

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 46 | JANEIRO / ABRIL 2022



Newton

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DA MANTENEDORA: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Ribeiro Romeiro

PRÓ-REITORA ACADÊMICA: Patrícia da Silva Klahr

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa de Melo

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

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.45, set./dez. 2021

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



Inovação é a nossa tradição.

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

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

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

Daniel Brantes Ferreira | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

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

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

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

Mafalda Miranda Barbosa | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Manuel David Masseno | Instituto Politécnico de Beja, Beja, Portugal

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

Mário Ângelo Leitão Frota | Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, Coimbra, Portugal

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

Mônia Clarissa Hennig Leal | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

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

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, 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

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

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

Simona Picciau | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

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

Alcides Francisco Antunez Sanchez | Universidad de Granma, Bayamo, Provincia Granma, Cuba

Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

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

Alexandre Antonio Bruno da Silva | Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza, Ceará, Brasil

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

Alexandre Walmott Borges | Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, Minas Gerais, Brasil

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

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 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 do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

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

Arthur Pinheiro Basan | Universidade de Rio Verde, Rio Verde, Goiás, Brasil

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

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 Strapazon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

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

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Joel Brito Lóssio | Instituto Juscibernética de Direito e Tecnologia, Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil

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

Cristian Kiefer da Silva | Centro Universitário UNA, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

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

Cristiano Colombo | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 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

Daniel Brantes Ferreira | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

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

Emerson Harvey Cepeda-Rodríguez | Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja, Boyacá, Colômbia

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

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 José Medon Affonso
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Filipe Piazzini 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

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

Helena Telino Neves | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

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

João Victor Rozatti Longhi | União das Faculdades das Cataratas (UDC) | Universidade Estadual do Norte do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior | Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

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

Juliano Madalena | Fundação Escola Superior do Ministério Público, 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

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

Lucas Colombera Vaiano Piveto | Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, São Paulo, Brasil

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

Magno Federici Gomes | Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, 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

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

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

Pedro Modenesi | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

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

René Patricio Bedón Garzón | Pontifícia 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 Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Henriques Zandona Freitas | Universidade FUMEC, 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

Thami Covatti Piaia | Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, 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
Ariane Lopes

sumário



APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....11-12

ARTIGOS

LOS 20 AÑOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU IMPACTO EN ASIA,
ÁFRICA Y AMÉRICA LATINA
KRÚPSKAYA UGARTE BOLUARTE | ROXANA DIESTRA HUERTA.....13-26

ARBITRAGEM NECESSÁRIA NOS CONFLITOS SOCIETÁRIOS COMO MÉTODO ADEQUADO
DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOSA
ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO | MARCELO ARTUR MIRANDA CHADA.....27-42

JUSTIÇA RESTAURATIVA ENQUANTO COMPLEMENTO PREVENTIVO NOS CASOS
ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES:
POSSIBILIDADE DE ENCAMINHAMENTO IMEDIATO PELA AUTORIDADE POLICIAL
DERICK MOURA JORGE | JANIO KONNO JUNIOR | VALTER FOLETTI SANTIN.....43-63

O DIREITO À EDUCAÇÃO DO SURDO: DESAFIOS FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS
ZULMAR FACHIN | GONÇALO S. DE MELO BANDEIRA.....64-78

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO AO DESENVOLVER SUAS ATIVIDADES NA
QUALIDADE DE PROFISSIONAL LIBERAL
FABRÍCIO GERMANO ALVES | ISABEL LETÍCIA VIEIRA DE SOUTO.....79-94

DO PRESENCIAL AO VIRTUAL: A CONTRIBUIÇÃO DA MEDIAÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA
PARA O ACESSO À JUSTIÇA DURANTE E APÓS A PANDEMIA DA COVID-19
LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA.....95-102

COMPARTILHAMENTO DE MANDATOS COMO ESTRATÉGIA PARA MITIGAÇÃO DA CRISE
DE REPRESENTAÇÃO NO BRASIL
MATHEUS JOSÉ VEQUI | CLOVIS DEMARCHI.....103-116

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS: AUTONOMIA E DIMENSÃO INSTITUCIONAL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
AURÉLIO JOAQUIM DA SILVA | LEONARDO MACEDO POLI.....117-136

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 DOAJ (Directory of Open Access Journals), 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 último número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2021 (n.45, set./dez. 2021).

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.

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva se tem construída a partir da produção científica de renomados pesquisadores no cenário jurídico nacional e internacional e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

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.

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

LOS 20 AÑOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU IMPACTO EN ASIA, ÁFRICA Y AMÉRICA LATINA

THE 20 YEARS OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND ITS IMPACT ON ASIA, AFRICA AND LATIN AMERICA

Krúpskaya Ugarte Boluarte ¹
Roxana Diestra Huerta ²

RESUMEN: La Corte Penal Internacional cumple 20 años desde su establecimiento, producto de un extenso trabajo para brindar a la comunidad internacional un tribunal autónomo e independiente, capaz de juzgar a individuos que hayan cometido crímenes especialmente graves. Siendo este un hito importante dentro del Derecho Internacional, buscaremos revisar los más importantes casos que se vienen investigando y juzgando dentro de Asia, África y América Latina, analizando a través de ellos el impacto que ha tenido la Corte, desde su estableciendo en la búsqueda de justicia y lucha contra la impunidad.

Palabras Claves: Corte Penal Internacional; Asia; África; América Latina; Derecho Penal Internacional; Justicia Internacional; Estatuto de Roma.

ABSTRACT: The International Criminal Court celebrates 20 years since its establishment, the product of extensive work to provide the international community with an autonomous and independent court, capable of judging individuals who have committed especially serious crimes. As this is an important milestone within International Law, we will seek to review the most important cases that have been investigated and judged within Asia, Africa and Latin America, analyzing through them the impact that the Court has had, since its establishment in the search of justice and fight against impunity.

Keywords: International Criminal Court; Asia; Africa; Latin America; International Criminal Law; International Justice; Rome Statute.

1 Doctora por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Programa en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, y DEA en Derecho Internacional Público. Magister por la Universidad Carlos III de Madrid, España, con mención en Derechos Fundamentales. Egresada de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente titular de la Cátedra de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru y en otras casas de estudio. Directora nacional de la Liga Peruana Pro Derechos Humanos (LIPPRODEH). Consultora en Derechos Humanos. Ejerce la docencia Postgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Nacional Faustino Sánchez Carrión, Universidad Nacional de Huancavelica, entre otras casas de estudio. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5226-4807>. Email: Krupskaya74@hotmail.com.

2 Asesora de Asuntos Internacionales de la Red Nacional de Juventud del Perú (RENAJUV). Colaboradora de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional y miembro de la Association of Young International Criminal Lawyers. Asesora Académica de la "Liga de Jóvenes Diplomáticos". Asistente de Aprendizaje en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6379-8812>. Email: roxanadiestra@gmail.com.

1 INTRODUCCIÓN

La creación de la Corte Penal Internacional ha marcado un hito en la historia, al ser el primer tribunal permanente de Justicia Penal Internacional. Su competencia y jurisdicción traspasa fronteras y dentro de sus salas, se han llevado a juicio a individuos de diferente nacionalidad, por delitos que se contemplan dentro de su tratado constitutivo, el Estatuto de Roma. Una forma interesante de poder entender el impacto de la CPI, dentro del sistema internacional es precisamente agrupando los casos judiciales en regiones, siendo las más importantes Asia, África y América Latina.

Asia como continente, tiene un importante antecedente dentro del Derecho Penal Internacional, que fue la instauración del Tribunal Penal Militar de Lejano Oriente, al cual llamamos comúnmente como “Tribunal de Tokio”, organizado luego de la Segunda Guerra Mundial. Lo que ha servido para que varios países de esta región busquen justicia a través de tribunales penales internacionales. Por ello, es resaltante que en la actualidad la zona de Asia- Pacífico tenga 18 países como miembros de la CPI.

En el caso de América Latina, son 27 países que ha ratificado el Estatuto de Roma, lo cual habilitó que se realizaran dos investigaciones preliminares dentro de estados parte como Colombia y Venezuela, países que tuvieron la visita del fiscal de la Corte, Karim Khan, quien finalmente determinó que abrir una investigación formal contra Nicolás Maduro y miembros de su gobierno.

Por otro lado, uno de los continentes con más investigaciones, extradiciones y procesados es el continente africano, el cual tiene 34 estados como parte del Estatuto, lo que le ha servido para que muchos de los “señores de la guerra”, causantes de numerosos crímenes internacionales, hayan sido sentenciados por este tribunal y muchos otros, tengan causas pendientes, lo que sin duda ha afianzado la labor de la Corte en este continente.

Finalmente, los casos llevados dentro de la CPI, nos ayudarán a ver el avance de la Justicia Penal Internacional dentro de un tribunal autónomo e independiente, que estos últimos 20 años ha buscado detener la comisión de crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión. Su impacto mundial es innegable, ya que lucha contra la impunidad y ayuda a las víctimas a encontrar la justicia que se les ha negado en sus propios países.

2 CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Corte Penal Internacional (CPI) es el primer tribunal de justicia penal permanente encargado de perseguir los crímenes internacionales de genocidio (art. 6), crímenes de lesa humanidad (art. 7), crímenes de guerra (art. 8) y crimen de agresión (art. 8 y la Resolución ICC-ASP/16/Res.5)³, tal y como lo señala su tratado constitutivo el Estatuto de Roma. Este importante tribunal se instaló en La Haya, Países Bajos el 1 de julio de 2002.

El trascendental hito histórico que simbolizó la instauración de este tribunal es producto de la labor de generaciones de juristas, que durante casi cincuenta años plasmaron sus esfuerzos sistematizando las principales tipologías penales del Derecho Internacional y rescatando grandes aportes doctrinarios, luego de los juicios de Nüremberg y Tokio, cuando empezó a surgir la idea de una Jurisdicción Penal Internacional especializada.

³ Resolución denominada «Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión» de la 16ta. Asamblea de Estados Partes de la CPI. Diciembre del 2017.

En el año 1951, la ONU solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que aprobara el primer proyecto de un código, que reúna los conocimientos penales internacionales que se tenían hasta el momento, pero además, ese mismo año se redactó un primer *“Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional”*. Sin embargo, estos primeros intentos no prosperaron, ya que en 1954 la Asamblea General, no estaba de acuerdo con la definición del concepto del crimen de agresión. Recién en 1991, la Asamblea General invitó a la CDI a reanudar sus trabajos previos, producto de los graves crímenes que se estaban cometiendo en la Ex Yugoslavia. Siendo en 1996 que el *“Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad,”* que finalmente se aprueba y a su vez, la CDI inicia la tarea de redactar un *“Estatuto para el Tribunal Penal Internacional”*.

En 1998 casi 30 años después de los primeros trabajos de la CDI, Naciones Unidas llamó a una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios en Roma, con el objetivo de aprobar el *“Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional”* que reunía los proyectos previos del *“Código de Crímenes Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad”* y *“Estatuto para el Tribunal Penal Internacional”*.

En la Conferencia participaron delegaciones de 160 Estados, representantes de 17 organizaciones intergubernamentales y 250 representantes de varias organizaciones no gubernamentales. Finalmente, el Estatuto fue aprobado el 17 de julio de 1998, 120 votos a favor, 21 abstenciones y 7 votos en contra⁴ de los Estados participantes. El gran número de votos favorables que obtuvo el Estatuto puso de manifiesto el deseo de la comunidad internacional de no seguir dejando impunes los delitos más graves contra el Derecho humanitario y de no permitir que éstos se sigan cometiendo.⁵

La Corte Penal Internacional se diferencia de sus antecesores porque no está instituido dentro de Naciones Unidas mediante y su funcionamiento está previsto mediante su tratado constitutivo, el Estatuto de Roma. Pero, además, cuenta con las siguientes características especiales:

4 De estos Estados, dos son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como son China y los Estados Unidos.

5 FRASCHINA, V. A.. *Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*. Palma de Mallorca: Fundació Càtedra Iberoamericana, 2008.

Tabla 1: Características de la CPI

CARACTERÍSTICAS DE LA CPI	<ul style="list-style-type: none"> • Es un órgano judicial independiente. • Es de carácter permanente. • Tiene personalidad jurídica internacional. • Se rige por el “<i>principio de complementariedad</i>” • No forma parte de las Naciones Unidas, aunque se relaciona con ella: <ul style="list-style-type: none"> ➤ Su tratado fue negociado dentro del sistema de Naciones Unidas. ➤ La cooperación entre ambos organismos. ➤ “De conformidad con el Artículo 13(b) del Estatuto de Roma y el Capítulo VII de la Carta de la ONU: El Consejo de Seguridad puede referir determinados casos al Fiscal de la CPI.” (Naciones Unidas, 1998) ➤ Envía anualmente un informe a la Asamblea General.
----------------------------------	---

2.1 Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma fue adoptado el 17 de julio de 1998, precisamente en la ciudad del mismo nombre, durante la “*Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*”. Este sería el tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio del 2002 y en la actualidad cuenta 183 signatarios y 123 ratificaciones.

Tabla 2: Estatuto de Roma

Estatuto de Roma	
Artículo 5	<p>“La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.”⁶</p>

⁶ Naciones Unidas. *Estatuto de Roma*. Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Roma, 1998.

Artículo 13	<p>“Ejercicio de la competencia</p> <p>La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:</p> <p>a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;</p> <p>b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o</p> <p>c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.”⁷</p>
Artículo 29	“Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.” ⁸

2.2 Competencia y Jurisdicción

Las negociaciones que precedieron la adopción del Estatuto de Roma, partieron de la necesidad de sistematizar y brindar reglas jurídicas que autorizaran poderes a la Corte Penal Internacional, para la aplicación las normas sustantivas, reconocidas ya aceptadas por la sociedad internacional en casos concretos. Es por eso, que, para poder hablar de la inmunidad de los individuos juzgados ante la CPI, primero debemos establecer cuál es la competencia y jurisdicción de esta corte permanente. Es por eso que nos remitiremos a la II parte del Estatuto de Roma, donde se puntualiza “*La competencia, la Admisibilidad y el Derecho Aplicable*”. “De conformidad con el artículo 5 del Estatuto de Roma, la competencia en razón de la materia- *ratione materiae* - a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional: Genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión”.⁹

Pero la competencia de la corte, además, está delimitada bajo la temporalidad- *ratione temporis* -, precisada en el artículo 11 del mismo instrumento, que establece que: “la Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto; y, en un segundo supuesto, luego de la entrada en vigor del Estatuto respecto de Estado que se adhiera posteriormente a este tratado”¹⁰. Además, es importante subrayar el carácter obligatorio de su competencia, señalado en el artículo 12, “ya que la CPI ejercerá la misma sobre todos los Estados Partes, porque se supone ipso facto

7 Naciones Unidas. *Estatuto de Roma*. Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Roma, 1998.

8 Naciones Unidas. *Estatuto de Roma*. Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Roma, 1998.

9 Los Estados miembros de la CPI lograron definir el crimen en la conferencia de revisión en Kampala en el año 2010, su activación quedó a cargo de la 16° AEP. Es así, que desde el 17 de julio de 2018, la Corte Penal Internacional puede llevar ante la justicia de manera individual a líderes penalmente responsables de llevar a cabo guerras agresivas - bajo ciertas condiciones.

10 Naciones Unidas. *Estatuto de Roma*. Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Roma, 1998.

la aceptación de su jurisdicción, de estos, no necesitando una declaración adicional para competencia de este tribunal”¹¹. Asimismo, de acuerdo al artículo 13:

El procedimiento frente a la Corte, sólo puede ser iniciado por un Estado Parte, por el Consejo de Seguridad de la ONU, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y por investigaciones autónomas del Fiscal.¹²

En cuanto la competencia *ratione personae*, la corte sólo tendrá competencia según los artículos 25 y 26,

[...] respecto de las personas naturales, mayores de 18 años, que haya cometido alguno de los crímenes enunciados en el artículo 5 del Estatuto. Teniendo en cuenta que la responsabilidad penal es individual y absoluta, con independencia del cargo que ocupe o haya ocupado una persona.¹³

Cuestión, que detallaremos más adelante.

La competencia ***ratione loci***, determina que: “la corte sólo puede actuar en un Estado en cuyo territorio se haya cometido el hecho, o en el Estado del que es ciudadano el autor del hecho, siempre y cuando este Estado sea parte del Estatuto de Roma.”¹⁴ Limitando claramente, que no puede operar sobre terceros Estados que no son parte del Estatuto.

Es por ello, que podemos concluir que la CPI es una organización autónoma e independiente, con personalidad jurídica propia, que tiene capacidad para actuar en correspondencia con los crímenes que se enmarcan en su competencia y jurisdicción, enumerados en el art. 5 y cometidos posteriormente al 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto, conforme al artículo 126, porque no existe retroactividad en su competencia.

Respecto a la jurisdicción, a nivel procesal entendemos que esta se precisa quiénes tienen, en general, facultad procedente de la soberanía de los Estados, en materia de la CPI, derivada de la cesión de soberanía de los estados parte, de emplear el derecho en un caso concreto, resolviendo una controversia. En el caso de esta Corte, es ejercida en forma exclusiva por 18 magistrados independientes, provenientes de diversos países designados por la Asamblea de Estados Partes de Naciones Unidas.

Ahora bien, “como institución internacional permanente frente a los sistemas judiciales nacionales, teniendo en cuenta que la responsabilidad primaria de enjuiciar las violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho humanitario, continúa siendo de los Estados. El Estatuto de Roma instituye normas concretas que deberán de gobernar la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales. Dicha relación se rige por el principio de complementariedad y se materializa en las disposiciones relativas a la admisibilidad de los casos ante la CPI, materializados en el preámbulo del tratado y sus artículos 1 y 17.”¹⁵

11 Naciones Unidas. *Estatuto de Roma*. Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Roma, 1998.

12 Naciones Unidas. *Estatuto de Roma*. Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Roma, 1998.

13 Naciones Unidas. *Estatuto de Roma*. Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Roma, 1998.

14 Naciones Unidas. *Estatuto de Roma*. Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Roma, 1998.

15 FRASCHINA, V. A.. *Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*. Palma de Mallorca: Fundació Càtedra Iberoamericana, 2008.

3 CASOS DENTRO DE LA CPI

La Corte Penal Internacional en la actualidad tiene múltiples exámenes preliminares, investigaciones y casos en tres de los continentes más importantes del mundo, como son: Asia, África y América Latina. Siendo lamentablemente, la región africana la que cuenta con la gran mayoría de casos e investigaciones abiertas. A continuación detallamos los casos más trascendentales de cada uno de estos continentes.

3.1 Asia

En el caso del continente asiático, tenemos actualmente tres investigaciones que viene realizando la fiscalía de la CPI, estas se encuentran en Filipinas, Afganistán y Myanmar. Por ello, comentaremos la información pertinente a cada investigación.

- **Situación en la República de Filipinas**

El 15 de septiembre de 2021, la Sala de Cuestiones Preliminares I autorizó al Fiscal a iniciar una investigación por delitos presuntamente cometidos en el territorio de Filipinas entre el 1 de noviembre de 2011 y el 16 de marzo de 2019 en el contexto de la llamada “guerra contra las drogas”. Esta autorización siguió a la solicitud del Fiscal de abrir una investigación formal, presentada el año 2021.¹⁶

Respecto a la jurisdicción de la CPI en Filipinas, debemos señalar que este país se adhirió como Estado Parte del Estatuto de Roma, el 1 de noviembre de 2011, por lo que los presuntos crímenes cometidos en su territorio pueden empezar a juzgarse desde ese año hasta el 2019, año en el que lamentablemente, producto de la apertura del examen preliminar de esta situación, Filipinas solicitó su retiro del Estatuto, haciéndose este efectivo un año después de la solicitud; sin embargo, la Corte conserva su jurisdicción con respecto a presuntos delitos que ocurrieron en su territorio mientras era Estado Parte, desde el 1 de noviembre de 2011 hasta el 16 de marzo de 2019. Si bien los delitos parecen haber continuado después de esta fecha, la Sala de Cuestiones Preliminares I señaló que la investigación de los presuntos delitos identificados en la Solicitud del Artículo 15 (3) se limitara al período en que Filipinas era un Estado Parte del Estatuto.¹⁷

- **Situación en la República Islámica de Afganistán**

El 20 de noviembre de 2017, el Fiscal solicitó la autorización a los jueces de instrucción para iniciar una investigación sobre presuntos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en relación con el conflicto armado en la República Islámica de Afganistán desde el 1 de mayo de 2003. Así como, sobre crímenes relacionados con el conflicto armado en Afganistán, presuntamente cometidos en el territorio de otros Estados Partes del Estatuto de Roma desde el 1 de julio de 2002, fecha en la que se estableció la Corte.¹⁸

Entre el 7 de diciembre de 2017 y el 9 de febrero de 2018, la Sección de Reparación y

¹⁶ Situation in the Republic of the Philippines, ICC-01/21 (International Criminal Court 1 de November de 2011).

¹⁷ Situation in the Republic of the Philippines, ICC-01/21 (International Criminal Court 1 de November de 2011).

¹⁸ Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17 (International Criminal Law 5 de March de 2020).

Participación de las Víctimas de la CPI, presentó a la Sala de Cuestiones Preliminares un número total de 699 representaciones de víctimas. Posteriormente, el 20 de febrero de 2018, esta misma sección realizó un informe final consolidado, que contiene una descripción general del proceso de representaciones de las víctimas, así como detalles y estadísticas de las representaciones. Producto de ello, el 5 de marzo de 2020, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional decidió por unanimidad autorizar al Fiscal a iniciar una investigación sobre presuntos delitos de la competencia de la Corte en relación con la situación en la República Islámica de Afganistán.¹⁹

La jurisdicción de la CPI en Afganistán inició con la adhesión de este país al Estatuto de Roma, el 10 de febrero de 2003. Por lo tanto, la CPI puede ejercer su jurisdicción sobre los crímenes enumerados en el Estatuto de Roma cometidos en el territorio de Afganistán o por sus nacionales a partir del 1 de mayo de 2003 en adelante.²⁰

- **Situación en la República Popular de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar**

El 14 de noviembre de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares III autorizó al Fiscal a proceder con una investigación por los presuntos crímenes dentro de la República Popular de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar. Esta autorización siguió a la solicitud de apertura de investigación presentada el 4 de julio de 2019 por la Fiscalía.²¹ El Fiscal investiga la comisión de crímenes de lesa humanidad, como la deportación y la persecución, cometidos contra la población rohingya, en parte en el territorio de Bangladesh, un Estado Parte del Estatuto de Roma. Pero también, en el territorio de cualquier otro Estado Parte, vinculado a la situación descrita contra los rohingya, abarcando las olas de violencia de 2016 y 2017 que tuvieron lugar en el estado de Rakhine, en el territorio de Myanmar.²²

En cuanto al período de tiempo, la Corte ha autorizado la investigación de los delitos presuntamente cometidos a partir del 1 de junio de 2010, fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma para Bangladesh. Asimismo, la Corte también ha autorizado la investigación de cualquier delito futuro, siempre que los mencionados delitos estén suficientemente vinculados a la situación ICC-01/19.²³

- **África**

En el continente africano tenemos el mayor número de casos de la Corte Penal Internacional, ya que de los 31 que la Corte ha llevado desde su instalación, todos son africanos. Pero además, en la actualidad también tienen bajo su jurisdicción dos exámenes preliminares en Nigeria y Guinea. Además de las investigaciones abiertas en Uganda, República Democrática del Congo, Darfur- Sudán, República Centroafricana, Kenia, Libia, Costa de Marfil, Mali, Burundi y Estado de Palestina. Por ello, para no extender este subcapítulo, nos centraremos en explorar los casos más relevantes, acontecidos en África.

19 Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17 (International Criminal Law 5 de March de 2020).

20 Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17 (International Criminal Law 5 de March de 2020).

21 Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19 (International Criminal Law 4 de July de 2019).

22 Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19 (International Criminal Law 4 de July de 2019).

23 Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19 (International Criminal Law 4 de July de 2019).

