de condenação inferior a 60% em comparação com os júris designados em período inferior a 1 ano.

[...]

Os processos que resultaram em condenação tramitaram mais rapidamente do que aqueles em que houve absolvição.

Quando o tempo transcorrido entre a distribuição do processo e a realização da primeira sessão do tribunal do Júri ultrapassa 8 anos aumenta consideravelmente a probabilidade de absolvição do réu. (STEMLER; SOARES; SADEK, 2017, p. 18, 23)

Verifica-se, dessa sorte, que um aspecto da teoria da pena (função da pena) e, por conseguinte, do Direito Penal, tem o condão de influenciar o Processo Penal. A necessidade de que a pena não seja executada temporalmente distante do fato criminoso, permitindo assim o cumprimento da função do Direito Penal, legitima a execução provisória da pena. É por intermédio do Processo Penal que, ao viabilizar a execução provisória da pena, o Direito Penal consegue comunicar, de forma eficiente e eficaz, a vigência da norma aos cidadãos.

A propósito, outro exemplo de influência da teoria da pena sobre o processo penal atina à fixação da competência territorial no tribunal do júri. Segundo o art. 70 do CPP, que acolheu a teoria do resultado, a “competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração”. Mesmo para os crimes plurilocais, ou seja, naqueles em que a ação (conduta) ocorre em um lugar, mas o resultado sucede em outro, é este que fixará a competência territorial. Em se tratando de crime doloso contra a vida, o local da consumação equivale ao local onde ocorreu a morte da vítima. Pela literalidade do art. 70 do CPP, se a vítima é alvejada em uma cidade, onde ocorre toda a ação delitiva, mas termina por falecer em outra porque nesta procurou atendimento médico, é essa segunda cidade que fixará a competência territorial. Contudo, a jurisprudência admite, nesse caso, que a primeira cidade fixe a competência territorial do juízo. Um dos fundamentos invocados pelo Superior Tribunal de Justiça para tanto, consoante o HC n. 196.458/SP, consiste na *exemplaridade* da eventual condenação. Como toda a ação delitiva ocorreu em uma cidade, e apenas o resultado (morte) verificou-se em outra, o local onde efetivamente ocorreu o abalo social é a primeira cidade. É nesta, aliás, que é premente a comunicação aos cidadãos de que a norma do art. 121 do CP continua vigente. Nesse caso, portanto, um aspecto da teoria da pena – a sua finalidade – influenciou na determinação da competência territorial – instituto de direito processual.

No mais, reforça-se que, no âmbito do júri, é essencial que a sociedade, representada pelo Estado, logre comunicar os cidadãos cumpridores do Direito que as normas que, do ponto de vista penal, tutelam o direito à vida continuam vigentes, a despeito da prática de crimes dolosos contra a vida. É necessário o constante reforço da confiança no Direito Penal, já que, segundo Durkheim (2007, p. 66-76), o crime é um fenômeno normal de toda estrutura social que, dentro de limites, até constitui um fator necessário e útil para o desenvolvimento e equilíbrio da sociedade. Todavia, se ultrapassado esse limite, o crime torna-se um fenômeno extremamente nocivo à sociedade.

#### 4 CONCLUSÃO

A função do Direito Penal é indissociável da função da pena. É impossível analisar para serve o Direito Penal de forma isolada em relação ao papel que a pena exerce.

A sociedade, representada pelo Estado, somente pode aplicar o Direito Penal por intermédio do Processo Penal. A condenação ou a absolvição do agente a quem se imputa a prática de um crime somente pode ocorrer por intermédio do *due process of law*. E não há sentido em se falar de Processo Penal se não se destinar à aplicação do Direito Penal. Essa relação de dependência recíproca evidencia que o Processo Penal está sob os influxos do Direito Penal e, por conseguinte, da teoria da pena. Portanto, para a pena cumprir as suas funções, o Processo Penal, que é instrumento, deve ser talhado

para o cumprimento dessas funções.

Desde o Iluminismo, as teorias sobre a função do Direito Penal – e da pena também – evoluíram. Inicialmente, o Direito Penal pena visava apenas à retribuição do mal causado pelo agente quando da prática do crime (teorias retributivas). Após, passou a ser utilizado como meio de inocuidade do agente criminoso (prevenção especial negativa) e como instrumento de ressocialização desse mesmo agente (prevenção especial positiva). Em prosseguimento, o Direito Penal passou a ser ferramenta de reafirmação da vigência da norma (prevenção geral positiva).

Para Günther Jakobs, representante do funcionalismo sistêmico e exemplo puro da prevenção geral positiva, o agente criminoso, quando pratica o crime, comunica à sociedade que ele não reconhece a vigência da norma penal que violou. A sociedade, representada pelo Estado, por sua vez, necessita contradizer a comunicação efetuada pelo agente criminoso bem como comunicar aos cidadãos cumpridores da lei que a norma cuja vigência foi questionada pelo agente criminoso subsiste, ou seja, continua vigendo. Essa segunda comunicação é feita por intermédio da aplicação da pena ao agente criminoso.