- **Abd-Al-Rahman**

Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman fue transferido a la custodia de la CPI el 9 de junio de 2020, luego de entregarse voluntariamente en la República Centroafricana. Según la Fiscalía es sospechoso de 31 cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Presuntamente cometidos entre agosto de 2003 y al menos abril de 2004 en Darfur, Sudán.²⁴

El 9 de julio de 2021, la Sala de Cuestiones Preliminares II confirmó todos los cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad presentados por el Fiscal contra Ali Muhammad Abd-Al-Rahman y lo envió a juicio. El 8 de septiembre, la Sala de Primera Instancia I programó la apertura del juicio en su contra para el 5 de abril de 2022.²⁵

- **Al-Bashir**

La primera orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, expresidente de Sudan, se emitió el 4 de marzo de 2009 y la segunda el 12 de julio de 2010, por cinco cargos de crímenes contra la humanidad: asesinato, exterminio, traslado forzoso, tortura y violación; dos cargos de crímenes de guerra: dirigir intencionalmente ataques contra una población civil como tal o contra civiles individuales que no toman parte en las hostilidades y saqueo; tres cargos de genocidio: matar, causar daños físicos o mentales graves e imponer deliberadamente a cada grupo objetivo condiciones de vida calculadas para provocar la destrucción física del grupo, presuntamente cometidos al menos entre 2003 y 2008 en Darfur, Sudán. El sospechoso sigue prófugo y el caso permanecerá en la etapa preliminar, hasta que comparezca ante a la CPI.²⁶

- **Al-Hassan**

Presunto miembro de Ansar Eddine y jefe de facto de la policía islámica. Se le acusa de haber estado involucrado en el trabajo de la corte islámica en Tombuctú (un tribunal constituido que no ofrecía las garantías judiciales indispensables y emitió sentencias que violaban DDHH) y ser sospechoso de crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en Malí, en el contexto de un ataque generalizado y sistemático de los grupos armados Ansar Eddine/Al Qaeda en el Magreb Islámico contra la población civil de Tombuctú entre el 1 de abril de 2012 y 28 de enero de 2013.²⁷

La orden de arresto de Al Hassan se emitió el 27 de marzo de 2018 y fue entregado a la CPI ese mismo año, donde se encuentra bajo la custodia de la Corte. La Sala de Cuestiones Preliminares I confirmó los cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad presentados por el Fiscal. El juicio se reanudó el 8 de septiembre de 2020, cuando la Fiscalía comenzó a presentar sus pruebas y llamar a sus testigos ante los jueces. Este año se espera que la defensa comience a presentar su evidencia.²⁸

24 The Prosecutor v. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, ICC-02/05-01/20 (International Criminal Law 5 de April de 2022).

25 The Prosecutor v. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, ICC-02/05-01/20 (International Criminal Law 5 de April de 2022).

26 The Prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09 (International Criminal Law 11 de October de 2011).

27 The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18 (International Criminal Law 27 de March de 2018).

28 The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18 (International Criminal Law 27 de March de 2018).

- **Al Werfalli**

Se alega que el Sr. Al-Werfalli cometió directamente y ordenó la comisión de asesinatos, como crimen de guerra en el contexto de siete incidentes, que involucraron a 33 personas, que tuvieron lugar desde el 3 de junio de 2016 hasta el 17 de junio de 2016 en Benghazi, Libia. Así como, de un octavo incidente que tuvo lugar el 24 de enero de 2018, cuando el Sr. Al-Werfalli presuntamente mató a tiros a 10 personas frente al Bi' en la Mezquita al-Radwan en Libia. El caso permanece en la etapa preliminar, a la espera del arresto del sospechoso o su comparecencia voluntaria ante el Tribunal, ya que este tribunal no juzga a las personas en su ausencia.²⁹

- **Jean-Pierre Bemba Gombo**

Presidente y Comandante en Jefe del Movimiento de Liberación del Congo, en el momento de la orden de arresto. Acusado de dos cargos de crímenes contra la humanidad: asesinato y violación; y tres cargos de crímenes de guerra: asesinato, violación y saqueo, presuntamente cometidos entre 2002 y 2003 en la República Centroafricana. Asimismo en la apelación contra la absolución de estos cargos en una primera instancia, se le acusó de delitos contra la administración de justicia, incluida la influencia corrupta de testigos en su caso en el mismo tribunal.³⁰ Finalmente, el Sr. Bemba obtuvo dos veredictos de culpabilidad el 19 de octubre de 2016 y el 22 de marzo de 2017. Sin embargo, el 17 de septiembre de 2018, se anularon las condenas de forma definitiva.

- **Katanga**

Comandante de la Force de résistance patriotique en Ituri (FRPI) en República Democrática del Congo, en el momento de la orden de arresto. Declarado culpable, el 7 de marzo de 2014, como cómplice de un cargo de crimen de lesa humanidad (asesinato) y cuatro cargos de crímenes de guerra (asesinato, ataque a una población civil, destrucción de bienes y saqueo) cometidos el 24 de febrero de 2003 durante el ataque al pueblo de Bogoro, en el distrito de Ituri de la RDC. Condenado a un total de 12 años de prisión.³¹

- **Lubanga**

Expresidente de la Unión de Patriotas Congoleños/Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (UPC/FPLC). Declarado culpable, el 14 de marzo de 2012, de los crímenes de guerra de alistar y reclutar a niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. Condenado, el 10 de julio de 2012, a un total de 14 años de prisión. El Sr. Lubanga fue trasladado a un centro penitenciario en la República Democrática del Congo para cumplir su sentencia de prisión. El 15 de marzo de 2020, Thomas Lubanga fue puesto en libertad tras haber cumplido 14 años de prisión.³²

29 The Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli, ICC-01/11-01/17 (International Criminal Law 15 de August de 2017).

30 El Fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido, ICC-01/05-01/13 (International Criminal Law 17 de September de 2018).

31 The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chu, ICC-01/04-01/07 (International Criminal Law 7 de March de 2014).

32 El Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 (International Criminal Law 14 de March de 2012).

- **Ntaganda**

Ex Jefe de Estado Mayor Adjunto y comandante de operaciones de las Fuerzas Patriotiques pour la Libération du Congo (FPLC). Acusado de 13 cargos de crímenes de guerra y 5 cargos de crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en 2002-2003 en el distrito de Ituri de la República Democrática del Congo. El 8 de julio de 2019, la Sala de Primera Instancia VI de la CPI declaró culpable a Bosco Ntaganda y lo condenó a un total de 30 años de prisión. Por ello, permanecerá en el centro de detención de la CPI en La Haya (Países Bajos) hasta que la Presidencia de la CPI determine en qué país cumplirá su condena.³³

- **Ongwen**

Comandante de la Brigada Sinia del Ejército de Resistencia del Señor (LRA). Acusado de 61 cargos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra presuntamente cometidos después del 1 de julio de 2002 en el norte de Uganda. Su juicio comenzó el 6 de diciembre de 2016. Sin embargo, recién el 4 de febrero de 2021, la Sala de Primera Instancia IX lo declaró culpable por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, cometidos en Norte de Uganda entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005. Fue condenado a 25 años de prisión.³⁴

El 21 de julio y el 26 de agosto de 2021, su defensa presentó sus escritos de apelación contra la condena y la sentencia, respectivamente. Por ello, la Sala de Apelaciones celebró audiencias del 14 al 18 de febrero de 2022 para escuchar las presentaciones y observaciones de las partes y participantes sobre estas apelaciones.³⁵

3.3 América Latina

En la región Latinoamérica hemos tenido hasta la actualidad dos exámenes preliminares en el caso de Venezuela II y Colombia, este último fue cerrado luego de la visita del fiscal Karim Khan a este país, ya que logró corroborar que las investigaciones sobre los crímenes cometidos ese territorio están siguiendo su curso en los tribunales nacionales, por ello y teniendo en cuenta que la CPI ejerce su jurisdicción de manera complementaria, se cerró este examen preliminar. Por consiguiente, compartiremos el examen preliminar del caso de Venezuela II y la investigación abierta sobre este mismo país.

- **Examen preliminar Venezuela II**

El 13 de febrero de 2020, la Fiscalía de la CPI recibió una remisión del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela en virtud del artículo 14 del Estatuto de Roma sobre la situación en su propio territorio, de conformidad con sus prerrogativas como Estado Parte de este. De conformidad con el artículo 14(1) del mismo, el Estado remitente solicita al Fiscal que inicie una investigación sobre los crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en territorio de venezolano, con miras a determinar si una o más personas deben ser acusadas de la comisión de tales

33 The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06 (International Criminal Law 8 de July de 2019).

34 The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15 (International Criminal Law 6 de May de 2021).

35 The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15 (International Criminal Law 6 de May de 2021).

delitos. En su remisión, el Gobierno de Venezuela señala que se cometen crímenes de lesa humanidad *“como consecuencia de la aplicación de medidas coercitivas ilícitas adoptadas unilateralmente por el gobierno de los Estados Unidos de América contra Venezuela, al menos desde el año 2014”*.³⁶

El 19 de febrero de 2020, la Presidencia asignó el examen preliminar de la República Bolivariana de Venezuela II a la Sala de Cuestiones Preliminares III. Específicamente, según el artículo 53(1) del Estatuto, el Fiscal debe considerar cuestiones de jurisdicción, admisibilidad y los intereses de la justicia ante de iniciar una investigación formal. Por ello, esta sala evaluará y analizará de forma independiente toda la información disponible y tendrá en cuenta todas las presentaciones y opiniones que se le transmitan, incluida cualquier observación de las autoridades nacionales competentes con respecto a cualquier investigación y enjuiciamiento pertinentes a nivel nacional.³⁷

- **Situación en la República Bolivariana de Venezuela**

El 27 de septiembre de 2018, la Fiscalía recibió una remisión de un grupo de Estados Partes del Estatuto de Roma que son: la República Argentina, Canadá, la República de Colombia, la República de Chile, la República del Paraguay y la República del Perú en relación con la situación en la República Bolivariana de Venezuela desde el 12 de febrero de 2014.³⁸

De conformidad con el artículo 14 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), los Estados remitentes solicitaron al Fiscal que inicie una investigación sobre los crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el territorio de Venezuela. El 28 de septiembre de 2018, la Presidencia asignó la Situación en la República Bolivariana de Venezuela a la Sala de Cuestiones Preliminares I, posteriormente se reasignó a la Sala de Cuestiones Preliminares III.³⁹

En 2020, la Oficina concluyó que existe una base razonable para creer que se han cometido crímenes de lesa humanidad, particularmente en el contexto de la detención, en Venezuela desde al menos abril de 2017. El 3 de noviembre de 2021, el Fiscal anunció que el examen preliminar había concluido con una decisión de proceder con las investigaciones. El anuncio de la Fiscalía estuvo acompañado de un acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la Fiscalía para continuar impulsando medios y mecanismos para apoyar y promover un verdadero proceso nacional en Venezuela, comprometiéndose a establecer mecanismos para fortalecer la cooperación entre las partes para facilitar el cumplimiento del mandato del Fiscal en ese territorio.⁴⁰

Respecto a la jurisdicción de la CPI en Venezuela, debemos recordar que es país es parte del Estatuto desde el 7 de junio de 2000. Por lo que CPI puede ejercer su jurisdicción sobre los crímenes cometidos en el territorio de Venezuela o por sus nacionales a partir del 1 de julio de 2002, cuando se estableció este tribunal.

36 Preliminary examination Venezuela II (International Criminal Law 13 de February de 2020).

37 Preliminary examination Venezuela II (International Criminal Law 13 de February de 2020).

38 Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I, ICC-02/18 (International Criminal Law 27 de September de 2018).

39 Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I, ICC-02/18 (International Criminal Law 27 de September de 2018).

40 Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I, ICC-02/18 (International Criminal Law 27 de September de 2018).

4 CONCLUSIONES

Luego de presentar nociones básicas acerca de la Corte Penal Internacional respecto a su tratado constitutivo, su jurisdicción y competencia, además de los casos abiertos en los que incluimos investigaciones y exámenes preliminares sobre África, América y Asia, pasaremos a brindar las conclusiones sobre el impacto de este tribunal en estos tres continentes.

Debemos tener en cuenta que los antecedentes de tribunales internacionales de los tribunales de la post guerra, ad hoc, híbridos y mixtos, prepararon el camino en los continentes africano y asiático, para la formación de un tribunal internacional de carácter permanente y autónomo como lo es la CPI.

La activación de la jurisdicción complementaria de la CPI en todo el mundo, también ha generado la posibilidad de que se ponga en la palestra que estos crímenes graves como el genocidio, la lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, puedan ser juzgados en tribunales nacionales, en consonancia con sus obligaciones internacionales, generando así, mayor posibilidad de perseguir a los responsables y proteger a las víctimas.

Los exámenes preliminares, investigaciones y casos abiertos en estos tres continentes han tenido gran impacto porque se han llegado a condenar a individuos que han causado muertes, desapariciones forzadas, torturas, reclutamiento de niños, entre otros, para sus fines políticos, religiosos o sociales. Así como la investigación a jefes de estado, gobiernos, ministros y jefes de grupos armados, quienes en otras circunstancias, tal vez no hubieran sido juzgados. Generando que las víctimas de conflictos armados y graves violaciones a los Derechos Humanos encuentren una oportunidad de lucha contra la impunidad fuera de sus estados.

REFERENCIAS

- El Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 (International Criminal Law 14 de March de 2012).
- El Fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido, ICC-01/05-01/13 (International Criminal Law 17 de September de 2018).
- FRASCHINA, V. A. (2008). *Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*. Palma de Mallorca: Fundació Càtedra Iberoamericana.
- Naciones Unidas. (1998). Estatuto de Roma. *Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*. Roma.
- Preliminary examination Venezuela II (International Criminal Law 13 de February de 2020).
- Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I, ICC-02/18 (International Criminal Law 27 de September de 2018).
- Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17 (International Criminal Law 5 de March de 2020).
- Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19 (International Criminal Law 4 de July de 2019).
- Situation in the Republic of the Philippines, ICC-01/21 (International Criminal Court 1 de November de 2011).
- The Prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09 (International Criminal Law 11 de October de 2011).

The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18 (International Criminal Law 27 de March de 2018).

The Prosecutor v. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, ICC-02/05-01/20 (International Criminal Law 5 de April de 2022).

The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06 (International Criminal Law 8 de July de 2019).

The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15 (International Criminal Law 6 de May de 2021).

The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chu, ICC-01/04-01/07 (International Criminal Law 7 de March de 2014).

The Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli, ICC-01/11-01/17 (International Criminal Law 15 de August de 2017).

Recebido em: 23.03.2022

Aprovado em: 08.08.2022

Como citar este artigo (ABNT):

BOLUARTE, Krúpskaya Ugarte; HUERTA, Roxana Diestra. Los 20 años de la Corte Penal Internacional y su impacto en Asia, África y América Latina. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.46, p.13-26, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/11/DIR46-01.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

ARBITRAGEM NECESSÁRIA NOS CONFLITOS SOCIETÁRIOS COMO MÉTODO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

ARBITRATION REQUIRED IN CORPORATE CONFLICTS AS AN APPROPRIATE METHOD OF RESOLVING CONFLICTS

António Pedro Pinto Monteiro ¹
Marcelo Artur Miranda Chada ²

RESUMO: A arbitragem possui um importante papel como método adequado de solução de conflitos, não como um equivalente jurisdicional, pois não o é, mas sim como verdadeiro exercício da jurisdição privada. Dentro das espécies de arbitragem que existem, temos, ao lado da tradicional arbitragem voluntária, a arbitragem necessária, que tem por característica a compulsoriedade em determinados casos eleitos pelo legislador. As circunstâncias em que são indicativas da incidência da arbitragem necessária perpassam necessariamente por uma análise técnica e criteriosa da arbitrabilidade objetiva e subjetiva, bem como da real necessidade da via compulsiva em cotejo com os elementos concretos de determinada matéria. Nessa ordem de ideias, este estudo tem por objetivo fazer a conexão e consequente viabilidade da aplicação da arbitragem necessária com a matéria de conflitos societários, onde se irá pontuar a partir do método indutivo e da pesquisa bibliográfica como, para a resolução dos conflitos ocorridos no contexto do funcionamento das sociedades empresárias, se faz adequada a utilização da arbitragem necessária (e o contraponto da não opção pela arbitragem voluntária).

Palavras-Chave: Arbitragem necessária; Conflitos societários; Métodos adequados de solução de conflito; Acesso à justiça

ABSTRACT: Arbitration has an important role as an adequate method of conflict resolution, not as a jurisdictional equivalent, as it is not, but as a true exercise of private jurisdiction. Among the types of arbitration that exist, we have, alongside the traditional voluntary arbitration, the necessary arbitration, which is characterized by compulsory arbitration in certain cases elected by the legislator. The circumstances in which they are indicative of the incidence of the necessary arbitration necessarily involve a technical and careful analysis of objective and subjective arbitration, as well as the real need for the compulsory route in comparison with the concrete elements of a given matter. In this order of ideas, this study aims to make the connection and consequent feasibility of applying the necessary arbitration with the matter of corporate conflicts, where it will be pointed out from the inductive method and bibliographic research as, for the resolution of conflicts that occurred in the context of the functioning of business companies, the use of necessary arbitration is appropriate (and the counterpoint of not opting for voluntary arbitration),

keywords: Required arbitration; Corporate conflicts; Proper methods of conflict resolution; Access to justice

¹ Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal. E-mail: apmonteiro@autonoma.pt.

² Mestre em direito pela Escola Paulista de Direito. Mestrando em direito pela Universidade Autônoma de Lisboa, Portugal. Doutorando em direito no Instituto de Direito público de Brasília. Email: arturchada@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

É consentâneo, aos mais primitivos e essenciais fundamentos das sociedades civis organizadas ocidentais, que a razão precípua da existência do Direito e suas normas jurídicas correlatas é a de promover a pacificação social. As sociedades são reflexos de vários fatores de conformação cultural, econômica, jurídica, política e seus respectivos desdobramentos. A dinamicidade das instituições e necessidades conjunturais e estruturais das sociedades obrigam o direito vigente nas mesmas a estar em constante evolução e adaptação para garantir o seu fim último e maior já mencionado.

Dentro desta temática, possui destaque a questão da efetivação material dos direitos, e os instrumentos que são utilizados para este fim. Se para certos casos a utilização dos mecanismos advindos da jurisdição estatal, outrora hegemônica, apresenta-se necessária e com resultados satisfatórios na maioria dos casos, em outros já se faz salutar ou até mesmo inevitável a utilização de métodos de solução de conflitos que transbordam os limites da atuação do Estado através de um juiz de direito. Até mesmo em casos clássicos de atuação incisiva e preponderante da jurisdição estatal como necessária à estabilidade das relações sociais, a exemplo do direito penal, já se observa alternativas (e não métodos alternativos), como se percebe na hipótese de possibilidade de acordo de não persecução penal, algo inimaginável no âmbito da teoria clássica do direito penal fundamentada na sanha punitiva.

Nesta ordem de ideias, de métodos adequados de solução de conflitos a partir do caso concreto, apresenta-se com destaque a arbitragem, que é o exercício da jurisdição privada, em julgamento de casos envolvendo conflitos de direitos disponíveis ou desdobramentos dos mesmos. A arbitragem pode apresentar-se em duas espécies: a voluntária e a necessária. A arbitragem voluntária advém como o próprio nome sugere da manifestação de vontade das partes em instituí-la a partir da convenção de arbitragem; já a arbitragem necessária é compulsoriamente instituída pelo poder público, que identifica elementos necessários e suficientes para se determinar que certos conflitos devam ser julgados inarredavelmente por árbitros privados, qualificados e, via de regra, apresentando-se como órgãos de tribunais arbitrais instituídos.

A arbitragem, assim como os demais métodos adequados de solução de conflitos, são verdadeiros elementos catalizadores do princípio fundamental do acesso à justiça, devendo toda a estruturação de qualquer estudo perpassar de forma indissociável por esta constatação.

Desta maneira, o objeto deste estudo é justamente a investigação se estas circunstâncias que ensejam a instituição da arbitragem, em sua via necessária/compulsória, verificam-se no caso de resolução de conflitos societários. Em outras palavras, objetiva-se investigar a partir de um método indutivo e de pesquisa bibliográfica se a arbitragem necessária apresenta-se como via adequada de solução de conflitos societários. Para tanto analisar-se-á elementos ontologicamente afetos à arbitragem, notadamente a elevada especialização técnica dos árbitros, o sigilo dos procedimentos, e a celeridade quando em comparação à jurisdição estatal, da governança corporativa no âmbito das sociedades empresárias, dentre outros, objetivando uma conclusão da adequação procedimental proposta.

2 ARBITRAGEM NECESSÁRIA

O direito, enquanto matriz equalizadora dos anseios sociais frente à limitação de recursos do Estado, é a ferramenta mais eficaz para a consecução da pacificação social.³

3 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.262.

Desta forma, resta factível a conclusão de que a relação dialética entre demanda social x reposta estatal é dinâmica e constante, devendo sempre existir um aprimoramento dos instrumentos de garantias e materialização de direitos.

Juntamente com outras maneiras, arbitragem é um método de solução de conflitos através da heterocomposição, ou seja, realizada por um terceiro imparcial que balizado em diretrizes previamente determinadas proclama uma sentença arbitral que visa a colocar fim ao conflito posto em discussão.⁴

Ontologicamente arbitragem pode ser definida como método extrajudicial de solução de conflitos patrimoniais e disponíveis, privado, jurisdicional, cujo resultado final é materializado através de uma sentença arbitral, que possui natureza jurídica de título executivo judicial.⁵

A resposta a conflitos intersubjetivos de interesses (ínsitos à natureza humana e presente nas sociedades mais rudimentares) esteve, por muito tempo, nas mãos dos próprios indivíduos e desvinculada da atuação da tutela estatal. A arbitragem, nas comunidades que remontam a mais distante antiguidade, teve fundamental importância em um cenário onde o choque cultural entre povos, com as intrínsecas diferenças de raça e religião dificultavam o convívio harmônico dos seus integrantes⁶.

Do ponto de vista fático, nas lições singelas mas não menos certas de Antônio Menezes Cordeiro⁷:

A arbitragem terá sido praticada desde que a humanidade logrou atingir a inteligência, com um mínimo de diferenciação funcional. Quando duas pessoas não estivessem de acordo relativamente à atribuição de certo bem ou à adoção de determinada postura e não pretendessem resolver o assunto com recurso à força bruta, a solução natural é simples: combinavam pedir a uma terceira pessoa, em que ambos confiassem, o decidir do diferendo. As vantagens, para todos, eram evidentes.

Alguns doutrinadores⁸ optam por classificar a arbitragem como um “equivalente jurisdicional”, expressão de Carnelluti, ou “substitutivo da jurisdição”. Estas conclusões são defendidas, precipuamente, considerando que determinados atos, inobstante não advindos de autoridade judiciária, conduzem, guardadas as devidas proporções, ao mesmo resultado, ou seja, diretamente à composição definitiva da lide, e indiretamente, à pacificação social, que seria conseguido mediante o uso das vias jurisdicionais⁹.

Ousa-se discordar. É contraditória tal conclusão, na medida em o próprio significado e resultado explicado pelo doutrinador são próprios de atividade jurisdicional. Atribuir o rótulo de substitutivo ou equivalente jurisdicional, sem adentrar de forma mais profunda sobre a natureza jurídica do instituto da arbitragem, reflete a intenção de exclusão da arbitragem do mundo jurídico, mantendo, o monopólio e prestígio histórico do judiciário como fonte única da jurisdição.

4 GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução alternativa de litígios*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p.119-124.

5 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: Direito material e processual*. 5. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016, p.258.

6 MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem através dos tempos. obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. (Coletânea) A arbitragem na Era da Globalização, coordenação de José Maria Rossini Garcez*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.35.

7 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 20.

8 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 43.

9 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 43.

A arbitragem voluntária é a via ordinária do regime arbitral. Os envolvidos em um conflito voluntariamente acordam que este seja solucionado através da arbitragem, expressando-se esta celebração via convenção de arbitragem. Já na arbitragem necessária, litígios pré-determinados estão submetidos por expressa disposição legislativa à arbitragem, de forma obrigatória. O legislador, em certos casos, entendeu por bem que alguns assuntos serão decididos por arbitragem antes de recurso à jurisdição comum¹⁰.

As razões de ser do enquadramento de determinadas matérias em detrimento de outras à política estatal da arbitragem necessária justifica-se por razões de ordem social, económicas, efetividade do processo, e de qualificação e especialização dos julgadores, onde muitas das vezes necessita-se de um conhecimento técnico muito específico sobre o cerne do litígio¹¹.

Existe doutrina com bastante prestígio que não considera a arbitragem necessária como genuína arbitragem, por lhe faltar o caráter de voluntariedade. Nesse sentido Manuel Pereira Barrocas¹²: “a natureza jurídica da arbitragem necessária, isto é, imposta por lei como o único meio de contencioso suscetível de ser usado, não corresponde à que é própria de uma verdadeira arbitragem” .

Um ponto de destaque é a constitucionalidade dos tribunais de arbitragem necessária. A título de exemplificação, o tribunal constitucional português, em diversas oportunidades, pronunciou-se pela constitucionalidade dos mesmos, não havendo razão semântica da menção a tribunais arbitrais na Constituição portuguesa senão para fins de expurgar qualquer dúvida a respeito de sua constitucionalidade, na medida em que se trata de matéria alheia à organização do Estado e seus elementos formadores políticos¹³. Das lições de Gomes Canotilho e Vital Moreira, concluímos, com sobriedade, que o princípio do direito de acesso à justiça e à uma tutela efetiva (inafastabilidade da jurisdição) representa especial garantia de tutela dos direitos fundamentais, sem que isso implique na necessidade de atuação estatal de uma única e exclusiva forma, qual seja, através do socorro aos métodos estatais e tradicionais de solução de litígios utilizando-se dos tribunais através dos juízes de direito¹⁴.

3 ARBITRAGEM NECESSÁRIA E A RELEITURA DOS PRINCÍPIOS DO ACESSO À JUSTIÇA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A ideia de acesso à justiça confunde-se com a cronologia da própria formação dos primeiros agrupamentos sociais e os conflitos daí surgidos, necessitando haver um senso comum de justiça característico de determinado grupo, com registro histórico conhecido no código de Hamurabi¹⁵.

Na evolução do conceito de justiça temos a famigerada diferenciação entre igualdade formal e material de Aristóteles, onde cria uma teoria que irá conduzir todo o pensamento jurídico ocidental¹⁶:

Efetivamente, todos os homens se apegam à justiça, mas só avançam até um certo ponto e não dizem qual é o princípio de justiça absoluta em seu todo. Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade — e de fato é, embora não o

10 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 58.

11 GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução alternativa de litígios*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p.119-124.

12 BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, Coimbra:Almedina. 2. ed. 2013, p. 90.

13 GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p.572-573.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada, vol. I e II*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.408-410.

15 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Concepções sobre acesso à justiça*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n.82, p.43-53, jan. 2010, p.43.

16 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985, p.1280.

seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si.

Já nas lições de Hans Kelsen, dentro da matriz argumentativa que levou à formulação da teoria pura do direito, a ideia de justiça não deve se valer de aspectos subjetivos e portanto suscetíveis de variações ao sabor das ideias humanas, mas sim ser analisado dentro da conformação de um ordenamento jurídico justo, de forma a poder ser objeto de análise científica. O homem tido por justo é aquele que cumpre as regras que devem ser igualmente justas e aptas a proporcionar felicidade e bem estar a todos de forma indistinta, na mais pura decantação filosófica do “dever ser” jurídico¹⁷.

Longe de uma escrita argumentativa puramente retórica, a alusão aos conceitos teóricos de justiça, desde seu surgimento com Aristóteles, perpassando pela doutrina kelseniana que inspirou o pensamento jurídico moderno, observa-se que as opções de métodos de solução de conflitos fornecidas pelo Estado devem ser proporcionais à complexidade das demandas e das sociedades em que se inserem.

A corroborar este pensamento, a doutrina consagrada de Cappelletti e Garth, sobre as ondas de acesso à justiça. Nesta teoria, em breve resumo, existem três “ondas” de acesso à justiça, sendo a primeira representada pela oportunibilização de acesso/assistência jurídica às pessoas carentes de recursos materiais e intelectuais; a segunda onda seria representada pela tutela dos direitos difusos e coletivos, na medida em que a complexidade e quantidade dos conflitos existentes já não poderiam ser solucionados a partir de soluções individuais, mormente pela escassez de recursos do Estado para solucionar todas as demandas; e, por fim, a terceira onda de acesso à justiça, que representa um olhar concatenado para o conjunto de direitos, ferramentas e soluções possíveis para cada caso concreto a partir das suas peculiaridades, enquadrando-se nesse espectro a questão da arbitragem necessária como via para a resolução dos conflitos societários¹⁸.

Nas lições doutrinárias dos criadores desta teoria, a terceira onda representaria¹⁹:

Alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.

Deflui destas lições que, se de um lado existe a certeza da necessidade das multifacietariedade destes métodos adequados para cada espécie de conflitos postos, não menos verdade é que esta tarefa não pode ser desvincilhada de uma atuação estatal, mormente nos casos como o do objeto do presente estudo, em que se propõe a arbitragem de forma compulsiva, com afastamento do exercício jurisdicional do Estado-juiz (ao menos inicialmente), devendo haver normas que regulem esta matéria. Nesse sentido a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni²⁰:

17 KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.2-3.

18 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p.54-57.

19 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p.71.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental de ação*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.357-368.

O direito de ação, quando visto na direção das prestações positivas devidas pelo legislador, além de adquirir a feição de direito de acesso à justiça, assume a figura de direito à pré-ordenação das técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito substancial. O direito de ação, como direito fundamental, deve ser devidamente protegido pelo legislador infraconstitucional, seja através de prestações viabilizadoras do acesso, seja mediante prestações normativas instituidoras de técnicas processuais adequadas.

Já no que concerne ao princípio do devido processo legal, no que tange à arbitragem necessária, deve haver uma leitura para além do que se tradicionalmente observa na doutrina, sendo necessário para isso efetuar uma breve digressão à teoria dos direitos humanos e suas dimensões. Na Constituição Federal de 1988²¹ existe um rol, exemplificativo, no seu artigo 5º, de uma série de direitos fundamentais, com destaque ao direito ao devido processo legal, que se classifica tradicionalmente como direito fundamental de primeira geração ou dimensão, grupo este de direitos que se caracterizam essencialmente como limitadores da ingerência estatal da vida privada, como reflexo dos ideais iluministas do século XVIII que inspiraram a declaração dos direitos do homem e do cidadão^{22 23}. Seriam estes direitos de primeira dimensão nas lições doutrinárias verdadeiros elementos normativos obstativos da potestade estatal em benefício das liberdades individuais inatas aos seres humanos dentro de uma sociedade civil e politicamente organizada, como as verificadas no mundo moderno do ocidente²⁴.

Estes direitos classicamente definidos como de primeira geração/dimensão por serem inatos ao homem dentro da teoria iluminista, são preexistentes à sua constatação ou previsão legislativa. De igual maneira, e em complemento a esta ideia e considerando a existência de direitos humanos de segunda e terceira gerações/dimensões²⁵, J. J. Gomes Canotilho leciona que a verificação de um determinado direito ou a sua incidência sobre determinado contexto fático não equivale dizer que houve a superação do anterior, motivo pelo qual justifica a utilização do termo dimensão em face do vocábulo geração²⁶.

Nesta ordem ideias, observa-se que um determinado direito humano/fundamental pode possuir significação em diversas dimensões, a depender do enfoque evidenciado: a primeira dimensão liberal-individualista, a dimensão com cunho social e concretizador de direitos em uma perspectiva de atuação positiva, ou uma dimensão fraternal, democrática, que considera os direitos difusos de todos os integrantes de uma determinada comunidade, sem conseguir indicar objetivamente os seus destinatários²⁷.

Isto posto, não é demasiado dizer que o princípio fundamental do devido processo legal, no âmbito da arbitragem necessária, mais que um indicativo rígido de regras que devem

21 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 10 Jan. 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

22 MASTRODI, Josué - *Direitos Sociais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.75.

23 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão - 1789*. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos [s.d.]. [Consult. 8 maio. 2021]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

24 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p.267.

25 Aqui se limitará a teoria clássica que elenca apenas direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, sem adentrar no âmbito da doutrina moderna que leciona a existência de direitos humanos de quarta e quinta dimensões.

26 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2013, p.386.

27 LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ano 8, n. 173, dez. 2003, Teresina. [Consult. em 30 maio. 2021]. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4666>.

ser seguidas (mormente pelo fato de que a instituição da arbitragem necessária demanda um ato normativo expresso), deve significar um mandamento nuclear de compreensão de quando e de que forma deve regular determinado processo com a finalidade de conferir solução com eficácia à problemática posta. Como será abordado posteriormente neste estudo, os conflitos societários apresentam características próprias que fazem sugerir a utilização da arbitragem necessária em função das características próprias deste método de solução de conflitos, pelo que pode resultar na concretização do próprio devido processo legal.

4 ARBITRAGEM NECESSÁRIA NOS CONFLITOS SOCIETÁRIOS

Averbe-se, de antemão, a ressalva necessária de que existem matérias que, inobstante estejam intrinsecamente ligadas às sociedades, jamais poderão ser objeto de arbitragem por carregarem ontologicamente a natureza de serem indisponíveis, a exemplo de direitos sociais dos trabalhadores das sociedades. O estudo proposto é restrito a conflitos propriamente societários, estes sim passíveis de resolução a partir da arbitragem necessária.

A análise da arbitragem necessária e a conveniência de sua aplicação no âmbito de conflitos societários pode ser iniciada de diversas formas diante a riqueza de detalhes que o tema proporciona. Considerando, no entanto, o ponto de vista pragmático, julga-se prudente fazer uma análise, por mais que breve e inevitavelmente reducionista diante da vastidão do assunto, acerca das vantagens da arbitragem necessária. Dentre as características principais da arbitragem necessária elegemos a especialidade, a celeridade, e a confidencialidade para cumprir a esta tarefa acerca da viabilidade do instituto na resolução de conflitos societários.

A especialidade parece-nos ser a maior vantagem. Os julgadores (magistrados) são por formação órgãos integrantes do Estado, arraigados portanto às amarras à burocracia estatal. Longe de ser objetivo tecer crítica a magistrados ou à organização da justiça estatal, é notória a insuficiência técnica-organizacional da jurisdição estatal. Desta característica exsurge como alternativa justamente a jurisdição privada materializada, dentre outras opções, na arbitragem necessária.

A vantagem da especialização da arbitragem necessária está intrinsecamente relacionada com as espécies de litígios que via de regra fazem parte do cotidiano das sociedades. A grande maioria dos conflitos envolve nitidamente interesses privados e particulares em litígios entre os sócios entre si. Em poucas ocasiões observa-se litígios envolvendo terceiros ou direitos indisponíveis, havendo apenas tangenciamento ou incidência indireta sobre matérias de caráter geral, a exemplo da preservação da empresa ou questões tributárias.

Necessário ressaltar também a experiência profissional dos árbitros. Via de regra os árbitros são especialistas por excelência, tendo como atores advogados, contadores, administradores etc, que têm conhecimento minucioso do modo de funcionamento de sociedades, mormente nas questões envolvendo o mercado financeiro que demanda uma gama de conhecimento especializado que, salvo melhor juízo, sequer consegue ser tangenciado pelos representantes da jurisdição estatal.²⁸

Ainda no âmbito da especialidade da arbitragem necessária, temos a indiscutível vantagem no comprometimento temporal e dedicação que o árbitro, especialista por excelência, tem com a demanda quando em comparação a um juiz, que via de regra tem uma

28 MAKANT, Bárbara. A arbitralidade subjetiva nas Sociedades Anônimas. In: *Revista de arbitragem e mediação*, ano 2, n. 4, jan.-mar./2005, p. 82-103.

enorme quantidade de processos, dos mais variados assuntos para proferir julgamentos²⁹. Mais uma vez, repise-se, que não se tem a intenção de tecer críticas à jurisdição estatal, mas sim de expor fatos e analisar os desdobramentos necessários dos mesmos. A conclusão inexorável a que se chega é que um árbitro possui mais condições qualitativas e quantitativas de proferir uma decisão que ponha fim à demanda de forma eficiente, apta a não deixar arestas frutos de inconformismos da parte derrotada.

Sobre o aspecto da celeridade, tomemos como continuação o exposto no parágrafo acima. A demanda de processos da jurisdição estatal é significativamente volumosa, enquanto que os árbitros dispõem de mais tempo para se dedicar a um litígio específico, e a insegurança (circunstancial e jurídica) causada por esta demora pode ser extremamente danosa para a atividade empresarial de uma sociedade³⁰.

Afora esta questão prática que sensivelmente causa questões necessárias de serem resolvidas, observamos também outra consequência acerca da celeridade: o próprio procedimento da jurisdição estatal, com diversos recursos e decisões interlocutórias aptas a impugnação não vislumbradas na arbitragem necessária. Em outras palavras, em causas de semelhante complexidade, observa-se o próprio procedimento da arbitragem favorecendo a celeridade, sendo digno de destaque igualmente o fato de haver um comprometimento com o tempo de resolução do litígio maior por parte dos árbitros³¹.

No que concerne à maior celeridade da arbitragem quando em comparação com a jurisdição estatal uma ressalva digna de nota: os árbitros não são dotados da prerrogativa de coagir as partes ao cumprimento das sentenças, necessitando haver a interveniência do Estado-juiz para a execução dos julgados. Nessa medida, a análise da celeridade da arbitragem fica adstrita até o momento da prolação da sentença³².

Prosseguindo na análise inicial proposta, temos a questão da confidencialidade. Deixaremos de lado a elucidação ontológica que evidencia a confidencialidade na arbitragem necessária por ser presumidamente intelectual, para tecer considerações mais úteis acerca de como essa característica deste instituto jurídico pode ser benéfica para a solução de litígios societários. No âmbito das sociedades fechadas, a divulgação de determinadas demandas existentes pode gerar um desconforto junto a fornecedores e clientes, ou até mesmo a inviabilidade circunstancial da continuidade da atividade da sociedade caso os contornos do conflito envolva um número considerável de sócios. Já nas sociedades abertas, o sigilo ganha maior importância, na medida em que as ações e valores mobiliários são negociados em bolsas de valores e mercados de balcão, fazendo com que a divulgação indesejada de conflitos desague em uma especulação acerca dos resultados e da própria sustentabilidade da sociedade, tendo em vista que poderá afastar investidores, com consequente liquidação dos papéis representativos de ativos³³.

Sobre o tema, leciona Arnoldo Wald³⁴ que “a simples propositura de uma ação judicial pode afetar a cotação das ações da empresa na Bolsa e que, durante todo o período no qual corre o processo, podem ocorrer repercussões negativas no balanço da companhia”.

29 MAKANT, Bárbara. A arbitabilidade subjetiva nas Sociedades Anônimas. In: *Revista de arbitragem e mediação*, ano 2, n. 4, jan.-mar./2005, p. 82-103.

30 MAKANT, Bárbara. A arbitabilidade subjetiva nas Sociedades Anônimas. In: *Revista de arbitragem e mediação*, ano 2, n. 4, jan.-mar./2005, p.101.

31 Destaque-se que estas considerações são gerais, do próprio instituto da arbitragem necessária em cotejo com a jurisdição estatal. A análise detalhada dos ordenamentos jurídicos brasileiros e português ocorrerá posteriormente em capítulo próprio deste estudo.

32 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. V.2, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.80.

33 WALD, Arnoldo. A arbitabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. In: *Revista de arbitragem e mediação*, ano 4, n 12, jan.-mar. 2007, p.22-28.

34 WALD, Arnoldo. A arbitabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. In: *Revista de arbitragem e mediação*, ano 4, n 12, jan.-mar. 2007, p.25.

Em outra obra correlacionada ao tema³⁵, Arnaldo Wald doutrina que:

Adicionalmente, os conflitos societários representam um alto custo para as empresas, ameaçando reduzir o valor das suas ações e dificultando a sua expansão e o seu desenvolvimento. Em muitos casos, as batalhas entre minoritários e majoritários, ou entre titulares do controle partilhado, perturbam o futuro da empresa, na medida em que ela perde credibilidade e vê o seu crédito minguar. Em certos casos, a dissolução total ou parcial das empresas ou conflitos sucessivos entre os acionistas podem até leva-las à insolvência.

Além do ponto de vista técnico e das consequências econômicas e sociais acima mencionadas, a confidencialidade traz como vantagem algo muito caro quando se tem em vista a pacificação social, qual seja, a oportunidade de todos os envolvidos trazerem ao árbitro todas as circunstâncias que julguem adequadas sem preocuparem-se com as consequências extraprocessuais adversas ao revelar fatos intrínsecos do seio societário, sendo estes fatos muitas vezes caracterizados como segredos industriais. O derrotado no litígio não terá afetada sua reputação junto ao seu público ou até mesmo junto a órgãos estatais com quem venha a estabelecer relações³⁶.

No que concerne ainda à confidencialidade, visto ser elemento inerente à arbitragem, é imprescindível o cotejo a respeito do princípio/característica em alguns tipos societários da ampla informação e/ou divulgação necessários, com maior destaque para os casos em que existe a possibilidade de valores mobiliários serem comercializados nas bolsas de valores ou mercado de balcão. Sobre este assunto, traz-se o excerto abaixo de um periódico jurídico de direito empresarial, materializando em palavras a preocupação com o assunto:

(...) forçoso é reconhecer que a arbitragem, com a manutenção do sigilo estabelecido pelas regras da Câmara de Arbitragem do Mercado da BM&FBovespa (CAM) e das demais câmaras arbitrais, obsta acesso a características relevantes dos conflitos societários, deixando o mercado sem uma das principais fontes de informação existentes nos sistemas que adotam processos judiciais como método predominante de solução de disputas corporativas. A arbitragem, originalmente concebida como alternativa ao Judiciário, apesar de suas outras vantagens, revelou-se, neste ponto, um retrocesso, em face dos diversos escândalos já ocorridos no mercado de capitais brasileiro e da confidencialidade dos procedimentos arbitrais com conseqüente severa assimetria de informações e criação de incentivos perversos aos participantes do mercado.³⁷

É intuitivo que nas sociedades de capital aberto este aparente conflito de standarts jurídicos é mais latente. No entanto, não se pode relegar o fato de que em muitas sociedades de capital fechado também existe certa necessidade de divulgação das atividades societárias, principalmente por ocasiões dos balanços patrimoniais a serem feitos nos momentos antecedentes a alienação total ou parcial de suas quotas ou valores mobiliários. De um jeito ou de outro, o conflito permanece. Na doutrina consultada não se encontrou nenhuma solução para o fato, apenas posicionamentos que apontam ora para a prevalência da confidencialidade, ora pela prevalência da necessidade de publicidade intrínseca de cada

35 WALD, Arnaldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 6, n. 20, jan.-mar./2009, p.16.

36 MAKANT, Bárbara. A arbitrabilidade subjetiva nas Sociedades Anônimas. In: *Revista de arbitragem e mediação*, ano 2, n. 4, jan-mar./2005, p.100.

37 GORGA, Érica. Arbitragem, governança corporativa e retrocesso no mercado de capitais brasileiro. In: *Revista de direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.127-128.

tipo societário, o que redundaria na inaplicabilidade da arbitragem necessária aos conflitos societários em qualquer dos casos. Sem ter o intuito de adiantar algo que será abordado a seguir neste estudo (arbitrabilidade dos conflitos societários a partir da arbitragem necessária), o contraponto indicado confidencialidade x publicidade é uma antinomia aparente, na medida em que nem todos os assuntos e conflitos das sociedades precisam necessariamente ser publicizados. A grande maioria dos assuntos que necessitam de publicidade referem-se a elementos contábeis, não sendo de grande incidência a necessidade de publicizar conflitos internos societários.

Alguns doutrinadores elencam ainda a informalidade ou a flexibilidade procedimental como um elemento catalizador da arbitragem³⁸. Inobstante opiniões contrárias, pensa-se que na arbitragem necessária propriamente dita esta característica senão é inexistente, tem sua operabilidade sensivelmente diminuída na medida em que esta espécie de jurisdição privada via de regra tem amarras procedimentais previstas nas leis que determinam a necessidade da utilização da arbitragem, motivo pelo qual citamos a informalidade sem adentrar em sua representatividade no âmbito da arbitragem necessária.

5 A ARBITRAGEM NECESSÁRIA COMO MATERIALIZAÇÃO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Ultrapassada a abordagem no que concerne às vantagens objetivas (estruturais) e conjunturais da utilização da arbitragem necessária como método adequado para a resolução de conflitos societários, salutar dedicar a devida atenção para o aspecto subjetivo da utilização da arbitragem necessária como política *interna corporis* de governança corporativa.

Preliminarmente é de relevante importância tecer comentários acerca do conceito de governança corporativa e do contexto em que surgiu. As sociedades modernas apresentam juntamente com o recrudescimento tecnológico e as demandas de comunidades de massa marcadas pela impessoalidade e os resultados, uma série de questões (problemas) até então inexistentes. A complexização das relações jurídicas e o surgimento de grandes corporações demandou a criação de mecanismos de solução e prevenção *interna corporis* das sociedades, *standarts* operacionais de forma a preservar os interesses das sociedades empresariais (e em última análise dos indivíduos que as compõem), bem como os interesses das comunidades em que estão insertas estas sociedades empresárias, na medida em que é inegável o alcance das práticas mercantis, a exemplo da necessidade de tutela frente aos direitos dos consumidores, aos direitos difusos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros³⁹.

A comissão de valores mobiliários do Brasil, em cartilha direcionada ao tema, nos traz o conceito do que seria governança corporativa⁴⁰:

Governança Corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas. Para os investidores, a análise das práticas de governança auxilia na decisão de investimento, pois

38 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem como melhor forma de solução da controvérsia entre a holding e as empresas subsidiárias. In: *Revista de arbitragem e mediação*, ano 5, n.16, jan.-mar./2008, p. 207.

39 MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p 113.

40 CVM – Comissão de Valores Mobiliários. *Recomendações sobre governança corporativa da CVM*. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha/cartilha.doc>. Acesso em: 03 set. 2019.

a governança determina o nível e as formas de atuação que estes podem ter na companhia, possibilitando-lhes exercer influência no desempenho da mesma. O objetivo é o aumento do valor da companhia, pois boas práticas de governança corporativa repercutem na redução de seu custo de capital, o que aumenta a viabilidade do mercado de capitais como alternativa de capitalização (. . .) Companhias com um sistema de governança que proteja todos os seus investidores tendem a ser mais valorizadas, porque os investidores reconhecem que o retorno dos investimentos será usufruído igualmente por todos. Com a publicação desta cartilha a CVM busca estimular o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro por meio da divulgação de práticas de boa governança corporativa. Seu objetivo é orientar nas questões que podem influenciar significativamente as relações entre administradores, conselheiros, auditores independentes, acionistas controladores e acionistas minoritários.

Considerando o já exposto, com maior evidência ao exercício do direito de ação e poder de influenciar as decisões societárias por parte dos sócios minoritários, não é precipitado afirmar, de antemão, que a arbitragem necessária pode ser um instrumento racional e eficaz na gestão de conflitos societários internos, com consequência quase que inevitável na formação de um ambiente propício para afluxos de investimentos e recrudescimento dos objetivos societários, com enorme previsibilidade e segurança jurídica do modo como a sociedade irá lidar com os litígios futuros⁴¹.

Dentre estas necessidades e respostas reativas, destaca-se a questão da celeridade às demandas apresentadas, havendo real destaque para a governança corporativa nesse âmbito. A globalização e a busca incessante pela maximização dos resultados conduz justamente a um campo fértil de atuação da governança corporativa, que pode fazer incidir práticas hábeis a dar respostas não tardia às necessidades das sociedades empresárias.

Sob o viés da sociabilidade, princípio norteador do código civil brasileiro⁴², deve-se prestigiar as práticas de governança corporativas uma vez que é de se presumir que a incidência de um conjunto de condutas que conduzam ao aperfeiçoamento da atividade societária resultará em um ganho direto para os seus integrantes sob variados aspectos (maiores lucros, segurança jurídica, previsibilidade de resultados etc) e indireto para os indivíduos que estabelecem relações jurídicas com estas sociedades empresárias⁴³.

Nesta ordem de ideias, exsurge a arbitragem necessária como excelente e adequado método para a solução dos conflitos societários.

Primeiro a arbitragem, pura e simplesmente como gênero, pelo fato de representar uma organização e uma praxe que se traduzem em menor tempo de tramitação e resposta quando em comparação à jurisdição estatal. Segundo, a arbitragem em sua roupagem necessária, por catalizar este aspecto célere do exercício da jurisdição privada, na medida em que significa a pré-definição de como irá se dar a resolução do conflito societário.

De igual maneira, como já se destacou e se deixou antever, um dos grandes afunilamentos da problemática societária reside nos conflitos existentes entre sócios majoritários e minoritários. Num ambiente de litigiosidade e imprevisibilidade, aliado à garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição e do direito de ação, as decisões ou práticas dos sócios controladores que destoem do que se imagina por prudente e correto na acepção

41 MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 112-115.

42 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 8. ed. São Paulo: Editora método, 2018, p.4.

43 SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.42-44.

dos sócios minoritários, não é necessário um grande esforço para se concluir que surgirão ações judiciais autónomas por parte dos sócios descontentes, sendo o Estado-juiz, dentro da mesma lógica quase que jurídico - cartesiana do exercício jurisdicional como via eleita para a pacificação social, chamado mais uma vez para solucionar um conflito onde, muitas das vezes, não possui vocação técnica para isto.

A problemática ganha contornos de maior dramaticidade ainda se pensarmos nos grandes conglomerados, com inúmeros sócios. É facilmente imaginável um panorama de decisões conflitantes, especialmente no aspecto das tutelas provisórias. Poder-se-ia contrargumentar com o instituto processual da conexão, na medida em que as ações terão o mesmo pedido, ou, no mínimo, a mesma causa de pedir. Ocorre que não se pode desconsiderar também a ineficiência dos mecanismos processuais de reunião de processos para fins de evitar decisões conflitantes, mormente nos casos em que as decisões tiverem efeitos inter partes⁴⁴.

Nesta ordem de ideias, exsurge com grande viabilidade a questão da arbitragem necessária. Distante desta problemática processual - onde o Estado busca equilibrar de um lado o direito constitucional de ação em que os sócios minoritários que se sentem prejudicados tem assegurado uma resposta da jurisdição estatal, e de outro a necessidade de promover a pacificação social, fim último e primordial do direito -, na arbitragem necessária o risco de o procedimento dificultar a concretização célere e eficaz da resolução de conflitos é deveras diminuto. O procedimento da arbitragem necessária é e deve ser pensado para proporcionar utilidades e suprir as dificuldades do processo judicial da jurisdição estatal, simplificando e modernizando os respectivos atos, com reflexos económicos imediatos e a longo prazo. Ademais, não é inconveniente rememorar, a autoridade técnica do árbitro, pessoa física com expertise experimentada no assunto posto em discussão, diminui consideravelmente a probabilidade de o perdedor procurar o Poder judiciário para rever, em algum aspecto, a decisão arbitral.