Dessa forma, o processo penal deve ser moldado para permitir que o Direito Penal possa, por intermédio da pena, fazer a comunicação à sociedade sobre a vigência da norma arrostada pelo agente criminoso. Especificamente no âmbito do tribunal do júri, é a execução provisória da pena – instituto autorizado pelo Processo Penal – que permite a realização dessa segunda comunicação do Estado para a sociedade. A qualidade do procedimento do júri decorrente de características suas, a exemplo do julgamento originário já colegiado, da plena defesa e da existência da fase do *judicium accusationis*, torna-o o palco adequado para o Estado realizar essa comunicação.

No tribunal do júri, se a pena não for aplicada ao agente criminoso logo após a sua condenação pelo Conselho de Sentença, o processo comunicativo do Estado para a sociedade quanto à reafirmação da vigência da norma sofrerá prejuízo e não se realizará corretamente. Daí exsurtem a necessidade e a justificativa da execução provisória da pena.

Enfim, a execução provisória da pena, no tribunal do júri é necessária para demonstrar aos cidadãos que permanece vigente a norma que proíbe eliminar a vida de outrem.

## REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. In: *Fascículos de Ciências Penais*, ano 6, v. 6, n. 2, abr/mai/jun, 1993, p. 44-61.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Leme: Edijur, 2017.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Hábeas-cópus n. 61.615/MT. Sexta turma. Relator: Hamilton Carvalhido. Brasília, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200601383708&dt\\_publicacao=09/03/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601383708&dt_publicacao=09/03/2009)>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Hábeas-cópus n. 196.458/SP. Sexta turma. Relator: Sebastião Reis Júnior. Brasília, 06 de dezembro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18850364&num\\_](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18850364&num_)

registro=201100238046&data=20120208&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1390669/DF. Sexta turma. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 20 de junho de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201301936488&dt\\_publicacao=26/06/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301936488&dt_publicacao=26/06/2017)>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas-córpus n. 126.292/SP. Tribunal pleno. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas-córpus n. 118.770/SP. Primeira turma. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 07 de março de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>>. Acesso em: 07 out. 2017.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, Universidad Nacional del Litoral, 2004, p. 121-147.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FEIJOO, Bernardo. *La legitimidad de la pena estatal: un breve recorrido por las teorías de la pena*. Madri: lustel, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Direito Público*, Brasília, ano V, n. 25, jan-fev 2009.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmin. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Luman Juris, 2004, p. 301-344.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Dogmática penal sistêmica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal*. Doxa. n. 23, 2000, p.233-264. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10249>>. Acesso em: 14 out. 2017.

GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena* (Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012). Madrid: Marcial Pons, 2012, p.263-279.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito (Org.). *Revista Notícia do Direito Brasileiro*. Nova série. n. 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000, p.307-362.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JAKOBS, Günther. *El derecho penal como disciplina científica*. Tradução de Alex Van Weezel. Pamplona: Civitas, 2008.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal: Significado y finalidad*. Tradução de Manuel Câncio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Cizur Menor: Civitas, 2006.

JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Manuel Câncio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Madri: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Madri: Civitas, 1996.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KASPARY, Adalberto J. *Habeas Verba: português para juristas*. 8ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 2005.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A constitucionalidade da execução provisória da pena no júri. *XXII Congresso Nacional do Ministério Público*. Belo Horizonte, 2017a. Disponível em: <<https://congressonacional2017.amm.org.br/public/arquivos/teses/93.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2017.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. *Revista contribuciones a las ciencias sociales*, [S.l.], jul.-set. 2017b. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública. *E-civitas Revista científica do curso de direito do UNIBH*, Belo Horizonte, v. IX, n. 2, p. 1-38, dez. 2016. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1994>>. Acesso em: 07 mar. 17.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. v. 1. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496219>>. Acesso em: 12 out. 2017.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACHADO, Bruno Amaral. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 45, p. 77-116, abr./jun. 2012.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madri: lustel, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Tradução de Manuel Cancio Meliá et al. Valência: Tirant lo blanch, 2004.

OLIVEIRA, Edmundo. O tribunal do júri na administração da justiça criminal nos Estados Unidos. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Disponível em: <<http://dle.rae.es/?w=diccionario>>. Acesso em: 15 out. 2017.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradet; Maria Fernanda Palma; Ana Isabel de Figueiredo. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Introducción. In: SCHÜNNEMANN, Bernd. *El sistema moderno de derecho penal*: Cuestiones fundamentales. Montevideo: B de F, 2012. p. XLVII-LXXIV.

STEMLER, Igor Tadeu Silva Viana; SOARES, Gabriela Moreira de Azevedo; SADEK, Maria Tereza Aina. Tribunal do Júri: condenações e absolvições. *Revista CNJ*, Brasília, v. 2, p. 12-23, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/29cb341405668f2446c4d1650bc39e5f.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

---

**Recebido em:** 27/04/2018

**Aprovado em:** 29/03/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A justificativa funcionalista sistêmica para a execução provisória da pena no Tribunal do Júri. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.36, p.94-111, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/04/DIR36-07.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.