Neste aspecto, destacamos uma temática: por que, qual o motivo da utilização da arbitragem necessária e não a arbitragem convencional para a resolução de conflitos societários? A existência da via opcional (arbitragem voluntária) poderia redundar na problemática da pressão inegável, precipuamente do ponto de vista económico, que os sócios majoritários exercem sobre os sócios minoritários, fazendo com que a opção pela via arbitral fosse casuística, oportunista, ou ainda, o que seria tão danoso quanto, que existissem diversas decisões arbitrais conforme fossem surgindo os conflitos de forma concomitante⁴⁵. Observa-se, ainda, uma possível incongruência a existir, que a cláusula arbitral fosse eficaz tão somente para aqueles que dela participaram⁴⁶.

6 CONCLUSÃO

O povo (população que exerce a cidadania nacional) é o elemento principal, formador e conformador de todo Estado. Os demais elementos (território e vínculo jurídico) existem material ou espiritualmente como substratos para a promoção de uma conjuntura favorável aos cidadãos exercerem suas individualidades de forma plena e pacífica. Dentro desta ótica,

44 Esta é a regra, sendo exceções as sentenças judiciais com eficácia erga omnes.

45 Neste ponto, poder-se-ia imaginar algum mecanismo na cláusula compromissória ou na convenção de arbitragem. No entanto, pensa-se que o risco persiste, devendo contar-se com a sapiência das partes para que esta falha fosse prevista e contornada.

46 LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias: análise da proposta de nova regulamentação sob a ótica da lógica económica e da política legislativa. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, Axio 11, n. 40, jan.-mar./2014, p. 63-78.

o meio que se aplicará o direito é de suma importância.

Produzir ciência jurídica ultrapassa os limites da simples compilação de informações na tentativa de se chegar a uma ideia que possa conter uma conclusão satisfatória a justificar o esforço intelectual. É preciso ampliar os conhecimentos analíticos e críticos do autor bem como dos leitores sobre tema abordado. Foi sobre este *prima* que se analisou a questão dos conflitos societários e seus desdobramentos para com todos os possivelmente envolvidos e atingidos, bem como sua conformação teórica e pragmática em relação à arbitragem necessária como método adequado e indicado de solução destes conflitos, enquanto elemento concretizador do princípio constitucional da eficiência da justiça e do devido processo legal.

A tendência natural de judicialização das demandas já não é mais tão absoluta quanto antes. A grande miscelânea subjetiva e objetiva existente quando o assunto é conflitos societários nos traz à reflexão da utilização de métodos adequados à solução de conflitos que proporcionem maior celeridade, previsibilidade técnica, e, acima de tudo, efetividade por atuar não apenas na resolução da conflituosidade posta em discussão, mas também nas causas que geraram este conflito e todos os outros que surgem constantemente em função da dinamicidade das relações comerciais.

Os conflitos societários, diante da recrudescente complexidade e dinamicidade institucional que as sociedades empresárias atuais apresentam, mormente em um contexto de globalização onde a disputa de mercado é marcadamente mais disputada do que em outros tempos, demandam uma espécie de *compliance* societário, a fim de promover práticas que gerem resultados cada vez mais satisfatórios. Estas práticas e resultados almejados, estão relacionados não somente ao aspecto comercial puro de minimização dos gastos e maximização do preço final do produto (e portanto, dos lucros). Percebeu-se que diante de uma tão acirrada competitividade, os menores detalhes podem fazer diferença na conquista dos mercados consumidores, demandando a elaboração de políticas internas, doutrinariamente denominadas de governança corporativa.

Esta governança corporativa, como acima indicado, é uma política institucional de boas práticas que proporcionam um habitat saudável frutífero dos mais diversos pontos de vista, dentre eles o jurídico. Não existe mais sentido em reservar à jurisdição estatal uma espécie de monopólio voluntário da resolução de conflitos. Os (re)presentantes das sociedades empresárias buscam cada vez mais eficiência nas tarefas correlatas (atividade-meio) do dia a dia empresarial.

Neste contexto, a arbitragem necessária exsurge como uma via possível e adequada para a solução dos conflitos empresariais. Primeiramente a arbitragem (*lato sensu*) em função das suas características intrínsecas e diferenciadoras do *iter procedimental* da jurisdição estatal, a exemplo da existência da possibilidade material de aplicação aos conflitos societários (arbitrabilidade objetiva), em razão destes conflitos serem eminentemente patrimoniais disponíveis, bem como pelo fato de que, mesmo nas circunstâncias onde existe a indisponibilidade em razão da regulação estatal, as consequências e desdobramentos dos conflitos são via de regra patrimoniais e disponíveis, havendo ainda a prerrogativa do árbitro (profissional tecnicamente qualificado por excelência); da mesma forma, observa-se a presença da arbitrabilidade subjetiva, onde os sujeitos envolvidos em conflitos societários (sejam eles integrantes da própria estrutura societária, sejam terceiros que com a sociedade estabelecem relações jurídicas) são aptos a participarem do procedimento arbitral.

Questão mais árida, e onde reside justamente o ponto de inovação da proposta de estudo, advém do avanço na análise das características extremamente peculiares dos conflitos societários. Dos elementos empíricos e doutrinários coletados, observou-se que,

muitas das vezes, a utilização da arbitragem voluntária acaba significando mera retórica legislativa. Algumas vezes por falta ou ineficiência da governança corporativa nas sociedades empresárias, outras por uma resistência em na utilização da jurisdição privada (notadamente nos casos em que envolvem terceiros alheios à estrutura organizacional das sociedades, e que portanto não possuem comprometimento com o sucesso da mesma), a via arbitral voluntária acaba sendo obstada, desaguando os conflitos societários, com toda a sua complexidade inerente, nas portas do Poder Judiciário, que em grande parte dos casos, não está apto (ou não é adequado quando em comparação à jurisdição arbitral), gerando uma grande frustração e uma inevitável sensação de pouca efetividade do Estado na sua função precípua e última de pacificação social dos conflitos que lhe são apresentados.

Nesta ordem de ideias, é inevitável pensar na viabilidade da arbitragem necessária, mormente pelo fato da grande diversidade de conflitos notados no âmbito societário. Se o argumento de efetividade da convenção de arbitragem existente a partir dos conflitos societários internos é consideravelmente relevante, o mesmo não se pode dizer quando se trata de conflitos societários que envolvem terceiros. A convenção de arbitragem, na hipótese previamente vinculativa dos pactuantes (cláusula compromissória) não tem força perante terceiros que não façam parte do contrato social/estatuto, ou que não tenham participado das assembleias que eventualmente se aprovem a instituição da arbitragem, de modo que se tornaria insuficiente esta via resolutiva para estas espécies de conflitos societários; de igual modo, na outra espécie de convenção de arbitragem (compromisso arbitral), depender-se-ia da confluência de vontades e intenções, o que muitas das vezes não ocorre.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; SILVA, Luis Virgilio Afonso da (Trad.). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.

ARMELIN, Donaldo. A arbitragem como melhor forma de solução da controvérsia entre a holding e as empresas subsidiárias. In: *Revista de arbitragem e mediação*, ano 5, n. 16, jan.-mar./2008.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 10 Jan. 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. vol. I e II, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2015.

CVM – Comissão de Valores Mobiliários. *Recomendações sobre governança corporativa da CVM*. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha/cartilha.doc>. Acesso em: 03 set. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional: Uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

GORGA, Érica. Arbitragem, governança corporativa e retrocesso no mercado de capitais brasileiro. In: *Revista de direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução alternativa de litígios*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias: análise da proposta de nova regulamentação sob a ótica da lógica econômica e da política legislativa. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, Axio 11, n. 40, jan.-mar./2014.

LIMA, George Marmelstein Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ano 8, n.173, dez. 2003, Teresina. [Consult. em 30 maio. 2021]. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4666>.

MAKANT, Bárbara. A arbitrabilidade subjetiva nas Sociedades Anônimas. In: *Revista de arbitragem e mediação*, ano 2, n.4, jan.-mar. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem através dos tempos. obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. (Coletânea) A arbitragem na Era da Globalização, coordenação de José Maria Rossini Garcez*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro A. Batista *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MASTRODI, Josué. *Direitos Sociais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Concepções sobre acesso à justiça*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual. n. 82, p. 43-53, jan. 2010

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor. Direito material e processual*. 5. ed. Ver. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão - 1789*. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos [s.d.]. [Consult. 8 maio. 2021]. Disponível em WWW: <URL: <http://>

www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

WALD, Arnoldo. A arbitralidade dos conflitos societários: considerações preliminares. In: *Revista de arbitragem e mediação*, ano 4, n 12, jan-mar. 2007, p. 22-28.

WALD, Arnoldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 6, n. 20, jan.-mar./2009.

WAMBIER, Luíz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. V. 2, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Recebido em: 22.12.2021

Aprovado em: 23.03.2022

Como citar este artigo (ABNT):

PINTO MONTEIRO, Antônio Pedro; CHADA, Marcelo Artur Miranda. Arbitragem necessária nos conflitos societários como método adequado de resolução de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.46, p.27-42, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/11/DIR46-02.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

JUSTIÇA RESTAURATIVA ENQUANTO COMPLEMENTO PREVENTIVO NOS CASOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES: POSSIBILIDADE DE ENCAMINHAMENTO IMEDIATO PELA AUTORIDADE POLICIAL

RESTORATIVE JUSTICE AS A PREVENTIVE SUPPLEMENT IN CASES INVOLVING DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AGAINST WOMEN: POSSIBILITY OF IMMEDIATE REFERRAL BY DE THE POLICE AUTHORITY

Derick Moura Jorge ¹
Janio Konno Junior ²
Valter Foletto Santin ³

RESUMO: O presente estudo visa analisar se a autoridade policial, ao tomar conhecimento de crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, além de proceder às medidas investigativas regulares, poderia determinar o imediato encaminhamento dos casos à Justiça Restaurativa, onde houver programa desta estirpe, visando prevenir a ocorrência de novos crimes contra as mulheres. Para tal fim, analisará-se, a partir do método hipotético-dedutivo, lastreado em estudos bibliográficos, a possibilidade de uso da Justiça Restaurativa em crimes cometidos no ambiente doméstico e familiar envolvendo violência de gênero, a par das limitações contidas na Resolução nº 225/16 do CNJ, concluindo-se ser injustificada a limitação imposta ao agir do delegado de polícia nestas situações.

Palavras-chave: delegado de polícia; gênero; justiça restaurativa; mulher; violência doméstica e familiar.

ABSTRACT: The present study aims to analyze whether the police authority, upon becoming aware of crimes involving domestic and family violence against women, in addition to carrying out regular investigative measures, could determine the immediate referral of cases to Restorative Justice, where there is a program of this type, aiming at prevent the occurrence of new crimes against women. To this end, it will be analyzed, from the hypothetical-deductive method, backed by bibliographic studies, the possibility of using Restorative Justice in crimes committed in the domestic and family environment involving gender violence, along with the limitations contained in the Resolution 225/16 of the CNJ, concluding that the limitation imposed on the action of the police chief in these situations is unjustified.

Keywords: police chief; gender; restorative justice; women; domestic and family violence.

1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP/PR). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, Direito Penal e Criminologia, Gestão do Sistema Prisional e Gestão Estratégica em Segurança Pública. Delegado da Polícia Civil do Estado do Paraná. E-mail: derickmoura@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8742-1147>.

2 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal. Investigador de Polícia Civil de SP. Professor Concursado da Academia de Polícia Civil de São Paulo. Professor da Pós-Graduação em Cyber Forensics e Cyber Security pela BluEAD UniNORTE. E-mail: prof.janiokonnojr@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7029-6332>.

3 Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos, Coimbra, Portugal. Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Professor de graduação e dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Procurador de Justiça em São Paulo. E-mail: santin@uenp.edu.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7925-3224>.

1 INTRODUÇÃO

Diariamente chegam ao conhecimento das autoridades públicas diversos casos relativos à violência doméstica e familiar contra as mulheres, sendo que a atual sistemática processual aplicada a tais situações tem se mostrado insuficiente e ineficiente diante da evidente complexidade que permeia o tema, eis que se trata de uma criminalidade diferenciada, advinda de laços afetivos e familiares entre as partes. Face a tal pressuposto, a doutrina busca encontrar soluções alternativas a tais casos, de modo a garantir de modo efetivo a preservação da higidez física e psicológica da mulher vitimada, evitar a sua constante revitimização e buscar, dentro do possível, a reparação dos danos já ocorridos.

Neste panorama vem à tona a questão relativa à Justiça Restaurativa, que se apresenta como uma nova forma de solução de conflitos lastreada no diálogo, na reparação dos danos e na reinserção do autor do crime na sociedade, onde autor e vítima assumem postura ativa e decisiva na resolução da lide. Destarte, dados os objetivos de se aplicar a Justiça Restaurativa aos casos atinentes à violência doméstica e familiar contra as mulheres, pretende-se verificar na doutrina a viabilidade teórica e prática do delegado de polícia, tão logo tome conhecimento do fato criminoso praticado no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, ao invés de apenas instaurar um procedimento formal de investigação, paralelamente, remeter as partes à aplicação das técnicas restaurativas.

Logo, a partir do estudo em apreço, pretende-se como contribuição obter uma alternativa para os conflitos relativos ao emprego da violência contra as mulheres no plano doméstico, afetivo e familiar, com perspectivas na redução da reincidência dos casos atinentes a tal tema, bem como oferecer resposta efetiva à demanda apresentada pelas partes.

Assim, adotou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, lastreado por pesquisas bibliográficas, documentais e eletrônicas, visando analisar se os ditames da Justiça Restaurativa se mostram adequados para os casos relativos à criminalidade que envolve violência doméstica e familiar contra as mulheres, mormente diante da perspectiva de gênero que fundamenta a questão, e se estes podem ser concretamente utilizados pelo delegado de polícia, já na unidade policial, ou seja, na primeira porta que é aberta à vítima, ou se tal aplicação não se mostra possível em face da indisponibilidade dos bens jurídicos violados, do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da limitação constante na Resolução nº 225/16 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

2 A MULHER ENQUANTO POSSÍVEL VÍTIMA DE CRIMES COMETIDOS MEDIANTE O EMPREGO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Quando se analisa a Criminologia, percebe-se que esta ciência possui 04 (quatro) objetos centrais de estudo, quais sejam o delito, o delinquente, o controle social e a vítima, sendo que a questão relativa à violência contra a mulher centra-se, sobretudo, neste último objeto.⁴ O estudo da vítima, também conhecido como vitimologia, durante anos, foi quase totalmente menosprezado pelo Direito Penal, sendo que somente após o término da Segunda Guerra Mundial é que a pessoa atingida pelos efeitos do crime passou a ser estudada e incluída como um dos pontos-chave para análise do fenômeno criminológico, sendo que tal marco teve como expoentes os estudos desenvolvidos por Benjamim Mendelsohn e Hans von Hentig.⁵

4 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia Pablos de. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos e introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

5 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

A par destas constatações, evidenciou-se que existem alguns grupos de indivíduos vistos como mais suscetíveis de serem vitimados, tal qual ocorre com as mulheres, haja vista a percepção de que ao longo da história estas sempre foram discriminadas⁶, além da força física, em regra, muito inferior, o que, por si só, já fomenta o domínio do mais forte.

Somente com o advento da criminologia crítica, notadamente no que tange à sua vertente feminista, é que a figura da mulher passa a ocupar um papel social, entendendo-se que a criminalidade e, conseqüentemente, a vitimização, são advindos do próprio sistema que constrói os seus conceitos, fundando-os em aspectos estereotipados e notadamente preconceituosos.⁷ Neste sentido percebe-se que:

A divisão entre os sexos parece estar “na ordem das coisas, como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de ser inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas “sexuadas”), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção de pensamento e de ação.

[...]

A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no interior desta, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo da vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos.⁸

Essa exigência comportamental gera uma espécie de submissão das mulheres aos homens, inicialmente aos pais e posteriormente aos maridos, de forma que o descumprimento a este padrão previamente estabelecido enseja a violência contra as mulheres tidas como desertoras. Destarte, verifica-se que “os homens usam da violência a fim de tentar controlar suas companheiras e colocá-las novamente em seus locais de subordinação”, funcionando esta “como um castigo que pretende condicionar o comportamento dessas mulheres, mostrando a elas que não possuem o domínio da própria vida”⁹.

Logo, vê-se que a violência contra as mulheres se apresenta como um reflexo de uma construção social lastreada na divisão dos papéis de cada ator com base em seu sexo biológico, bem como nos poderes que o masculino possui sobre o feminino decorrentes das bases de uma sociedade patriarcal ainda existente.¹⁰

6 DEL PRIORE, Mary. *Histórias e conversas de mulher*. São Paulo: Planeta, 2013. Disponível em: <http://lelivros.black/book/download-historias-e-conversas-de-mulher-mary-del-priore-em-epub-mobi-e-pdf/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

7 FREITAS, Viviane de Andrade. A vítima no contexto da criminologia contemporânea: os reflexos da Vitimologia na Política Criminal, na Segurança Pública e no Sistema Processual Penal. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 150, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-vitima-no-contexto-da-criminologia-contemporanea-os-reflexos-da-vitimologia-na-politica-criminal-na-seguranca-publica-e-no-sistema-processual-penal/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

8 BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Trad. de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 17-18.

9 CASSOL, Paula Dürks; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; DINARTE, Priscila Valduga. “A vida mera das obscuras”: sobre a vitimização e a criminalização da mulher. *Revista Direito e Práxis*, [s.l.], v. 9, n. 2, p.810-831, jun. 2018. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/25503>. Acesso em: 20 mar. 2022, p. 817.

10 CASSOL, Paula Dürks; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; DINARTE, Priscila Valduga. “A vida mera das obscuras”: sobre a vitimização e a criminalização da mulher. *Revista Direito e Práxis*, [s.l.], v. 9, n. 2, p.810-831, jun. 2018. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/25503>. Acesso em: 20 mar. 2022.

Os estudos de gênero, norteados pelos ensinamentos de Judith Butler¹¹, demonstram que a divisão entre o masculino e o feminino não se encontra adstrita apenas a questões de índole biológica, sendo fruto de uma construção histórico-cultural que impõe espaços de atuação específicos para cada ator social usando como base características que lhe associam a este ou aquele grupo, com primazia do masculino. Historicamente, o masculino foi relacionado às ideias de força, domínio e virilidade, ao passo que o feminino foi destinado ao campo doméstico, de auxílio, sendo encarado sob os prismas da fragilidade e da submissão.¹²

As diferenças socialmente construídas a partir da perspectiva de gênero, fundadas na predeterminação comportamental dos indivíduos, possuem diversos reflexos na estrutura do Estado, sendo que a violência se apresenta como uma das suas faces mais evidentes, mormente quando praticada no ambiente doméstico e familiar, lastreado numa relação de dominação e submissão que visa o controle e a disciplina do corpo e da vida das mulheres.¹³

Tendo como base esta premissa, após longos anos de estudo e cobranças por parte da sociedade e em especial pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, reforçando a ideia de constitucionalismo multinível, foi editada a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. Tal diploma legislativo tem como objetivo tutelar a higidez física e psicológica das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar por meio da instituição de diversas inovações jurídicas, tais como a especificação dos conceitos relativos à sua aplicação, a ampliação da forma de atuação dos órgãos de proteção à mulher e a criação das chamadas “medidas protetivas de urgência”, tudo com o escopo de desprivatizar os conflitos ocorridos no ambiente doméstico.

Nesta mesma toada destaca-se a gênese das Leis Estaduais nº 10.640/20 e 17.406/21, editadas, respectivamente, pelos Estados do Paraná e de São Paulo, as quais indicam que os condomínios residenciais e comerciais, localizados nestes estados, são obrigados a informarem aos órgãos de segurança pública todos os casos em que houver indícios de prática de violência contra mulheres, crianças, adolescentes ou idosos, perpetrada no ambiente doméstico e familiar. Estas novas legislações traduzem-se em mecanismos que visam auxiliar na preservação da integridade física e psicológica dos grupos vulnerabilizados. Embora a legislação paulista não possua nenhuma espécie de sanção àquele que deixar de realizar esta comunicação, a legislação paranaense sujeita o agente omissor a penas de cunho administrativo, a exemplo de advertência e multa.

Assim, é possível se constatar a formação de um microssistema de proteção especialmente delineado com vistas à proteção da mulher em seu ambiente doméstico e familiar, existindo-se a concepção de que a sanção penal enquadra-se no conceito de ação afirmativa voltada à redução da criminalidade contra este grupo vulnerabilizado, advinda da contenção dos comportamentos antinormativos masculinos em prol da igualdade de gênero.¹⁴

Contudo, há que se constar que esta não é a única preocupação que se deve ter

11 BUTLER, Judith. *Sujeitos do sexo/gênero/desejo*. In: *Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade*. 1ª ed. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

12 CALDONAZZO, Tayana Roberta Muniz. *Potencialidades dos grupos reflexivos brasileiros para homens autores de violência doméstica contra a mulher na desconstrução da masculinidade hegemônica*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, 2020. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/disserta-coes-defendidas-1/18167-tayana-r-m-caldonazzo/file>. Acesso em: 10 jun. 2022.

13 DUARTE, Débora Garcia; SANTIN, Valter Foletto; COSTA, Ilton Garcia da. Epidemia da violência doméstica: Análise sobre o problema da violência contra a mulher e seu aumento em tempos de isolamento social. In: II Encontro Virtual do CONPEDI: *Gênero, Sexualidade e Direito II*, 2020, Florianópolis. Anais de evento. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 78-94. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/nl6180k3/qb6bi552/z9j1A94Yde8jBU5p.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2022.

14 CLÉVE, C. M. Ações Afirmativas, Justiça e Igualdade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p.542-557, 2016. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v3i3p542-557. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/115614>. Acesso em: 24 mar. 2022.

em tais espécies delitivas, eis que o vínculo existente entre o autor e a vítima gera outras consequências que ultrapassam a simples imputação sancionatória, devendo existir preocupação para com o rompimento do círculo de violência, de modo a se evitar a revitimização e a reincidência específica.

3 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NAS DEMANDAS PENAIS

Quando se analisam as demandas de cunho penal, verifica-se o seu crescente aumento, cumulado com o fato de que muitas decisões prolatadas pelo Poder Judiciário não atingem os objetivos visados pelas partes e, tampouco, aqueles que advém da sociedade como um todo, gerando uma sensação de impunidade. Neste panorama, alguns pontos emergem como de maior preocupação, tais como a demora para a prolação das decisões, a sensação de insegurança social decorrente desta demora, a estigmatização do acusado durante o curso do processo, a superlotação dos estabelecimentos prisionais advinda do aumento das demandas etc.¹⁵, somados à falta de percepção, por muitos dos autores, do porquê não cometer tais crimes, uma vez que, não raras vezes, tiveram o exemplo no próprio ambiente familiar-infantil, tendo, assim, como corretas tais condutas agressivas, ainda que no plano da inconsciência.

Diante destes problemas, questionam-se os motivos que ensejam a necessidade de se existir um ramo da ciência jurídica voltada à repressão criminal, bem como se analisar a sua efetividade atual. O Direito Penal, em sua gênese, possui como supedâneo a ideia de que alguns bens jurídicos são tão importantes para a sociedade que devem ser amplamente protegidos, cabendo ao poder público agir com o fito de evitar lesões ou ameaças de lesões a tais bens, bem como responsabilizar aquele que porventura violou-os.¹⁶ Entretanto, esta atuação não deve ser realizada de modo desenfreado, vez que os princípios basilares do Direito Penal determinam que tal ramo da ciência jurídica somente poderá ser utilizado quando os demais meios de controle social não se mostrarem efetivos, ou seja, tal disciplina jurídica deverá ser vista como a “ultima ratio” do sistema, cuja atuação se apresenta como subsidiária.¹⁷

À luz desta constatação, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução nº 1999/26, de 28 de julho de 1999, contemplando a ideia de acesso multiportas à justiça, entendeu como viável a aplicação de meios alternativos de solução de conflitos na seara penal, sempre que estes se mostrarem como mais efetivos, a fim de se preservar a ideia do direito penal como último meio a ser aplicado, diminuir o número de demandas e, conseqüentemente, assegurar uma resposta mais célere e eficaz para as partes.¹⁸ Neste norte, “surge a justiça restaurativa como novo paradigma para conviver com o sistema retributivo atual, ora substituindo-o, ora complementando-o, mas ainda sob a égide deste, para solução dos conflitos criminais”¹⁹.

15 SECCO, Márcio; LIMA, Elivânia Patrícia de. Justiça restaurativa – problemas e perspectivas. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 443-460, mar. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100443&Ing=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2022.

16 PIERRE, Mayda Goite *et al.* Globalização, Direito Penal Mínimo e Privação de Liberdade após 250 anos da obra-prima de Beccaria. *Prolegómenos, Bogotá*, v. 19, n. 38, p. 109-126, jul. 2016. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2016000200008&Ing=en&nrm=iso. Acesso em: 20 abr. 2021.

17 PIERRE, Mayda Goite *et al.* Globalização, Direito Penal Mínimo e Privação de Liberdade após 250 anos da obra-prima de Beccaria. *Prolegómenos, Bogotá*, v. 19, n. 38, p. 109-126, jul. 2016. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2016000200008&Ing=en&nrm=iso. Acesso em: 20 abr. 2021.

18 PELLEZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega Debas. Justiça restaurativa e resolução de conflitos familiares. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 17, n. 1, p. 231-250, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://doaj.org/article/f26a5f655c914624be1a96b99541493b>. Acesso em: 26 fev. 2022.

19 ROCHA, Maria Fausta Cajahyba. Justiça Restaurativa e violência doméstica. Convivência ou rejeição? Aspectos teóricos e práticos. In: *XXVII Encontro Nacional do CONPEDI*, 2018, Salvador. Anais de evento. Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 163-181. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/ko6qkpp1/pV2bG2319ole61yU.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022, p.165-166.

Nesta ótica, não se pensa no afastamento da possibilidade dos indivíduos buscarem a tutela do Poder Judiciário para resolverem seus conflitos, mas em opções para a solução das demandas, de modo a se obterem respostas que atendam aos interesse dos envolvidos no menor tempo possível e que reflitam no futuro das partes, que, inclusive, podem ser aplicadas de modo concomitante com o sistema de persecução penal tradicional.²⁰

Some-se a isto a constatação de que a “criminalidade não é estática, fato que pressupõe a necessidade de dinamismo na fixação e alteração da política de segurança pública e o seu plano de ação, para a efetiva prestação de serviço de prevenção e combate das práticas delituosas”²¹.

Assim, esta novel visão de resolução de conflitos criminais, conhecida como Justiça Restaurativa, faz contraponto ao modelo tradicional de Justiça Retributiva, primando-se pela autonomia das partes diretamente interessadas, em homenagem aos postulados da dignidade e da humanização dos processos. Acerca do tema Secco e Lima pontuam que esta mudança de paradigma:

[...] pode ocasionar ainda um maior respeito aos direitos humanos, uma vez que ao dar a oportunidade às partes interessadas de compreenderem os contextos e razões de cada um que levaram à situação criminosa, podem reforçar seus laços de solidariedade e respeito mútuo, gerando ou reforçando uma cultura de paz. A justiça restaurativa pode representar, ainda, uma importante aliada na busca por uma justiça mais efetiva na busca pela diminuição de danos e menos baseada no sofrimento. Pode ainda colaborar na diminuição dos alarmantes números de encarceramentos em nosso país.²²

No modelo tradicional de solução de conflitos, os casos são encaminhados ao Poder Judiciário, no qual um terceiro, representado pela figura do magistrado, debruça a sua análise sobre os fatos, imputando a devida sanção de cunho retributivo àquele tido como autor da situação conflituosa. Todavia, esta análise confere papel secundário à vítima e ao agressor, olvidando-se do atendimento às consequências decorrentes dos fatos.²³ Ademais, verifica-se que esta solução oferecida por um terceiro, distante dos fatos, pode gerar uma sensação de insatisfação, decorrente da imposição da decisão, sem análise dos anseios das partes diretamente interessadas, bem como das consequências advindas da demanda.

A Justiça Retributiva, base do sistema de persecução penal na atualidade, olha para os fatos ocorridos no passado, de modo a imputar uma sanção ao autor destes, sem se preocupar com o presente ou o futuro das partes envolvidas. De igual modo, não há preocupação com o reestabelecimento ou manutenção dos vínculos sociais das partes, pautando a sua atuação na ideia de punição pelo exemplo, tanto sob o ponto de vista individual quanto coletivo.

No modelo sugerido pela Justiça Restaurativa, a tentativa de solução do caso é

20 OLIVEIRA, Samyle Regina Matos; SANTANA, Selma Pereira de; CARDOSO NETO, Vilobaldo. Da Justiça Retributiva à Justiça Restaurativa: Caminhos e descaminhos. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 28, p.155-182, jul. 2018. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1359>. Acesso em: 26 mar. 2021.

21 SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 209.

22 SECCO, Márcio; LIMA, Elivânia Patrícia de. Justiça restaurativa – problemas e perspectivas. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 443-460, mar. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100443&Ing=en&nrn=iso. Acesso em: 15 jun. 2022, p. 458-459.

23 GIACOMOLLI, Nereu Jose; ANDRADE, Roberta Lofrano. A Justiça Restaurativa como substituta do Processo Penal tradicional. *Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito*, Porto Alegre, v. 9, n. 17, p.183-225, jan.-abr. 2017. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11349>. Acesso em: 10 jan. 2022.

desenvolvida a partir do diálogo entre as partes, sendo que esta decisão não é imposta por um terceiro, mas acordada pacificamente entre o par penal. Embora haja a figura de um terceiro alheio ao caso, a este incumbe a exclusiva tarefa de mediar a conversa e o acordo travados entre o autor e a vítima, garantindo a superação da ideia de punição em benefício do entendimento de que a decisão deve satisfazer às partes, promover a superação das consequências do crime, reparar os danos perpetrados pelo autor, sem segregá-lo do meio social, e suprimir (ou pelo menos minimizar) os efeitos negativos derivados de uma demanda criminal, a exemplo da estigmatização do acusado.²⁴

Neste sentido prelecionam Giacomolli e Andrade:

Com relação ao resultado, o processo penal visa à penalização (penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e multa), gerando estigmatização e discriminação. A Justiça Restaurativa proporciona pedido de desculpas, restauração, restituição, prestação de serviços comunitários, reparação do trauma moral e dos prejuízos emocionais, acarretando restauração e inclusão.²⁵

Destarte, tem-se como possível a aplicação da Justiça Restaurativa às demandas de índole criminal, sejam porque suas balizas atendem de modo mais eficaz os interesses das partes, seja porque se assegura, de modo efetivo, o respeito à visão de que o Direito Penal somente deveria ser utilizado em última hipótese, o que geraria, por consequência direta, muitos outros benefícios de ordem prática, tal como a maior agilidade na análise dos casos efetivamente relevantes e complexos, nos quais o diálogo não se apresenta como uma alternativa de solução.²⁶

No Brasil inexistente legislação específica que autorize de modo expresse o uso da Justiça Restaurativa e, tampouco, que delimite os seus parâmetros de implementação. Nos países que adotam o sistema da “Common Law” há maior possibilidade de uso das técnicas restaurativas, ao contrário do sistema do “Civil Law”, tal qual o brasileiro, uma vez que este modelo adota o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, a par das mitigações existentes nas demandas sujeitas a ações penais privadas e públicas condicionadas à representação.²⁷ Defronte desta celeuma, o CNJ editou a Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, a qual prevê a possibilidade de serem utilizadas as técnicas de Justiça Restaurativa às demandas de cunho penal, delimitando as balizas desta aplicação.²⁸

Neste ponto, a Resolução nº 225/16 do CNJ, ao tratar do conceito de Justiça Restaurativa e estabelecer suas diretrizes básicas de implementação junto ao Poder Judiciário, em seu artigo 1º, prevê que:

24 SECCO, Márcio; LIMA, Elivânia Patrícia de. Justiça restaurativa – problemas e perspectivas. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 443-460, mar. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100443&lng=en &nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2022.

25 GIACOMOLLI, Nereu Jose; ANDRADE, Roberta Lofrano. A Justiça Restaurativa como substituta do Processo Penal tradicional. *Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito*, Porto Alegre, v. 9, n. 17, p.183-225, jan.-abr. 2017. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11349>. Acesso em: 10 jan. 2022, p. 204.

26 VITTO, Renato Campos Pinto de. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (org.) *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

27 PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da justiça restaurativa no Brasil. *Revista Paradigma*, n. 19, 2010. Disponível em: <https://revistas.uaerp.br/paradigma/article/view/65>. Acesso em: 22 mar. 2022.

28 PADÃO, Jacqueline; CAMPOS, Carmen Hein de. Violência doméstica e Justiça Restaurativa: Um diálogo possível? In: *XXVII Encontro Nacional do CONPEDI*, 2018, Salvador. Anais de evento. Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 127-142. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/34q12098/w92y6fx1/8Fx4k7HS7R OynFGD.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.²⁹

Com efeito, verifica-se que a aplicação da Justiça Restaurativa não se apresenta como uma imposição às partes, estando condicionada à aceitação destas, que podem optar pela sua rejeição de plano. Deste modo, não se busca com a Justiça Restaurativa a completa abolição do sistema tradicional de resolução de conflitos criminais, mas que esta sirva como um instrumento paralelo, de viés preventivo, que busque a complementação dos efeitos da lide penal, extrapolando o caráter meramente punitivo e atingindo outros aspectos relativos às partes, inclusive de cunho emocional.

Neste sentido, Carla Bertoncini e Eluane de Lima Corrales indicam que:

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.³⁰

A Resolução nº 225/16 é válida enquanto ferramenta de incentivo à prevenção da reiteração delitiva, eis que enfatiza a dignidade das partes envolvidas no conflito, não podendo ser-lhe atribuída força cogente e, tampouco, o poder de afastar por completo o sistema tradicional de persecução penal, uma vez que a restrição de direitos ou a imposição de deveres, à luz do contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, exige a existência de lei em sentido formal.

29 BRASIL. 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: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289> Acesso em 10 jun. 2022.

30 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://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/03/DIR36-04.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2022, p.68.

Nesta seara, alguns parâmetros devem ser observados para que os ditames da Justiça Restaurativa sejam aplicados às lides de cunho penal. Inicialmente, tem-se que tal método de solução de conflitos deve estar lastreado no consensualismo das partes, ou seja, todos os envolvidos no caso devem concordar com a utilização de tais técnicas, cabendo ao autor assumir a sua responsabilidade por ocasião do evento danoso e demonstrar que efetivamente almeja solucionar a demanda de modo menos conflituoso. Ademais, verifica-se que não existe momento específico para que sejam adotados tais meios de solução da demanda, podendo seu uso se dar tanto no início da investigação quanto no curso da ação penal, dado o objetivo que este almeja alcançar, qual seja a efetiva resolução da lide em sua plenitude.³¹ Nesta senda, tal modelo baseia-se no entendimento de que a solução do caso será dada pelas próprias partes envolvidas, as quais analisarão de modo pormenorizado, em local neutro, como se deram os fatos em apuração, especialmente com relação às suas causas e consequências, para então, com base no debate, aprovarem um plano para resolução do conflito que transcende a mera punição.³²

Diante desta sistemática, percebe-se que o terceiro, denominado de “facilitador”, tem como função intermediar este debate das partes, utilizando-se de conhecimentos multidisciplinares advindos de uma capacitação técnica específica. O facilitador assume um papel fundamental neste modo de solução de conflitos, haja vista que a ele incumbe selecionar qual o meio mais adequado para a operacionalização da Justiça Restaurativa, valendo-se da flexibilidade que lhe é inata. Para tanto, o facilitador deverá se valer de todos os mecanismos que estiverem ao seu alcance, como a conversa prévia com as partes e seus familiares, assegurando-se sempre o sigilo das informações que lhe forem repassadas.³³ Relevante enaltecer que o facilitador deve assumir uma posição de impessoalidade frente ao caso, não fornecendo respostas prontas às partes, mas guiando-as de modo que elas próprias alcancem a solução mais adequada. Assim, caberá ao facilitador a redação do acordo entabulado entre as partes, o qual deverá ser claro e objetivo, contendo obrigações certas e líquidas, além de indicar eventuais sanções advindas do seu descumprimento. Neste ponto é possível que tal acordo seja submetido à posterior homologação judicial, visando, sobretudo, conferir legitimidade às mencionadas sanções.³⁴

Neste panorama emerge a questão acerca da operacionalização “in concreto” da Justiça Restaurativa, eis que a inexistência de lei relativa à sua institucionalização gera uma lacuna com relação ao tema. Algumas soluções possíveis referem-se à utilização de parcerias entre o Poder Público e a sociedade em geral, advinda da inserção do programa restaurativo na pauta de ações das redes municipais de enfrentamento à violência doméstica e familiar das mulheres, com atuação dos Centros de Referência Especializados em Assistência Social (CREAS) ou, ainda, dos Núcleos Maria da Penha (NUMAPE), vinculados às instituições

31 PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da justiça restaurativa no Brasil. *Revista Paradigma*, n. 19, 2010. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/65>. Acesso em: 22 mar. 2022.

32 PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (org.) *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

33 VITTO, Renato Campos Pinto de. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (org.) *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

34 VITTO, Renato Campos Pinto de. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (org.) *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

universitárias, sob a rubrica de projetos de extensão. Outro caminho refere-se à utilização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) enquanto ambientes para a aplicação das técnicas restaurativas, tendo como base o contido no artigo 6º da Resolução nº 225/16 do CNJ:

Art. 6º. Na implementação de projetos ou espaços de serviço para atendimento de Justiça Restaurativa, os tribunais observarão as seguintes diretrizes:

- I – destinar espaço físico adequado para o atendimento restaurativo, diretamente ou por meio de parcerias, que deve ser estruturado de forma adequada e segura para receber a vítima, o ofensor e as suas comunidades de referência, além de representantes da sociedade;
- II – designar magistrado responsável pela coordenação dos serviços e da estrutura, que deverá contar, também, com pessoal de apoio administrativo;
- III – formar e manter equipe de facilitadores restaurativos, arregimentados entre servidores do próprio quadro funcional ou designados pelas instituições conveniadas, os quais atuarão com dedicação exclusiva ou parcial, e voluntários, sempre que possível auxiliados por equipes técnicas de apoio interprofissional;
- IV – zelar para que cada unidade mantenha rotina de encontros para discussão e supervisão dos casos atendidos, bem como promova registro e elabore relatórios estatísticos;
- V – primar pela qualidade dos serviços, tendo em vista que as respostas aos crimes, aos atos infracionais e às situações de vulnerabilidade deverão ser feitas dentro de uma lógica interinstitucional e sistêmica e em articulação com as redes de atendimento e parceria com as demais políticas públicas e redes comunitárias;
- VI – instituir, nos espaços de Justiça Restaurativa, fluxos internos e externos que permitam a institucionalização dos procedimentos restaurativos em articulação com as redes de atendimento das demais políticas públicas e as redes comunitárias, buscando a interconexão de ações e apoiando a expansão dos princípios e das técnicas restaurativas para outros segmentos institucionais e sociais.⁴¹

Outra alternativa seria o uso da Justiça de Paz, prevista no artigo 98, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, eis que os seus membros são cidadãos eleitos que possuem “atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional”, fato que conferiria legitimidade aos procedimentos restaurativos. Nesta linha, Lenio Luiz Streck e Gilmar Mendes asseveram que

A instituição da justiça de paz também se relaciona aos objetivos gerais de acesso ao justo processo e de pacificação social. Quanto a isso, merece destaque o fato de os juízes de paz, que deverão ser eleitos para mandatos de quatro anos, terem competência não só para celebrar casamentos e verificar o processo de habilitação, mas também para exercer atribuições conciliatórias, as quais, se bem aproveitadas, têm o potencial de contribuir de maneira significativa para redução da necessidade de judicialização

38 ARMELIN, Donaldo. Arbitragem como melhor forma de solução da controvérsia entre a holding e as empresas subsidiárias. In: *Revista de arbitragem e mediação*, ano 5, n.16, jan.-mar./2008, p. 207.

39 MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p 113.

40 CVM – Comissão de Valores Mobiliários. *Recomendações sobre governança corporativa da CVM*. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha/cartilha.doc>. Acesso em: 03 set. 2019.

41 BRASIL. 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: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 10 jun. 2022.

de controvérsias e da “litigiosidade contida”, ao servir de mecanismo extrajudicial de solução de conflitos.⁴²

De igual modo, poder-se-ia cogitar da implementação da Justiça Restaurativa na estrutura condominial, haja vista que as leis estaduais paranaense e paulista (Leis nº 10.640/20 e 17.406/21, respectivamente) exigem que estas entidades realizem a comunicação dos conflitos domésticos às autoridades competentes. Logo, seria possível a instituição de espaços destinados à aplicação das técnicas restaurativas no interior dos condomínios, possibilitando que a prevenção a tais espécies delitivas ocorra neste ambiente.

Logo, vê-se que tanto a doutrina como o CNJ entendem como cabível o uso das técnicas de Justiça Restaurativa face a lides de cunho penal, desde que observados os requisitos da voluntariedade das partes, a natureza do bem jurídico violado e a imparcialidade do facilitador, de modo que esta, por inexistir lei em sentido formal regulamentando o seu uso, pode ser aplicada enquanto complemento ao sistema tradicional de resolução de conflitos.

4 A FIGURA DO DELEGADO DE POLÍCIA E AS SUAS ATRIBUIÇÕES LEGAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 144, prescreve que à Polícia Civil, ao lado da Polícia Federal, incumbe as funções de Polícia Judiciária, eis que tem como finalidade coligir provas da materialidade delitiva e indícios suficientes da sua autoria. Logo, a Polícia Civil possui como objetivo investigar os crimes já ocorridos, de modo a fornecer elementos que auxiliem na imputação da devida sanção penal àquele que realizou um comportamento tido como antijurídico.⁴³

Na estrutura organizacional da Polícia Judiciária emerge a figura do delegado de polícia, enquanto autoridade policial máxima, responsável por chefiar as equipes e coordenar os trabalhos investigativos.⁴⁴ Neste contexto, observa-se que o delegado de polícia acaba sendo a primeira autoridade pública, com formação jurídica e aprovada em concurso público de viés jurídico, que tem contato com os fatos tidos como criminosos, cabendo a este a análise perfunctória dos fatos, com a sua tipificação jurídica e imputação das consequências iniciais. Nesta senda o excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, ao prolatar o seu voto no “Habeas Corpus” nº 84548/SP, aduziu que o delegado de polícia é o “primeiro garantidor da legalidade e da justiça”⁴⁵.

A partir desta constatação vem à tona a possibilidade do delegado de polícia poder utilizar-se dos ditames da Justiça Restaurativa, de modo a fornecer a melhor solução a cada caso que lhe for apresentado, não só buscando a pacificação entre as partes, mas, em especial, a redução da própria reincidência, tão comum nos crimes que envolvem a violência doméstica.

Neste cenário a Resolução nº 225/16 do CNJ, em seu artigo 7º, destaca que:

Para fins de atendimento restaurativo judicial das situações de que trata o *caput* do art. 1º desta Resolução, poderão ser encaminhados procedimentos e processos judiciais, em qualquer fase de sua tramitação, pelo juiz, de ofício

42 STRECK, Lenio; MENDES, Gilmar. Comentário ao artigo 98. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1337.

43 SANNINI NETO, Francisco. *Delegado de polícia e o direito criminal: teoria geral do direito de polícia judiciária*. Leme: Mizuno, 2021.

44 SANNINI NETO, Francisco; HOFFMANN, Henrique. Independência funcional do delegado de polícia. In FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*, p.37-50. Salvador: JusPodivm, 2017.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 84.548*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 21/06/2012.

ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social. Parágrafo único. A autoridade policial poderá sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo.⁴⁶

Deste modo, tem-se que, segundo o CNJ, a autoridade policial não poderia determinar o encaminhamento dos casos que chegam ao seu conhecimento à Justiça Restaurativa e, tampouco, aplicar as técnicas atinentes a esta, devendo somente ao final dos procedimentos investigativos sugerir ao Poder Judiciário e ao Ministério Público a sua aplicação. Entretanto, não se verifica, concretamente, qualquer motivo que possa justificar a impossibilidade da autoridade policial submeter as lides que chegam ao seu conhecimento à Justiça Restaurativa, mormente quando verificado que este é o primeiro que possui contato com o caso. Exigir a instauração de um procedimento investigativo e a sua finalização para só então, ao final, abrir a possibilidade para que o delegado de polícia “sugira” a aplicação de tais técnicas, parece ser contrária a toda a lógica que permeia a Justiça Restaurativa, a qual prega a resolução célere do conflito com o menor gasto emocional das partes envolvidas. Ademais, vê-se que o CNJ oferece a possibilidade de qualquer autoridade (juiz, promotor, partes, advogadas e integrantes do serviço de assistência social) “encaminhar” os casos que chegam ao seu conhecimento ao atendimento restaurativo, excetuando apenas a autoridade policial, que fica adstrita ao mero campo da “sugestão”.

Todavia, não há que se falar em impedimento legal ou lógico para que a autoridade policial, desde que respeitada a ideia de impessoalidade, possa encaminhar de modo direto e imediato os conflitos que chegarem ao seu conhecimento à aplicação de técnicas restaurativas, que serão operacionalizadas por terceiros.

A Justiça Restaurativa busca alcançar a solução que melhor atende aos interesses das partes, minimizando os efeitos da lide sem se afastar o caráter pedagógico da sanção, sendo encaixável na atuação do delegado de polícia, visto ser o primeiro a tomar contato com a crise doméstica. Destarte, perfeitamente possível que o delegado de polícia encaminhe para a mediação os casos que lhe sejam apresentados, favorecendo o debate entre as partes, de modo a se encontrar a solução mais efetiva para a demanda, garantindo eventual restauração do dano causado, sem se macular a imagem do autor dos fatos, além de assegurar a abertura de uma porta de entrada para os serviços ligados à área da saúde, assistência social, dentre outros.⁴⁷ Ademais, a própria Lei nº 11.340/06, em seu artigo 11, inciso V, prescreve que a autoridade policial deve informar à ofendida quais os seus direitos, assim como indicar os serviços públicos existentes que sejam adequados ao seu caso.

Aguardar o término das investigações, as quais podem transcorrer por muito tempo e gerar evidentes prejuízos emocionais às partes, para então se sugerir o encaminhamento do caso ao procedimento restaurativo se mostra contraproducente e contrário àquilo que a Justiça Restaurativa busca. Ademais, há que se ter em mente que a Justiça Restaurativa pode atuar de modo efetivo no campo da prevenção, tida como “uma política de ações e serviços públicos para redução dos fatores de delinquência, por meio de atuação social, policial ou

46 BRASIL. 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: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289> Acesso em: 10 jun. 2022.

47 NOBRE, Maria Teresa; BARREIRA, César. Controle social e mediação de conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica. In: *Sociologias*, nº 20, Porto Alegre, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222008000200007. Acesso em: 04 mar. 2022.

extrapolicial, de caráter proativo⁴⁸, que se encaixa não apenas como uma mera faculdade, mas como uma finalidade da atuação da autoridade policial.

Ao se tratar de demandas envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher é imprescindível que se destaque o sigilo das informações que permeiam os casos, eis que serão enfrentadas questões de foro íntimo das partes, motivo pelo qual a facultatividade do envio de tais situações à Justiça Restaurativa ganha ainda maior relevância. Assim, para que um caso seja remetido à resolução restaurativa é essencial que as partes envolvidas concordem com esta submissão, expressando esta aquiescência de modo claro, de modo evitar a quebra do sigilo das informações.

Neste cenário o encaminhamento da crise doméstica à Justiça Restaurativa pela autoridade policial não se constituiria numa atuação isolada e contrária ao regramento jurídico pátrio, mas numa conduta paralela à investigação, que visa auxiliar na prevenção delitiva, romper com os ciclos de violência relativos às partes envolvidas e possibilitar o reestabelecimento dos vínculos sociais destas. O uso imediato das técnicas restaurativas não afasta a possibilidade de se prosseguir na investigação e, tampouco, de se dar início à persecução penal, mas possibilita à mulher que os efeitos negativos advindos da lide sejam imediatamente trabalhados e, quiçá, reparados, em prol da sua dignidade e das ações afirmativas relativas à sua proteção. Ademais, os resultados obtidos durante o procedimento restaurativo, posteriormente, poderão influenciar na demanda criminal principal, especialmente no que se refere à dosimetria da pena com relação à reparação dos danos advindos da prática delituosa.

5 A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES COMETIDOS CONTRA A MULHER NO AMBIENTE DOMÉSTICO E FAMILIAR

Ao longo dos anos houve evidente alteração do pensamento social acerca da disciplina relativa aos direitos humanos, de modo que esta passou a abarcar temas que outrora eram renegados à invisibilidade, tais quais a proteção dos grupos vulnerabilizados, a exemplo das mulheres, das crianças, dos idosos etc.

O ordenamento jurídico brasileiro passou a ter como um dos seus objetivos centrais a tutela dos indivíduos que ao longo da história, por questões inerentes à sua individualidade, representadas por meio de aspectos culturais, regionais e estereotipados, foram segregados ou violados em seus direitos. Assim, foram criadas normas e ferramentas processuais com o intuito de conferir voz aos indivíduos que historicamente foram silenciados, bem como possibilitar o pleno exercício dos seus direitos básicos a partir do reconhecimento da dignidade que lhes é inata.

Neste panorama criaram-se diversos microssistemas de proteção aos grupos vulnerabilizados que, lastreados nas especificidades dos integrantes de cada categoria, assim como nas suas necessidades individuais e coletivas, apresentaram mecanismos específicos de tutela para cada qual.⁴⁹

48 SANTIN, Valter Foletto. Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 208-216, fev. 2005. Disponível em: <http://seer.uerp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49>. Acesso em: 28 jan. 2022, p. 55.

49 COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; DIEHL, Rodrigo Cristiano. As práticas restaurativas enquanto política pública de prevenção para os homens autores de violência de gênero no Brasil: uma análise com base na Lei 11.340/2006 e na Resolução 225/2016, do CNJ. In: SPENGLER, Fabiana Marion. (Org.). *As múltiplas portas do conflito e as políticas públicas para o seu tratamento*. Curitiba: Multideia, 2016. Disponível em: https://pitangui.uepg.br/eventos/justicarestaurativa/_pdf/ANAIS2016/As%20pr%C3%A1ticas%20restaurativas%20enquanto%20pol%C3%ADtica%20p%C3%BAblica%20de%20preven%C3%A7%C3%A3o%20para%20homens%20autores%20de%20viol%C3%AAncia%20de%20g%C3%AAnero%20no%20Brasil%20a%20partir%20da%20Lei%2011.340-2016.pdf. Acesso em: 20 set. 2022, p. 16-17.

Estes microssistemas pautam-se no entendimento de que determinadas relações sociais são materialmente disfuncionais, eis que as diferenças estabelecidas entre os indivíduos colocam determinados grupos em posição de desvantagem. Face a esta constatação, criam-se sistemas normativos e principiológicos que buscam equalizar as relações sociais utilizando como parâmetro as diferenças inerentes aos seres que, por algum motivo, possuem similaridades entre si.⁵⁰ Dentre estes microssistemas sobressai-se aquele relativo às mulheres, em especial àquelas que se encontram em situação de violência doméstica e familiar.

Embora cada mulher possua a sua história pessoal de vida e os casos envolvendo violência estarem permeados por características individualizadas, há um ponto em comum entre os relatos de violência das mulheres brasileiras, qual seja a discriminação histórica, cultural e estruturalmente estabelecida a partir da questão de gênero.

Estas similaridades na origem dos conflitos, pautam-se em relações de dominação e no exercício discriminatório de poder, que refletem uma realidade mundial, enfrentada por diversos diplomas normativos internacionais. Entretanto, no Brasil a situação ganha relevo quando analisada a partir das especificidades inerentes ao país, a exemplo da sua extensão territorial, da sua cultura colonial que se encontra espraiada por todos os setores e dos alarmantes dados estatísticos relativos ao tema.

Após um longo interregno de silêncio quanto ao tema, caracterizado por medidas pontuais e sem poder de alteração da realidade como um todo, o Brasil editou em 2006 a Lei nº 11.340, fruto das reivindicações capitaneadas pelos movimentos feministas nacionais e da ideia de constitucionalismo multinível traduzido nas recomendações e manifestações internacionais relativas ao tema, a exemplo daquelas exaradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos face ao Brasil.

Assim, verifica-se que a partir da promulgação da Lei nº 11.340/06, consolidou-se no Brasil um microssistema de tutela à mulher, que não se restringe ao campo da criminalização de condutas, mas amplia os horizontes protetivos ao exigir atitudes concretas do Estado, dos seus agentes e da sociedade, com o objetivo de prevenir a ocorrência de atos violentos contra as mulheres, bem como formular políticas públicas que atravessam o campo assistencial, profissional, educacional, de saúde, dentre outros, com vistas a minimizar os efeitos deletérios que a violência causa na vida das partes.⁵¹

A Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, se apresenta como um marco legislativo nacional, eis que além de enfrentar temas sensíveis relacionados à desprivatização dos conflitos familiares, possibilitou a superveniência de outras normas que, igualmente, visam reduzir as discrepâncias sociais pautadas no gênero que historicamente foram naturalizadas no país.

A lei em apreço estendeu a sua proteção sobre todas as mulheres, independentemente de qualquer condição, conferindo-lhes amplos direitos em prol da existência e manutenção de uma vida digna. Ademais, visou prevenir e reprimir qualquer ação ou omissão que, pautada no elemento gênero, praticada no ambiente doméstico, familiar ou das relações íntimas de afeto, possa ocasionar danos de ordem física, psicológica, patrimonial, sexual ou moral à mulher⁵².

50 LIMA, Miguel Moacyr Alves. *O Direito da Criança e do Adolescente: Fundamentos para uma abordagem principiológica*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82256>. Acesso em: 10 out. 2022, p. 453-454.

51 JUSTINO, Yara Alves Costa; COTONHOTO, Larissy Alves; NASCIMENTO, Célia Regina Rangel. A perspectiva de mães a respeito das relações parentais diante de um contexto de violência doméstica contra mulher. *Revista Pesquisas e Práticas Psicossociais*, v. 12, n. 3, 2017. Disponível em: http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/revista_ppp/article/view/2657. Acesso em: 16 out. 2022, p. 3-5.

52 GARCEZ, William. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 1152-1154.

Esta norma, ainda, revelou a necessidade de o tema ser analisado a partir do reconhecimento da condição peculiar da mulher em situação em violência doméstica, numa clara analogia ao microsistema de proteção à criança e ao adolescente, igualmente tidos como vulnerabilizados frente às relações sociais.

Ao compreender que atos de violência contra a mulher no seu ambiente familiar traduzem-se em violações aos direitos humanos, o legislador não apenas enfatizou a tutela à dignidade, como exigiu de forma expressa a adoção de posturas ativas pelo poder público, de modo a não apenas ter consciência do problema em debate, mas agir em prol da sua erradicação.⁵³

É neste norte que se sobressai a necessidade do Estado formular políticas públicas em prol das mulheres, que não se limitem ao uso do Direito Penal contra as agressões perpetradas, mas que trabalhem a origem do conflito e possibilitem que as mulheres não se submetam a atos de violência, bem como sejam amparadas, caso eventualmente restem vitimadas, enfatizando-se a sua autonomia.⁵⁴ Assim, busca-se coibir a violência doméstica contra as mulheres e ao mesmo tempo prestar a mais ampla e integral assistência à mulher que se encontra em tal situação, permitindo a alteração do quadro fático relativo ao tema.

Neste contexto emerge a dúvida acerca de qual sistema de solução de conflitos se mostraria mais adequado para casos praticados neste contexto. A Justiça Retributiva, tida como tradicional, conforme alhures citado, visa a imposição de uma sanção ao autor do ilícito penal, renegando a um segundo plano a questão relativa ao trato para com a vítima, bem como a reparação ou minimização das consequências advindas do fato criminoso. Tal constatação se torna ainda mais complexa diante de casos envolvendo a prática de violência doméstica e familiar contra as mulheres, uma vez que há relacionamento pretérito entre o autor e a vítima, via de regra, lastreado em vínculos sanguíneos e/ou afetivos.⁵⁵

Nestas situações, conforme pontua Howard Zehn, “as vítimas precisam ter certeza de que o que lhes aconteceu é errado, injusto, imerecido. Precisam oportunidades de falar a verdade sobre o que lhes aconteceu, inclusive seu sofrimento. Necessitam ser ouvidas e receber confirmação”⁵⁶.

Assim, nesta criminalidade específica, mostra-se questionável a aplicação de modo impositivo de uma sanção por parte de um terceiro alheio à relação base, vez que esta enseja, obrigatoriamente, a intromissão do julgador na vida da família, devastando-se sua intimidade, em claro detrimento aos traços afetivos que permeiam a demanda. Neste ponto relevantes os ensinamentos de Pertel e Kohling, a ver:

[...] tratar a violência doméstica pura e simplesmente como matéria criminal é um retrocesso, por não se considerar a relação íntima entre a vítima e o acusado, deixando de lado o que realmente é de interesse dela, além de não corroborar em nada com a tentativa de restauração da família e a nova filosofia da Criminologia Crítica.⁵⁷

Como consequência desta constatação surge a possibilidade de serem aplicadas a tais casos as técnicas inerentes à Justiça Restaurativa, de modo que a imputação de sanções

53 DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 7. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p.53-55.

54 GARCEZ, William. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 1168.

55 PELLEZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega Debas. Justiça restaurativa e resolução de conflitos familiares. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 17, n. 1, p. 231-250, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://doaj.org/article/f26a5f655c914624be1a96b99541493b>. Acesso em: 26 fev. 2022.

56 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tânia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 27-28.

57 PERTEL, Adriana Maria Santos; KOHLING, Aloísio. A falta de efetividade da Lei Maria da Penha: uma pena justa é aquela que restabelece os laços desfeitos pelo crime. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 93-106, out. 2012. ISSN 2179-7943. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1732>. Acesso em: 18 jun. 2022, p. 104.

ao infrator seja vista como secundária, primando-se pelo reestabelecimento dos laços afetivos (não obrigatoriamente reestabelecimento da relação afetiva em si, mas minimização das consequências advindas do fato), pautado pelo diálogo entre as partes. Assim, a possível solução do conflito, estendida para além da punição de modo a alcançar a prevenção de novas práticas, seria alcançada mediante uma atuação ativa das partes interessadas, baseada no consensualismo e na bilateralidade.⁵⁸

Conforme bem pontuam Pellenz e Bastiani:

Quando se utiliza a justiça restaurativa como método resolutivo de conflitos domésticos, fica evidente o enfoque humanizado dado à vítima de violência familiar. Com efeito, as partes interagem em prol da pacificação, protegendo a família e preservando os laços, por meio de uma experiência emocional que revela um novo modelo de resolver conflitos, permitindo o desenvolvimento de uma sociedade livre e assegurando os direitos da mulher.⁵⁹

Por óbvio que tal atuação não retira a possibilidade de encaminhamento do caso ao Poder Judiciário, mas oferece meio alternativo e complementar para a solução do conflito, mais célere e adequado aos efetivos interesses dos envolvidos⁶⁰, especialmente quando constatado que a Lei nº 11.340/06 visa dar atendimento amplo às demandas relativas à prática de violência doméstica e familiar contra as mulheres, tanto no plano criminal, quanto nos planos cível e administrativo.

Neste cenário, contrariamente à aplicação dos ditames da Justiça Restaurativa aos casos envolvendo a prática de violência contra as mulheres no ambiente doméstico e/ou familiar surge a visão de que a mediação coloca em risco a integridade física das mulheres, uma vez que não é possível, por qualquer meio que o seja, impedir a ocorrência de atos violentos. Ademais, tem-se que a cultura social do Brasil coloca a mulher numa posição de vulnerabilidade frente as negociações, podendo existir um desequilíbrio de poderes entre o autor e a vítima. Nesta linha, também, entende-se que a mediação afastaria o efeito simbólico do Direito Penal, além do entendimento de que apenas um encontro não é suficiente para se alterar o comportamento agressivo do autor, fato que esbarra na falta de pessoal qualificado para a realização dos atos relativos à mediação. Neste mesmo contexto, tem-se que a mediação, para a vítima, poderia ser um evento penoso e causador da vitimização secundária, uma vez que esta já se encontra fragilizada pelos fatos, sendo difícil que esta exponha de modo satisfatório o seu ponto de vista.⁶¹

De outro lado, positivamente, tem-se que o caráter discursivo da mediação poderá auxiliar de sobremodo na solução do conflito, eis que as dinâmicas emocionais que permeiam os encontros podem auxiliar no reconhecimento da responsabilidade por parte do agressor, além de conferirem maior satisfação às partes envolvidas.⁶²

58 SOARES, Cynthia Fernanda Oliveira; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. Justiça Restaurativa: Um novo paradigma para resolução de conflitos. In: *XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI*, 2019, Goiânia. Anais de evento. Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 113-132. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/17d623b0/0cLvLyfs h826HOiU.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2022

59 PELLEZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega Debas. Justiça restaurativa e resolução de conflitos familiares. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 17, n. 1, p. 231-250, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://doaj.org/article/f26a5f655c914624be1a96b99541493b>. Acesso em: 26 fev. 2022, p. 244.

60 PELLEZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega Debas. Justiça restaurativa e resolução de conflitos familiares. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 17, n. 1, p. 231-250, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://doaj.org/article/f26a5f655c914624be1a96b99541493b>. Acesso em: 26 fev. 2022.

61 GIONGO, Renata Cristina Pontalti. *Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal: aspectos da resolução do conflito através da mediação penal*. 2010. 13 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4823?mode=full>. Acesso em: 10 fev. 2022.

62 ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. *A mediação penal como política pública apta a solucionar o conflito penal*. In: *XXIV Encontro Nacional do CONPEDI*, 2015, Belo Horizonte. Anais de evento. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 375-390. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/16o5860v50110nmC.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2022.

Deste modo, vê-se que as demandas de cunho doméstico e familiar, onde as mulheres figuram como vítimas, devem ser tratadas de modo prioritário e terem uma ampla proteção estatal, que ultrapassa a mera imputação sancionatória ao autor, devendo serem adotadas providências que busquem minimizar os efeitos negativos advindos do crime, a exemplo do uso da Justiça Restaurativa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto é possível se inferir que casos relativos a crimes envolvendo violência doméstica e/ou familiar contra as mulheres se apresentam como uma realidade há muito tempo evidenciada na sociedade, advinda, sobretudo, de uma visão patriarcal e machista que ainda se verifica na atualidade. Tais casos exigem atenção especial por parte do Estado e, conseqüentemente, das autoridades que compõem os ciclos de proteção a este grupo vulnerável, vez que lastreados em relações afetivas e/ou de parentesco, nos quais a mera aplicação fria da lei e das suas sanções, não poucas vezes, não soluciona integralmente o caso, mormente quando analisado o viés psicológico-emocional dos envolvidos.

Assim, neste contexto emerge a Justiça Restaurativa enquanto mecanismo complementar ao sistema tradicional de resolução de conflitos, que almeja auxiliar nas lides via acordo comum entre as partes envolvidas, de forma mais célere e menos burocrática, buscando materializar solução alternativa à mera judicialização do conflito, fornecendo às partes a possibilidade de compreender as reais causas do crime de modo a evitar a sua reiteração. A Justiça Restaurativa pauta-se na ideia de que as partes, orientadas por um terceiro imparcial conhecido como “facilitador”, podem chegar a uma solução eficaz para o conflito, lastreada na concessão mútua das partes, na minimização dos danos decorrentes do ato criminoso e na conscientização sobre a responsabilidade de cada envolvido, tudo em prol da prevenção.

O CNJ, diante da lacuna legislativa existente quanto ao tema, editou a Resolução nº 225/16, no bojo da qual traz os principais conceitos e balizas inerentes à Justiça Restaurativa. Contudo, tal resolução indica que a autoridade policial não poderá encaminhar demandas ao atendimento restaurativo de modo imediato e direto, devendo instaurar os respectivos procedimentos investigativos, instruí-los em sua íntegra e, ao final, somente sugerir a aplicação das técnicas restaurativas, dando-se a entender que o magistrado e o membro do Ministério Público poderão recusar tal sugestão.

Ao se analisar o tema, vê-se que inexistem motivos lógicos e legais que possam impedir a atuação da autoridade policial no campo da Justiça Restaurativa, eis que a submissão imediata de casos à tais técnicas não exigem sequer formação jurídica. No caso do Delegado de Polícia, tem-se que este se apresenta como a primeira autoridade integrante de uma carreira jurídica que tem contato com o evento criminoso, motivo pelo qual possui capacidade técnica para analisar se um caso pode ou não ser submetido às práticas restaurativas. Exigir a finalização das investigações para então realizar mera sugestão que poderá não ser acatada, contraria toda a lógica que permeia os ditames da Justiça Restaurativa sob o seu prisma preventivo, em especial no que tange à celeridade na resolução do caso e na minimização dos efeitos da persecução aos envolvidos, sobretudo no campo emocional.

Uma solução, a princípio viável, seria a celebração de parcerias entre a Polícia Civil, as equipes técnicas de assistência social dos municípios, o Poder Judiciário, o Ministério Público e instituições de ensino superior, de modo a se instalarem CEJUSCs pré-processuais, voltados a casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher. Outras hipóteses

poderiam envolver a atuação isolada dos juízes de paz, dos NUMAPEs ou das redes municipais de enfrentamento à violência contra a mulher. Assim, independente do modelo concretamente utilizado, a autoridade policial, ao tomar conhecimento da ocorrência de crime envolvendo violência doméstica e/ou familiar contra a mulher, além de adotar as medidas investigativas de praxe, após prévia aquiescência das partes envolvidas, encaminharia o caso à equipe de facilitadores local, onde existente, a qual faria uso das técnicas restaurativas pertinentes, de modo a se prevenir a ocorrência de novos delitos desta natureza envolvendo as mesmas partes, pondo fim ao ciclo de violência normalmente evidenciado em tais casos.

Deste modo, o estudo em apreço demonstrou que, além da Justiça Restaurativa se apresentar como uma alternativa viável para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres, é perfeitamente plausível o encaminhamento direto e imediato pela autoridade policial, dos casos ora analisados, a partir da concordância das partes, sem necessidade de finalização do procedimento investigativo, ao grupo responsável pela aplicação das técnicas restaurativas, com fins preventivos, afastando-se o entendimento de que o Delegado de Polícia poderia realizar uma mera sugestão, sem prejuízo do regular curso das investigações.

REFERÊNCIAS

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://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/03/DIR36-04.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. 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: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289> Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 07 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 84.548*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 21/06/2012.

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Trad. de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BUTLER, Judith. Sujeitos do sexo/gênero/desejo. In: *Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CALDONAZZO, Tayana Roberta Muniz. *Potencialidades dos grupos reflexivos brasileiros para homens autores de violência doméstica contra a mulher na desconstrução da masculinidade hegemônica*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, 2020. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/dissertacoes-defendidas-1/18167-tayana-r-m-caldonazzo/file>. Acesso em: 10 jun. 2022.

CASSOL, Paula Dürks; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; DINARTE, Priscila Valduga. “A vida mera das obscuras”: sobre a vitimização e a criminalização da mulher. *Revista Direito e Práxis*, [s.l.], v. 9, n. 2, p.810-831, jun. 2018. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/25503>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CLÈVE, C. M. Ações Afirmativas, Justiça e Igualdade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 542-557, 2016. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v3i3p542-557. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/115614>. Acesso em: 24 mar. 2022.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; DIEHL, Rodrigo Cristiano. As práticas restaurativas enquanto política pública de prevenção para os homens autores de violência de gênero no Brasil: uma análise com base na Lei 11.340/2006 e na Resolução 225/2016, do CNJ. In: SPENGLER, Fabiana Marion. (Org.). *As múltiplas portas do conflito e as políticas públicas para o seu tratamento*. Curitiba: Multideia, 2016. Disponível em: https://pitangui.uepg.br/eventos/justicarestaurativa/_pdf/ANAIS2016/As%20pr%C3%Aticas%20restaurativas%20enquanto%20pol%C3%ADtica%20p%C3%BAblica%20de%20preven%C3%A7%C3%A3o%20para%20homens%20autores%20de%20viol%C3%AAncia%20de%20g%C3%AAnero%20no%20Brasil%20a%20partir%20da%20Lei%2011.340-2016.pdf. Acesso em: 20 set. 2022.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias e conversas de mulher*. São Paulo: Planeta, 2013. Disponível em: <http://lelivros.black/book/download-historias-e-conversas-de-mulher-mary-del-priore-em-epub-mobi-e-pdf/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 7 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

DUARTE, Débora Garcia; SANTIN, Valter Foletto; COSTA, Ilton Garcia da. Epidemia da violência doméstica: Análise sobre o problema da violência contra a mulher e seu aumento em tempos de isolamento social. In: II Encontro Virtual do CONPEDI: *Gênero, Sexualidade e Direito II*, 2020, Florianópolis. Anais de evento. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 78-94. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/qb6bi552/z9j1A94Yde8jBU5p.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2022.

FREITAS, Viviane de Andrade. A vítima no contexto da criminologia contemporânea: os reflexos da Vitimologia na Política Criminal, na Segurança Pública e no Sistema Processual Penal. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 150, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-vitima-no-contexto-da-criminologia-contemporanea-os-reflexos-da-vitimologia-na-politica-criminal-na-seguranca-publica-e-no-sistema-processua-l-penal/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

GARCEZ, William. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: JusPodivm, 2021.

GIACOMOLLI, Nereu Jose; ANDRADE, Roberta Lofrano. A Justiça Restaurativa como substituta do Processo Penal tradicional. *Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito*, Porto Alegre, v. 9, n. 17, p.183-225, jan.-abr. 2017. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11349>. Acesso em: 10 jan. 2022.

GIONGO, Renata Cristina Pontalti. *Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal: aspectos da resolução do conflito através da mediação penal*. 2010. 13 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4823?mode=full>. Acesso em: 10 fev. 2022.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos e introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JUSTINO, Yara Alves Costa; COTONHOTO, Larissy Alves; NASCIMENTO, Célia Regina Rangel. A perspectiva de mães a respeito das relações parentais diante de um contexto de violência doméstica contra mulher. *Revista Pesquisas e Práticas Psicossociais*, v. 12, n. 3, 2017. Disponível em: http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/revista_ppp/article/view/2657. Acesso em: 16 out. 2022.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. *O Direito da Criança e do Adolescente: Fundamentos para uma abordagem principiológica*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós- Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82256>. Acesso em: 10 out. 2022.

NOBRE, Maria Teresa; BARREIRA, César. Controle social e mediação de conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica. In: *Sociologias*, nº 20, Porto Alegre, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222008000200007. Acesso em: 04 mar. 2022.

OLIVEIRA, Samyle Regina Matos; SANTANA, Selma Pereira de; CARDOSO NETO, Vilobaldo. Da Justiça Retributiva à Justiça Restaurativa: Caminhos e descaminhos. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 28, p. 155-182, jul. 2018. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1359>. Acesso em: 26 mar. 2022.

PADÃO, Jacqueline; CAMPOS, Carmen Hein de. Violência doméstica e Justiça Restaurativa: Um diálogo possível? In: *XXVII Encontro Nacional do CONPEDI*, 2018, Salvador. Anais de evento. Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 127-142. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/w92y6fx1/8Fx4k7HS7ROynFGD.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

PELLENZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega Debas. Justiça restaurativa e resolução de conflitos familiares. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 17, n. 1, p. 231-250, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://doaj.org/article/f26a5f655c914624be1a96b99541493b>. Acesso em: 26 fev. 2022.

PERTEL, Adriana Maria Santos; KOHLING, Aloísio. A falta de efetividade da Lei Maria da Penha: uma pena justa é aquela que restabelece os laços desfeitos pelo crime. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 93-106, out. 2012. ISSN 2179-7943. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1732>. Acesso em: 18 jun. 2022.

PIERRE, Mayda Goite *et al.* Globalização, Direito Penal Mínimo e Privação de Liberdade após 250 anos da obra-prima de Beccaria. *Prolegómenos, Bogotá*, v. 19, n. 38, p. 109-126, jul. 2016. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2016000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 abr. 2022.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da justiça restaurativa no Brasil. *Revista Paradigma*, n. 19, 2010. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/65>. Acesso em: 22 mar. 2022.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (org.) *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

ROCHA, Maria Fausta Cahyba. Justiça Restaurativa e violência doméstica. Convivência ou rejeição? Aspectos teóricos e práticos. In: *XXVII Encontro Nacional do CONPEDI*, 2018, Salvador. Anais de evento. Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 163-181. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/ko6qkpp1/pV2bG2319ole61yU.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. *A mediação penal como política pública apta a solucionar o conflito penal*. In: *XXIV Encontro Nacional do CONPEDI*, 2015, Belo Horizonte. Anais de evento. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 375-390. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/16o5860v50110nmC.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2022.

SANNINI NETO, Francisco. *Delegado de polícia e o direito criminal: teoria geral do direito de polícia judiciária*. Leme: Mizuno, 2021.

SANNINI NETO, Francisco; HOFFMANN, Henrique. Independência funcional do delegado de polícia. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*, p. 37-50. Salvador: JusPodivm, 2017.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

SANTIN, Valter Foletto. Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 208-216, fev. 2005. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49>. Acesso em: 28 jan. 2022.

SECCO, Márcio; LIMA, Elivânia Patrícia de. Justiça restaurativa – problemas e perspectivas. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 443-460, mar. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100443&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2022.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SOARES, Cynthia Fernanda Oliveira; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. Justiça Restaurativa: Um novo paradigma para resolução de conflitos. In: *XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI*, 2019, Goiânia. Anais de evento. Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 113-132. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/17d623b0/0cLvLyfs_h826HOiU.pdf. Acesso em: 04 jun. 2022.

STRECK, Lenio; MENDES, Gilmar. Comentário ao artigo 98. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VITTO, Renato Campos Pinto de. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (org.) *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

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

Recebido em: 20.06.2022

Aprovado em: 31.10.2022

Como citar este artigo (ABNT):

JORGE, Derick Moura; KONNO JUNIOR, Janio; SANTIN, Valter Foletto. Justiça restaurativa enquanto complemento preventivo nos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra as mulheres: possibilidade de encaminhamento imediato pela autoridade policial. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.46, p.43-63, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/11/DIR46-03.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

O DIREITO À EDUCAÇÃO DO SURDO: DESAFIOS FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS

RIGHTS TO EDUCATION FOR DEAF PEOPLE: CHALLENGES FACING THE NEW TECHNOLOGIES

Zulmar Fachin ¹
Gonçalo S. De Melo Bandeira ²

RESUMO: O texto é uma reflexão sobre o direito à educação do surdo, abordando concepções teóricas sobre o tema, especialmente, o oralismo, a comunicação total e o bilinguismo. A pesquisa tem por objetivo aferir se o Direito brasileiro protege o direito de o surdo ter acesso à educação e se a proteção jurídica existente garante a ele a efetivação do direito à educação. Nesse propósito, investiga os avanços tecnológicos como alternativa eficaz para que o surdo tenha, efetivamente, acesso à educação, proporcionando sua integração à vida familiar, escolar e social. Adota o método hipotético-dedutivo, com a utilização de livros e artigos científicos, bem como da legislação brasileira, comunitária e internacional. O resultado da pesquisa aponta para a evolução normativa na proteção do direito de o surdo ter acesso à educação, mas identificou baixo grau de efetivação desse direito da personalidade.

Palavras-chave: Direito da personalidade; educação; surdo; tecnologias.

ABSTRACT: This paper is a discussion about the rights to education for deaf people, focusing in theoretical conceptions about this theme, mainly in speaking, total communication and in bilingualism. The research aims to check if Brazilian Law protects deaf people's rights in having access to education and if the existing juridical protection guarantees them the effectiveness in the right to education. Based on these purposes, it is investigated the technological evolution as effective alternative for deaf people to have access to education offering them an integration among their families, education, and social context and new technologies. It is applied the hypothetical-deductive method based on the usage of books and papers as well in Brazilian, community and international legislation. The result from this research points to the normative evolution in the protection of the right in which deaf people have access to education, but it also identified a low level of effectiveness in this right of the personality.

Key words: Right of the personality; education; deaf people; technologies.

1 Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciência Política (UEL). Professor na UEL e no Programa de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica na Universidade Cesumar (Unicesumar). Coordenador do Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologias" da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI. ORCID n.0000.0001.5514.5547.

2 Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor na ESG-IPCA-RUN-EU-JusGov-Universidade do Minho, Portugal. Membro Honorário do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). ORCID n. 0000-0001-8859-4023.

1 INTRODUÇÃO

O artigo é uma reflexão sobre o direito à educação do surdo, tendo em vista as inovações tecnológicas que vêm se desenvolvendo ao longo do tempo. Reconhece que o acesso à educação, abrangendo a do surdo, é um direito da personalidade.

O objetivo do texto consiste na compreensão das abordagens teóricas elaboradas ao longo do tempo sobre o direito à educação do surdo, bem como analisar as formas adotadas pelo Direito brasileiro para proteger e efetivar esse direito específico.

A pesquisa está delimitada no tempo e no espaço. Embora faça algumas incursões históricas, ela está centrada no modo como o Direito brasileiro, atualmente, assegura o direito à educação do surdo frente às novas tecnologias que passaram a fazer parte do espaço ensino-aprendizagem.

Há milhares de pessoas, no Brasil e no mundo, que sofrem de surdez total ou parcial, sendo essa em graus variados. Muitas vezes, são pessoas anônimas, cuja existência se encontra limitada ao âmbito doméstico, com escassa vida social. Segundo estatísticas publicadas em 2019, o Brasil tem cerca de 10,7 milhões de pessoas com deficiência auditiva, das quais cerca de 2,3 milhões tem deficiência severa³. Ao redor do mundo, esses dados avultam. Segundo a Organização Mundial da Saúde, existem no mundo cerca de 1,5 bilhões de pessoas com algum tipo de deficiência auditiva. Os dados constam do Relatório Mundial de Audição publicado em março de 2021⁴.

A surdez não impede as pessoas de realizarem sua trajetória de vida, embora imponha grandes limitações. Pessoas surdas ou com algum grau de deficiência auditiva tornaram-se notáveis pelo sucesso alcançado, como são exemplos Ludwig van Bethoven, Francisco José de Goya e Paul David Hewson. Beethoven nasceu em Bonn, na Alemanha, um pouco antes de 1770 e faleceu em 1827. Dedicou-se à música, sendo considerado, até os dias atuais, um dos músicos mais importantes do mundo ocidental. Goya nasceu, em 1746, na Espanha e se tornou um dos mais importantes artistas espanhóis do século XIX. Pintou a Coroa Espanhola. Paul David Hewson, conhecido como Bono Vox, nasceu em 1960, na cidade de Dublin, na Irlanda. É vocalista da banda U2, destacada pelo expressivo sucesso que faz, atualmente, em boa parte do mundo.

O problema da pesquisa consiste em observar se a proteção normativa oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro enseja, à pessoa surda, a possibilidade de efetivo acesso ao direito à educação.

A hipótese da pesquisa consiste em saber se o surdo tem acesso efetivo ao direito à educação ou se, apesar da proteção jurídica, esse direito está distante de ser efetivado na vida cotidiana da escola.

O resultado da pesquisa reconhece a evolução normativa ocorrida nos últimos anos, mas aponta para a necessidade do uso de tecnologias para elevar o grau de efetivação do direito à educação das pessoas surdas.

O trabalho está dividido em três partes. Na primeira, desenvolve as concepções pedagógicas conhecidas no processo de alfabetização do surdo. Na segunda, passa em

3 GRANDA, Alana. País tem 10,7 milhões de pessoas com deficiência auditiva, diz estudo. *Agência Brasil*, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-10/brasil-tem-107-milhoes-de-deficientes-auditivos-diz-estudo>. Acesso em: 11 nov. 2021.

4 WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). World Report On Hearing (Prefácio). 2021. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/world-report-on-hearing>. Acesso em: 28 mar. 2022.

revista a legislação produzida para proteger a comunidade de surdos. Na parte final, aponta diversos instrumentos tecnológicos desenvolvidos para proporcionar ao surdo o acesso ao direito à educação. Registra-se que, no texto, os termos surdez e deficiência auditiva são tomados como sinônimos, visto que, juridicamente, não há distinção entre eles.

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO DO SURDO: CONCEPÇÕES TEÓRICAS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A língua cumpre papel fundamental na vida das pessoas e na convivência social. Ter sobre ela um certo grau de domínio contribui para o progresso e a evolução das pessoas e da sociedade. Nesse contexto, trabalhar com línguas minoritárias dignifica a pessoa e a comunidade escolar, elevando o papel social da escola.

A língua é destacada no seu valor simbólico como uma forma de capital cultural que determina o prestígio social do falante e, conseqüentemente, promove ou não a sua participação nos diversos campos sociais [...] a competência comunicativa, sobretudo na língua escrita, encaminha o sujeito na aquisição de competências necessárias para sua inclusão no mercado de trabalho. Por outro lado, o acolhimento de línguas e variantes 'minoritárias' na cultura da escola traz um vasto campo de trocas interculturais que só vêm a enriquecer os currículos escolares⁵.

O surdo está inserido neste contexto e deve ter reconhecido em seu benefício o direito de acesso ao conhecimento, por todos os meios disponíveis, especialmente, as modernas tecnologias.

Desde o século XVIII até os dias atuais, em um processo evolutivo das condições necessárias à aprendizagem das pessoas surdas, diversas concepções foram utilizadas: o oralismo, a comunicação total e o bilinguismo.

O oralismo foi criado por Samuel Heinicke, no século XVIII, na Alemanha, sendo, por isso, conhecido como o "método alemão". Essa abordagem concebia a surdez como uma patologia (doença), que precisava ser curada, direcionando a criança para o campo da normalidade. Treinava-se a criança na oralidade, com o propósito de integrá-la na comunidade.

O Congresso Internacional de Surdo Mudez, realizado em de Milão, na Itália, em 1880, foi o ponto mais elevado do oralismo, visto que este se tornou obrigatório, após a decisão tomada no evento, que teve em Alexander Graham Bell o mais ardoroso defensor desta concepção. Desde aquele acontecimento até a metade do século XX, a educação oral predominou.

No oralismo, entende-se que a surdez é doença, patologia, deficiência auditiva. Portanto, o surdo precisa ser reabilitado e, para isso, necessita de especialista (pedagogo, fonoaudiólogo) capaz de despertar nele o desejo de ouvir. O desenvolvimento da língua oral seria capaz de integrar o surdo no convívio familiar, escolar e social, uma vez que o não ouvinte é entendido como um não normal.

Marisa Fátima Padilha Giroletti observa que esta concepção educacional dos surdos envolve a criança, a família e a sociedade e necessita da convergência de situações para que tenha bom resultado social: a) as pessoas que convivem com a criança surda no trabalho de reabilitação devem ter envolvimento e dedicação todas as horas do dia e todos os dias do ano; b) o trabalho de reabilitação deve ter início quando a criança nasce ou quando a

5 MOTA, Kátia Santos. Língua(gem) e Cidadania em um Mundo Pluricultural: descompassos e desafios. In: LIMA JR., Arnaud Soares de; HETKOWSKI, Tânia Maria (Orgs.). *Educação e a Contemporaneidade: desafios para a pesquisa e a pós-graduação*. Rio de Janeiro: Quartet, 2006, p.158.

deficiência é descoberta; c) deve-se adotar, exclusivamente, o meio de comunicação oral; d) começa no lar, exigindo a participação ativa da família, especialmente da mãe; e) requer profissionais especializados (fonoaudiólogos e pedagogos) para atender sistematicamente ao aluno e à sua família; f) a educação oral requer equipamentos especializados, como aparelho de amplificação sonora individual⁶.

O ensino da língua ao surdo, feito oralmente, valia-se da língua dos ouvintes. No caso do Brasil, da língua portuguesa. Para esta concepção, o surdo sentia-se inferiorizado, visto que ele não conseguia aprender o que lhe era ensinado. Isso implicava, mesmo que involuntariamente, em exclusão dos surdos, que, sem conseguir aprender a língua que lhes era ensinada, não conseguiam participar da comunidade dos ouvintes. Não apenas eles se sentiam inferiorizados, como a própria comunidade de ouvintes os tratavam como pessoas inferiores. Era preciso, portanto, evoluir nas concepções de ensino para que os surdos pudessem ser tratados igualmente, em relação aos ouvintes.

A comunicação total, adotada no Brasil na década de 1970 - especialmente, no RJ e no RS - priorizava a comunicação entre os surdos e entre os surdos e os os ouvintes. Esta concepção foi desenvolvida não para negar, mas para complementar o oralismo. Trabalhando com novos instrumentos para ensinar ao surdo, ele utilizava a forma oral, mas também a escrita, a leitura (labial e falada), bem como aparelhos de ampliação sonora individual (prótese auditiva), tão próprios do oralismo. Portanto, a comunicação total não se propôs a romper com o oralismo, mas a adotar abordagens alternativas para melhor desenvolver as aptidões dos surdos, inibidos pelo engessamento que o modelo anterior causava.

A Comunicação Total, entretanto, não é uma filosofia educacional que se preocupa com ideais paternalistas. O que ela postula, isto sim, é uma valorização de abordagens alternativas, que possam permitir ao surdo ser alguém com quem se possa trocar idéias, sentimentos, informações, desde sua mais tenra idade. Condições estas que permitem aos seus familiares (ouvintes, na grande maioria das vezes) e às escolas especializadas as possibilidades de, verdadeiramente, liberarem as ofertas de chances reais para um seu desenvolvimento harmônico. Condições, portanto, para que lhe sejam franqueadas mais justas oportunidades, de modo que possa ele, por si mesmo, lutar em busca de espaços sociais a que, inquestionavelmente, tem direito⁷.

Percebe-se que esta concepção almeja criar condições para que o surdo possa ter acesso à educação, no entanto, não objetiva substituir qualquer outra abordagem sobre o tema.

O bilinguismo sustenta que os surdos podem desenvolver uma língua capaz de permitir uma comunicação dotada de eficiência. Esta língua, caracterizada por sinais, deve ser a primeira língua dos surdos, a qual eles aprendem com naturalidade e rapidez⁸.

Essa concepção trabalha com a hipótese de que a criança deve trabalhar com duas línguas: a dos surdos, ou seja, baseada em sinais, e a língua oficial do país. Na lição de Márcia Goldfeld, “O bilinguismo tem como pressuposto básico que o surdo deve ser bilíngue, ou seja, deve adquirir como língua materna a língua de sinais, que é considerada a língua natural dos surdos, e, como segunda língua, a língua oficial do seu país”⁹.

6 GIROLETTI, Marisa Fátima Padilha. *Aquisição da Língua de Sinais para Surdo como L1*. Indaial: UNIASSELVI, 2017, p. 15.

7 CICCONE, Marta. *Comunicação Total: introdução, estratégias e pessoa surda*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 1996, p. 101.

8 NOGUEIRA, Clélia Maria Ignatius. CARNEIRO, Marília Ignatius Nogueira. SOARES, Beatriz Ignatius Nogueira. *Libras*. Maringá, PR: UniCesumar, 2018, p. 30.

9 GOLDFELD, Márcia. *A Criança Surda: linguagem e cognição numa perspectiva sociointeracionista*. 2. ed. São Paulo: Pexus, 1997, p. 39.

A doutrina especializada tem apontado as vantagens da abordagem bilíngue. Neste sentido, a lição de Giselli Mara da Silva:

Considerando a importância da aquisição da linguagem pelas crianças surdas em tempo e condições ideais, várias pesquisas têm sido conduzidas no sentido de mostrar que o bilinguismo é a opção ideal para essas crianças. Os estudos que investigam surdos filhos de surdos concluem que o desenvolvimento das crianças é comparável ao de crianças ouvintes, o que se constitui como uma forte evidência a favor do bilinguismo para as pessoas surdas, evidenciando a relação positiva entre habilidades desenvolvidas na LS e habilidades na língua majoritária¹⁰.

O bilinguismo tem vantagens em relação às demais concepções de ensino dos surdos, destacando a importância da língua de sinais na educação dos surdos e o seu uso na comunidade, visto que a metodologia bilíngue veio para ficar. Neste sentido, Francislene Cerqueira Alves assevera que “A finalidade é, pois, possibilitar o crescimento social, cognitivo, cultural e linguístico da pessoa com surdez, no modelo educacional bilíngue, e que a LS seja língua de instrução dessa pessoa”¹¹.

Vale registrar que, em uma perspectiva histórica, essas concepções de surdez podem ser reduzidas a apenas duas: de um lado, o surdo carrega deficiência e preciosa ser reabilitado; de outro, ele deve ser compreendido como pessoa diferente, em relação ao ouvinte. Esta dualidade tem sido constatada pela doutrina:

Em uma delas a surdez se definia como deficiência, trata-se de uma visão patológica, fruto da tradição médica que vê o surdo como um portador de uma deficiência, precisando ser ‘normalizado’, ou seja, tornar-se ouvinte. Na outra concepção, de viés cultural, a surdez é vista como diferença, há aceitação e valorização das línguas de sinais como também há o reconhecimento de que a pessoa surda pertence a uma comunidade com cultura própria. Nesse trabalho, adota-se uma postura contrária ao viés patológico. Aqui, a surdez é vista como diferença¹².

Embora tenha respaldo jurídico, não se pode dizer que o bilinguismo está implantado no Brasil. A doutrina tem observado que existem poucas escolas para surdos onde se ensina por este modelo. Existem poucos exemplos - basicamente, em São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Distrito Federal - onde o ensino bilíngue foi efetivamente implementado. O indivíduo surdo tem que ser aceito como bilíngue e, para isso, é necessário que a sociedade aceite a linguagem de sinais¹³. Assim, apresentar o “bilinguismo nas escolas ainda ocasiona muita polêmica, porque no que se remete a uma escola bilíngue nosso sistema educacional ainda não está devidamente preparado”¹⁴.

10 SILVA, Giselli Mara da. O português como segunda língua dos surdos brasileiros: uma apresentação panorâmica. *Revista X*, Curitiba, v. 12, n. 2, 2017, p. 133. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/revistax/article/view/51140/34205>. Acesso em: 17 nov. 2021.

11 ALVES, Francislene Cerqueira. SOUZA, Jorgina de Cássia Tannus. LIMA, Maria Eugenia de. CASTANHO, Montes. Educação de Surdos em Nível Superior: desafios vivenciados nos espaços acadêmicos. In: ALMEIDA, Wolney Gomes (Org.). *Educação de Surdos: formação, estratégias e práticas docentes*. Ilhéus, BA: Editus, 2015, p. 23 e 34.

12 BARBOSA, Mônica de Góis Silva *et. al.* Língua Brasileira de Sinais e Língua Portuguesa no Processo Educacional do Aluno Surdo. In: SOUZA, Rita de Cássia Santos; BARBOSA, Josilene Souza Lima. Organizadoras. *Surdez & Libras*. Aracaju, SE: Criação Editora, 2020, p. 13.

13 GIROLETTI, Marisa Fátima Padilha. *Aquisição da Língua de Sinais para Surdo como L1*. Indaial: UNIASELVI, 2017, p. 17.

14 BARBOSA, Mônica de Góis Silva *et. al.* Língua Brasileira de Sinais e Língua Portuguesa no Processo Educacional do Aluno Surdo. In: SOUZA, Rita de Cássia Santos; BARBOSA, Josilene Souza Lima. Organizadoras. *Surdez & Libras*. Aracaju, SE: Criação Editora, 2020, p. 10.

Em face dos modelos de ensino dos surdos, parece ser possível concluir que o bilinguismo tem vantagens em relação aos demais. Contudo, sua implementação não é tarefa simples, pois envolve uma pluralidade de fatores que precisam ser considerados.

Nesse sentido, uma educação bilíngue pressupõe uma profunda mudança em organizações, conceitos, diretrizes, metodologias, posturas e concepções educacionais. Assim, para que a educação de surdos tenha sucesso, é importante que haja todo um projeto educacional fundamentado na diferença linguística e cultural desses alunos. Além disso, é importante que se considere a heterogeneidade das pessoas com surdez e as diferenças entre surdos, no sentido cultural do termo, e as pessoas com deficiência auditiva, já que cada grupo exigirá uma estrutura própria no seu processo educacional¹⁵.

Seja qual for a concepção teórica adotada com o objetivo de garantir ao surdo acesso à educação, não se deve olvidar o imenso esforço que ainda precisa ser despendido não apenas por ele, mas também pelas pessoas do seu entorno, tais como a mãe, o pai, os familiares em geral, a comunidade escolar e, de modo especial, os docentes.

Não seria absurdo afirmar que foram esses desafios que sensibilizaram Diderot que, compadecido, especialmente, com os obstáculos enfrentados pelos mudos de nascença, reconhecia a necessidade de esforço e superação: “Compreende-se o esforço que fazem os surdos e mudos de nascença para se tornar inteligíveis, porquanto exprimem tudo o que podem exprimir”¹⁶.

Conhecedor dessa evolução histórica e atento às circunstâncias que sempre envolveram as pessoas surdas, o legislador brasileiro tem revelado preocupação em criar condições aptas para garantir ao surdo o efetivo acesso à educação.

3 O DIREITO À EDUCAÇÃO DO SURDO NO BRASIL

Como ocorre em relação a temas importantes, os direitos dos surdos são protegidos juridicamente na ordem internacional e na ordem interna de cada país. Na ordem internacional, a partir da ONU (âmbito universal) e da OEA (âmbito regional), existem diversos documentos jurídico-normativos que protegem pessoas com deficiências, em especial, os surdos.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi adotada pela ONU em 13 de dezembro de 2006, Dia Internacional dos Direitos Humanos, e incorporada no Direito brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 186, de 2008. Trata-se do primeiro documento jurídico-normativo aprovado na ordem internacional que o Brasil recebeu como *status* constitucional¹⁷. A Convenção traz normas específicas de proteção dos surdos e começa por afirmar o compromisso assumido pelos Estados Partes em “Reconhecer e promover o uso de línguas de sinais” (art. 21, “e”); determina que os Estados-Parte tomarão medidas apropriadas para “Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade linguística da comunidade surda” (art. 24, 3, “b”); estabelece a “Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos moldes e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que

15 RODRIGUES, Carlos Henrique. *A Sala de Aula de Surdos Como Espaço Inclusivo: pensando o outro da educação atual*. In: ALMEIDA, Wolney Gomes (Org.). *Educação de Surdos: formação, estratégias e práticas docentes*. Ilhéus, BA: Editus, 2015, p. 113.

16 DIDEROT. *Carta Sobre os Cegos Endereçada Àqueles que Enxergam*. Trad.: Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, s.d., p. 95.

17 Constituição Federal, art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos de votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social” (art. 24, 3, “c”); para que tais objetivos sejam alcançados, determina que “os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou de braile, e para capacitar profissionais e equipes atuantes e todos os níveis de ensino” (art. 24, 4).

O Tratado de Marraqueche foi aprovado no encontro realizado pela ONU, entre os dias 17 e 28 de junho de 2013, em Marraqueche, no Marrocos. Ele tem por objetivo facilitar o acesso às obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso. A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência¹⁸, também denominada Convenção da Guatemala, foi aprovada pela OEA, em 28 de maio de 1999, na cidade de Guatemala, capital da República da Guatemala. Ambos os documentos contêm normas que protegem pessoas surdas.

No Brasil, a proteção jurídica do surdo experimentou uma longa trajetória no tempo. O primeiro ato oficial de proteção dos surdos remonta ao Império. Em 1855, D. Pedro II trouxe para o Brasil *Ernest (ou Hernest) Huet*, professor francês que tinha a missão de iniciar a educação de surdos em nosso país. Em seguida, o Imperador fez publicar a Lei n. 839, de 26 de setembro de 1857, criando o Instituto Nacional de Educação dos Surdos (INES), com o objetivo de educar pessoas surdas do sexo masculino, portanto, pessoas surdas do sexo feminino não podiam frequentar a escola.

A Constituição de 1988 reservou atenção especial às pessoas com algum tipo de deficiência. Estabeleceu competência comum entre todos os membros do pacto federativo para a execução de diversas tarefas, entre elas, cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas com deficiência (art. 23, inciso II); determinou que a lei reserve percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e defina os critérios de sua admissão (art. 47, inciso VIII); garantiu o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino¹⁹ (art. 208, inciso III). No campo dos direitos fundamentais, a Constituição proibiu qualquer tipo de discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, inciso XXXI). Todas essas disposições normativas são aplicadas às pessoas surdas.

A Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispôs sobre o apoio às pessoas com deficiência; sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE; instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas; disciplinou a atuação do Ministério Público e definiu os crimes. Embora tenha disposições gerais, abrangendo diversas espécies de deficiência, esta lei abrange os surdos.

Por força desta lei, o poder público, por seus órgãos da administração direta e indireta, deve dispensar tratamento prioritário e adequado, com o propósito de viabilizar medidas que protejam as pessoas com deficiência em diversas áreas, tais como educação, saúde, formação profissional e do trabalho, recursos humanos e edificações. No campo específico da educação, estabeleceu ao poder público as seguintes medidas: a) prever a educação especial como modalidade educativa que abranja diversos graus (educação precoce, pré-escolar, primeiro e segundo graus, supletiva, habilitação e reabilitação profissionais),

18 Promulga no Brasil pelo Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001.

19 Esta norma foi reproduzida no art. 54, inciso III, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.

prevendo currículos, etapas e exigências de diplomação próprios: b) inserir escolas públicas e particulares e privadas no sistema educacional; c) oferecer, de modo obrigatório e gratuito, educação especial em estabelecimento público de ensino; d) oferecer, de modo obrigatório, programas de educação especial em nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados educandos com deficiência, por prazo igual ou superior a um ano; e) garantir aos alunos com deficiência o acesso a material escolar, merenda escolar e bolsa de estudo, em igualdade de condições com os demais educandos; f) efetuar compulsoriamente matrícula em cursos regulares de estabelecimentos de ensino público ou particular de pessoas com deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino (art. 2º, parágrafo único).

A Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000, estabeleceu normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Ela se refere às diversas deficiências, incluindo à relativa aos surdos, pois fala em comunicação e linguagem de sinais. Esta lei define a comunicação como forma de interação dos cidadãos, que abrange as línguas, inclusive, a de sinais; a visualização de textos; o braille; o sistema de sinalização ou de comunicação tátil; os caracteres ampliados; os dispositivos multimídias; as linguagens simples, escrita e oral; os sistemas auditivos; os meios de voz digitalizados; os modos, meios e formas aumentativos e alternativos de comunicação, bem como as tecnologias da informação e das comunicações (art. 2º, inciso IX).

O vocábulo *acessibilidade* utilizado por esta lei tem um significado bastante amplo, abrangendo não apenas a dimensão física, mas também a acessibilidade aos sistemas de comunicação e sinalização. Desse modo, atribui ao poder público o dever de eliminar barreiras na comunicação e estabelecer mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis de comunicação e sinalização às pessoas com deficiência sensorial, objetivando garantir a elas o acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer (art. 17), atendendo a pessoas com deficiência, inclusive os surdos. Ao mesmo tempo, ela determina que o poder público capacite profissionais intérpretes de escrita em braille, linguagem de sinais e guias-intérpretes, com o propósito de facilitar todo o tipo de comunicação direta à pessoa com deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação (art. 18). A lei prevê, ainda, que os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens devem adotar planos de medidas técnicas com o objetivo de permitir o uso da linguagem de sinais, objetivando garantir o direito de acesso à informação às pessoas com deficiência auditiva (art. 19).

Vale ressaltar, ainda, que a acessibilidade tem sido considerada um direito fundamental²⁰. Neste sentido, a doutrina, descortinando novas interpretações e identificando o nascimento de novos direitos.

A Lei n. 10.436, de 24 de abril de 2002, reconheceu Língua Brasileira de Sinais - Libras como um meio legal de comunicação e expressão. Nos termos da lei, a Libras é compreendida como uma “forma de comunicação e expressão, em que o sistema lingüístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema lingüístico de transmissão de idéias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil” (art. 1º, parágrafo único). Nota-se que legislador concebeu um sistema lingüístico de natureza visual-motora, dotado de estrutura gramatical própria, considerando que o sistema lingüístico

20 ARAUJO, Luiz Alberto David. *Barrados*: pessoa com deficiência sem acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem sobrar. Petrópolis, RJ: KRB, 2011, p. 26-27.

de transmissão de ideias e fatos nasceu das comunidades de pessoas surdas do Brasil.

Segundo esse corpo normativo, a Libras passou a ser reconhecida no Brasil como um meio de comunicação objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas. Neste sentido, o poder público em geral e as empresas concessionárias de serviços públicos devem garantir formas institucionalizadas e apoiar o uso e a difusão desta língua (art. 2º).

Já as pessoas com deficiência auditiva devem ser atendidas e tratadas adequadamente, a exemplo das pessoas ouvintes, cabendo esta tarefa às instituições públicas e as empresas concessionárias de serviços públicos de assistência à saúde (art. 3º).

A Lei de Libras impõe que os sistemas educacionais em todos os níveis (federal, estadual, distrital e municipal) devem garantir a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, tanto no nível médio como no superior, bem como o ensino da língua de sinais, a qual fará parte dos Parâmetros Curriculares Nacionais. O ensino da língua de sinais, contudo, não poderá substituir a língua portuguesa escrita (art. 4º). Desse modo, embora a língua de sinais possa ser a primeira língua, torna-se necessário que a segunda seja a língua portuguesa.

Tem-se reconhecido que a Libras foi um marco normativo importante para a comunidade de surdos. Conforme Elma Felipe de Araujo Ferreira da Silva, “Assim como tantas outras línguas, a Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS - usada pela Comunidade Surda Brasileira é um recurso indispensável para a comunicação deste grupo de pessoas que sofrem de uma necessidade especial chamada surdez”²¹.

A Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, instituiu a Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência. Também denominada Estatuto da Pessoas com Deficiência, a lei abrange todas as formas de deficiência, mas tem dispositivos que protegem, especificamente, os direitos dos surdos. Esta lei impôs ao poder público a tarefa de assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar a oferta da educação bilíngue, determinando que Libras seja a primeira língua e que a língua portuguesa escrita seja a segunda língua do surdo, tanto em escolas e classes bilíngues como em escolas inclusivas (art. 28, inciso V). Por outro lado, ela atribuiu ao poder público as mesmas tarefas acima referidas no que tange à formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, bem como de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio, objetivando o melhor atendimento às pessoas surdas. Neste sentido, exige ensino médio completo e certificado de proficiência em Libras para tradutores e intérpretes da língua de sinais na escola básica. Já em níveis superiores, a lei exige que a habilitação seja, prioritariamente, em tradução e interpretação em Libras, quando desenvolverem a tarefa de interpretar nas salas de aula de cursos de graduação ou pós-graduação (art. 28, inciso XI, e § 2º).

Vale assinalar que, entre pessoas surdas, há diferentes graus de deficiência auditiva: “Ao lado das pessoas com nenhuma audição, haverá aquelas que apresentam deficiência auditiva leve. Existirá sempre, portanto, a necessidade da análise do caso concreto para verificar se o indivíduo com pouca audição encontra dificuldade de adaptação à realidade social por ele vivida”²². Neste campo, impõe-se o debate sobre o problema da concretização do direito de o curto ter acesso à educação.

21 SILVA, Elma Felipe de Araujo Ferreira da. *A Língua Brasileira de Sinais e sua Importância no âmbito Educacional e Social: a prática de educacional e social*. In: BRASIL. Educação no Século XXI. Belo Horizonte, MG: Editora Pausson, 2019, p. 45.

22 ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. 2. ed. Brasília: CORDE, 1999, p. 35.

4 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DO SURDO POR MEIO DE NOVAS TECNOLOGIAS

Os avanços normativos, em relação à educação do surdo, podem ser considerados satisfatórios. Não apenas tratados internacionais, mas também a Constituição brasileira de 1988 e significativa legislação permitem afirmar que, entre as pessoas com deficiência, o surdo tem seus direitos protegidos, especialmente, no que tange ao direito à educação. Contudo, essas disposições jurídico-normativas precisam ser efetivadas e as novas tecnologias podem ser utilizadas como instrumentos de efetivação do que está previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Como se sabe, a baixa efetividade de direitos formalizados tem sido preocupação constante da doutrina²³.

O século XXI carrega a marca da ciência, tecnologia e inovação. Coletar dados significa capitalizar. Ter dados significa deter poder. Já não é mais o acúmulo de ouro, as descobertas de petróleo, a fabricação de veículos, a comercialização do aço, mas o conhecimento tecnológico e a mineração de dados que engrandecem e fortalecem.

Os bens aos quais a sociedade atribui valor vão se alterando no tempo. Assim, o que ontem era prioritário, hoje, pode ser substituído por outro de igual ou superior valoração. Em muitos casos, impõe-se o fenômeno disruptivo e, neste sentido, a necessidade de reconhecer que, “se no século XX os principais objetivos do comércio eram petróleo, aço e mão de obra, agora, no século XXI, esse foco repousa sobre informação, tecnologia e conhecimento”²⁴.

Pode-se constatar as vantagens desse admirável mundo novo contém. Neste sentido, “Os investimentos feitos em Ciência, Tecnologia e Informação trazem retorno na forma de uma população mais bem qualificada, de empregos mais bem remunerados, de geração de divisas e de melhor qualidade de vida”²⁵.

Não somente os bens materiais tem valor econômico e importância humana. No mundo imaterial, outros bens também adquirem, cada vez mais, importância, valor e utilidade. Nesse contexto, tem-se reconhecido que, enquanto avança o século XXI, estamos vivendo “em um mundo no qual os bens mais importantes são progressivamente imateriais, multifuncionais e interconectados”²⁶.

Os avanços tecnológicos abrangem largos campos do conhecimento e da atividade humana. O campo educacional - especialmente relativo aos surdos - também tem sido contemplado.

Novas maneiras de pensar e de conviver estão sendo elaboradas no mundo das telecomunicações e da informática. As relações entre os homens, o trabalho, a própria inteligência dependem, na verdade, da metamorfose incessante de dispositivos informacionais de todos os tipos. Escrita, leitura, visão, audição, criação, aprendizagem são capturadas por uma informática cada vez mais avançada.²⁷

23 FACHIN, Zulmar. FACHIN, Jéssica. In: ZOUZA NETTO, José Laurindo. GIACOIA, Gilberto. CAMBI, Eduardo (Coords.). *Direito, Educação & Cidadania: estudos em homenagem ao Ministro Edson Fachin*. Curitiba: Editora Clássica, 2021, p. 167-168.

24 FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 317.

25 SILVA, Cylon Gonçalves da; MELO, Lúcia Carvalho Pinto de. *Ciência, Tecnologia e Informação: desafio para a sociedade brasileira - livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia: Academia Brasileira de Ciências, 2001, p. 14.

26 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Tecnologia Jurídica e Direito Digital: I congresso internacional de direito e tecnologia - 2017*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 18.

27 LÉVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Trad.: Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 7.

A introdução de novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) nas salas de aula trouxe benefícios à educação, oferecendo expressiva contribuição para o processo de ensino e aprendizagem e também novas possibilidades de comunicação do aluno surdo com a comunidade ouvinte. Desse modo, o surdo consegue melhorar sua interação com a comunidade ouvinte, ao mesmo tempo em que sua aprendizagem aumenta. As tecnologias permitem que o surdo conheça o mundo da vida, valendo-se de experiências visuais. Por outro lado, as tecnologias servem de instrumentos para a construção do conhecimento, beneficiando o aluno surdo, os mediadores, a comunidade escolar e a própria sociedade²⁸.

As modernas tecnologias, que não param de avançar, oferecem melhorias para que pessoas surdas possam ter melhor acesso às informações e ao conhecimento, o que proporciona melhores condições de vida. “As novas tecnologias em Libras são importantes para o uso social dos cidadãos surdos, pois a facilidade de acesso às informações pode incentivar a busca pelo conhecimento científico e social pelos surdos”²⁹.

A Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu o denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabeleceu que o poder público, nas três esferas federativas, fomente o desenvolvimento científico, a pesquisa, a inovação e a capacitação tecnológicas, objetivando a melhora da qualidade de vida e o trabalho das pessoas com deficiência, bem como sua inclusão social (art. 77).

São muitos os avanços tecnológicos capazes de auxiliar para que os surdos tenham acesso à informação e ao conhecimento. As tecnologias de inclusão digital da comunidade surda não substituem o docente, mas podem ser utilizadas como apoio à sua atuação na sala de aula. Entre as principais tecnologias de apoio ao docente no processo de ensino-aprendizagem estão o Dicionário de Língua Brasileira de Sinais, os jogos Multi-Trilhas, Libras Brincando e Aprendendo, o *Software* de Tradução Libras e o *Hand Talks*.

O Dicionário de Língua Brasileira de Sinais, publicado em 2001, é o resultado de 25 anos de pesquisa, realizada com a participação de centenas de colaboradores, entre os quais não apenas surdos, mas também ouvintes.

Este Dicionário documenta mais de 13 mil sinais de Libras em entradas lexicais individuais, trazendo os verbetes correspondentes ao sinal em português e inglês, a definição do significado do sinal e dos verbetes, ilustrações e a descrição detalhada da forma do sinal, além de exemplos ilustrativos do uso funcional apropriado do verbo em frases e a especificação do escopo de validade geográfica em relação aos estados brasileiros. O *Dicionário* contém a escrita visual direta do sinal em SignWriting, permitindo ao leitor concentrar-se nos traços distintivos que possibilitam diferenciar sinais semelhantes. É possível ainda encontrar a descrição da etimologia do sinal pela análise dos morfemas que compõem sua estrutura, e uma breve análise do parentesco semântico entre o sinal e outros sinais que compartilham alguns de seus morfemas moleculares³⁰.

Não se pode deixar de reconhecer que esse dicionário tem desempenhado papel fundamental no desafio de proporcionar ao estudante surdo o acesso ao conhecimento.

28 SENA, Fábila Sousa de. MELO, Manoel Alves Tavares de. A Contribuição das Tecnologias Digitais no Processo de Letramento do Aluno Surdo. In: *Educação e Tecnologias: inovação em cenários em transição*. CIET - Congresso Internacional de Educação e Tecnologias. João Pessoa, PB: CIET, 2018, p. 2. Disponível em: <https://cietenped.ufscar.br/submissao/index.php/2018/article/view/462/395>. Acesso em: 18 nov. 2021.

29 NOGUEIRA, Clélia Maria Ignatius. CARNEIRO, Marília Ignatius Nogueira. SOARES, Beatriz Ignatius Nogueira. *Libras*. Maringá, PR: UniCesumar, 2018, p. 81.

30 CAPOVILLA, Fernando César *et al.* *Dicionário da Língua de Sinais do Brasil: a Libras em suas mãos*. São Paulo: Edusp, 2017.

O Multi-Trilhas é um jogo, de caráter educativo, criado para auxiliar crianças surdas no processo de aquisição da língua de sinais. Trata-se de um jogo de trilha para mesa ou piso. Mariana Cruz ensina que a trilha é formada por polígonos regulares, sendo que o jogo é composto por diversos cenários, cartas-ação, cartas-bônus, cartas-comando, cartas-apoio, pinos e dados. Já os polígonos, componentes das peças da trilha, são todos regulares e se encaixam por meio de uma mesma linha básica, de forma senoidal. Desse modo, quaisquer das peças podem se ligar, permitindo uma multiplicidade de encaixes, possibilitando variadas direções de caminho no piso³¹.

O Libras Brincando e Aprendendo, assim como o Multi-Trilhas, é um jogo que pode ser entendido como uma atividade ludopedagógica para crianças surdas, reforçando que o aspecto lúdico é um componente importante do processo de ensino e aprendizagem da criança surda.

Podem ser mencionados, ainda, alguns tradutores de texto e de voz (Português-Libras), tais como o Software de Tradução Libras e o *Hand Talks*. O primeiro foi desenvolvido pela UFPB, que, em parceria com o Ministério do Planejamento, lançou um *software* com a finalidade de traduzir conteúdos digitais para Libras. Denominado VLibras, esse *software* público, capaz de identificar cerca de onze mil códigos (sinais), proporciona a tradução de textos, áudios e vídeos na língua de Sinais para pessoas que tem deficiência auditiva³².

Já o *Hand Talk* é um aplicativo criado com o objetivo de traduzir textos do português para a língua de sinais, podendo ser usado em celulares *Android* e *iPhone*. O aplicativo pertence a à empresa *Hand Talk*, plataforma tradutora de conteúdos da Língua Portuguesa para a Língua de Sinais, que, recentemente, adquiriu o aplicativo *Pro Deaf*, desenvolvido pela UFPE, também utilizado para beneficiar pessoas surdas, mediante a tradução de conteúdos da LP para a língua de sinais.

Essas tecnologias tem sido de extraordinária importância para que as pessoas surdas possam ter acesso à educação. Contudo, não se pode deixar de afirmar que ainda falta muito para que pessoas surdas tenham efetivamente reconhecido, na vida cotidiana escolar, o direito de acesso à educação.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa concluiu que as novas tecnologias educacionais podem garantir ao surdo o acesso à educação, compreendido como direito da personalidade. Ela identificou diversas concepções do direito à educação do surdo e as principais são o oralismo, a comunicação total e o bilinguismo.

O oralismo, concebido por Samuel Heinicke, concebe a surdez como doença (patologia) que precisa ser curada, direcionando a criança para o campo da normalidade. Por essa concepção, o surdo necessita ser tratado por especialistas (pedagogo, fonoaudiólogo) que despertem, nele, o desejo de ouvir. A linguagem utilizada não era a do surdo, mas a dos ouvintes.

A comunicação total, adotada no Brasil ainda na década de 1970, não negava o oralismo, mas foi criada para ser seu complemento. Utiliza-se a forma oral, mas também a escrita e, ainda, contava de aparelhos de ampliação sonora, valendo-se de tecnologias.

O bilinguismo, conforme o vocábulo sugere, trabalha com duas línguas: a dos surdos,

31 CRUZ, Mariana. Multi-Trilhas. *Educação Pública*, 2010. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/10/28/multi-trilha>. Acesso em: 12 out. 2021.

32 GABRIEL, Luiz. *Ministério lança software que traduz conteúdo digital para Libras*. (<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/05/ministerio-lanca-software-que-traduz-conteudo-digital-em-libras.html>). Acesso em: 08 dez. 2020.

baseada em sinais, e a oficial do país, que é verbal e escrita. A língua de sinais deve ser a primeira língua do surdo, ao passo que a língua oficial do país deve ser a segunda língua.

O Direito brasileiro tem sido receptivo aos pleitos das pessoas com deficiência, abrangendo os surdos. Não apenas a Constituição de 1988, mas também diversas leis reconhecem ao surdo o direito de acesso à educação.

A lei mais importante sobre o tema é a Lei n. 10.436, de 24 de abril de 2002, que reconheceu a Língua Brasileira de Sinais – Libras. Uma das conquistas mais importantes dessa lei foi ter reconhecido a língua de sinais como a primeira língua do surdo, sendo a língua oficial do país, no caso a Língua Portuguesa, a segunda.

O grande desafio tem sido, ao longo do tempo, a efetivação do direito à educação do surdo. Neste sentido, a pesquisa apontou diversas tecnologias desenvolvidas para garantir que ele tenha acesso efetivo e com qualidade aos serviços educacionais. Entre esses instrumentos tecnológicos, foram estudados o Dicionário de Língua Brasileira de Sinais, os jogos Multi-Trilhas, Libras Brincando e Aprendendo, o *Softwre* de Tradução Libras e o *Hand Talks*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Wolney Gomes (Org.). *Educação de Surdos: formação, estratégias e práticas docentes*. Ilhéus, BA: Editus, 2015.

ALVES, Francislene Cerqueira. SOUZA, Jorgina de Cássia Tannus. LIMA, Maria Eugenia de. CASTANHO, Montes. *Educação de Surdos em Nível Superior: desafios vivenciados nos espaços acadêmicos*. In: ALMEIDA, Wolney Gomes (Org.). *Educação de Surdos: formação, estratégias e práticas docentes*. Ilhéus, BA: Editus, 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Barrados: pessoa com deficiência sem acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem sobrar*. Petrópolis, RJ: KRB, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. 2. ed. Brasília: CORDE, 1999.

BARBOSA, Mônica de Góis Silva *et. al.* Língua Brasileira de Sinais e Língua Portuguesa no Processo Educacional do Aluno Surdo. In: SOUZA, Rita de Cássia Santos; BARBOSA, Josilene Souza Lima. Organizadoras. *Surdez & Libras*. Aracaju, SE: Criação Editora.

BRASIL. *Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 9.522, de 8 de outubro de 2018*. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Brasília: 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9522.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. *Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989*. Dispôs sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadora Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplinou a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília: 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000*. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília: 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.436, de 24 de abril de 2002*. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras e dá outras providências. Brasília: 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. *Lei n. 11.796, de 29 de outubro de 2008*. Institui o Dia Nacional dos Surdos. Brasília: 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11796.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.796%2C%20DE%2029,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1o%20Fica%20institu%C3%ADdo%20o,o%20Dia%20Nacional%20dos%20Surdos. Acesso em: 22 mai. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. *Educação no Século XXI*. Belo Horizonte, MG: Editora Pauson, 2019.

CAPOVILLA, Fernando César *et al.* *Dicionário da Língua de Sinais do Brasil: a Libras em suas mãos*. São Paulo: Edusp, 2017.

CICCONE, Marta. *Comunicação Total: introdução, estratégias e pessoa surda*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 1996.

CRUZ, Mariana. Multi-Trilhas. *Educação Pública*, 2010. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/10/28/multi-trilha>. Acesso em: 12 out. 2021.

DIDEROT. *Carta Sobre os Cegos Endereçada Àqueles que Enxergam*. Trad.: Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, s.d.

FACHIN, Zulmar. FACHIN, Jéssica. In: ZOUZA NETTO, José Laurindo. GIACOIA, Gilberto. CAMBI, Eduardo (Coords.). *Direito, Educação & Cidadania: estudos em homenagem ao Ministro Edson Fachin*. Curitiba: Editora Clássica, 2021, p.157-171.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Tecnologia Jurídica e Direito Digital: I congresso internacional de direito e tecnologia - 2017*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GABRIEL, Luiz. *Ministério lança software que traduz conteúdo digital para Libras*. Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/05/ministerio-lanca-software-que-traduz-conteudo-digital-em-libras.html>. Acesso em: 08 dez. 2020.

GIROLETTI, Marisa Fátima Padilha. *Aquisição da Língua de Sinais para Surdo como L1*. Indaiá: UNIASSELVI, 2017.

GOLDFELD, Márcia. *A Criança Surda: linguagem e cognição numa perspectiva sociointeracionista*. 2. ed. São Paulo: Pexus, 1997.

GRANDA, Alana. País tem 10,7 milhões de pessoas com deficiência auditiva, diz estudo. *Agência Brasil*, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-10/brasil-tem-107-milhoes-de-deficientes-auditivos-diz-estudo>. Acesso em: 11 nov. 2021.

LÉVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Trad.: Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

MOTA, Kátia Santos. Língua(gem) e Cidadania em um Mundo Pluricultural: descompassos e desafios. In: LIMA JR., Arnaud Soares de; HETKOWSKI, Tânia Maria (Orgs.). *Educação e a Contemporaneidade: desafios para a pesquisa e a pós-graduação*. Rio de Janeiro: Quartes, 2006.

NOGUEIRA, Clélia Maria Ignatius. CARNEIRO, Marília Ignatius Nogueira. SOARES, Beatriz Ignatius Nogueira. *Libras*. Maringá, PR: UniCesumar, 2018.

RODRIGUES, Carlos Henrique. *A Sala de Aula de Surdos Como Espaço Inclusivo: pensando o outro da educação atual*. In: ALMEIDA, Wolney Gomes (Org.). *Educação de Surdos: formação, estratégias e práticas docentes*. Ilhéus, BA: Editus, 2015.

SENA, Fábila Sousa de. MELO, Manoel Alves Tavares de. A Contribuição das Tecnologias Digitais no Processo de Letramento do Aluno Surdo. In: *Educação e Tecnologias: inovação em cenários em transição*. CIET - Congresso Internacional de Educação e Tecnologias. João Pessoa, PB: CIET, 2018. Disponível em: <https://cietenped.ufscar.br/submissao/index.php/2018/article/view/462/395>. Acesso em: 18 nov. 2021.

SILVA, Elma Felipe de Araujo Ferreira da. *A Língua Brasileira de Sinais e sua Importância no âmbito Educacional e Social: a prática de educacional e social*. In: BRASIL. *Educação no Século XXI*. Belo Horizonte, MG: Editora Pauson, 2019.

SILVA, Cylon Gonçalves da; MELO, Lúcia Carvalho Pinto de. *Ciência, Tecnologia e Informação: desafio para a sociedade brasileira - livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia: Academia Brasileira de Ciências, 2001.

SILVA, Giselli Mara da. O português como segunda língua dos surdos brasileiros: uma apresentação panorâmica. *Revista X*, Curitiba, v. 12, n. 2, p. 130-150, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/revistax/article/view/51140/34205>. Acesso em: 17 nov. 2021.

SOUZA, Rita de Cássia Santos; BARBOSA, Josilene Souza Lima (Orgs.) *Surdez & Libras*. Aracaju, SE: Criação Editora, 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *World Report On Hearing (Prefácio)*. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/world-report-on-hearing>. Acesso em: 28 mar. 2022.

Recebido em: 05.04.2022

Aprovado em: 04.11.2022

Como citar este artigo (ABNT):

FACHIN, Zulmar; BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. O direito à educação do surdo: desafios frente às novas tecnologias. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.46, p.64-78, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/11/DIR46-04.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO AO DESENVOLVER SUAS ATIVIDADES NA QUALIDADE DE PROFISSIONAL LIBERAL

CIVIL LIABILITY OF THE DOCTOR WHEN CARRYING OUT HIS ACTIVITIES AS A LIBERAL PROFESSIONAL

Fabício Germano Alves ¹
Isabel Letícia Vieira de Souto ²

RESUMO: Este trabalho trata da responsabilidade civil do médico na qualidade de profissional liberal. Em razão da complexidade das atividades exercidas por esses profissionais ainda persistem muitos questionamentos a respeito das obrigações e responsabilidades que pairam sobre os mesmos nas diversas especialidades de serviços prestados. O estudo do tema é pertinente considerando o aumento na demanda perante o Poder Judiciário em busca da responsabilização civil decorrente de danos causados no contexto da prestação de serviços por profissionais da área médica. O objetivo deste trabalho consiste na compreensão da regulamentação do exercício profissional dos médicos no Brasil, especificamente no que diz respeito às possibilidades de responsabilização civil dessa categoria profissional, em consonância com o que vem sendo decidido pelo Poder Judiciário nesta seara. A metodologia consiste em uma pesquisa qualitativa de natureza aplicada, descritiva e exploratória, com o intuito de propor uma avaliação formativa sobre a temática estudada. Conclui-se que, em regra, a obrigação assumida pelo médico é de meio, sendo dessa forma apurada a sua responsabilização. Além disso, a responsabilidade do profissional da medicina é bipartida no sentido de que possui natureza objetiva, quando ele desenvolve suas atividades vinculado a um hospital (respondendo solidariamente) e natureza subjetiva, quando presta serviços como profissional liberal.

Palavras-chave: responsabilidade civil; profissional liberal; médico.

ABSTRACT: This paper deals with the civil liability of the doctor as a liberal professional. Due to the complexity of the activities performed by these professionals, there are still many questions about the obligations and responsibilities that they have in the various specialties of services provided. The study of the theme is pertinent considering the increase in demand before the Judiciary in search of civil liability arising from damage caused in the context of the provision of services by professionals in the medical area. The objective of this paper is to understand the regulation of the doctors professional practice in Brazil, specifically with respect to the possibilities of civil liability of this professional category, in line with what has been decided by the Judiciary in this field. The methodology consists of a qualitative research of applied, descriptive and exploratory nature, in order to propose a formative evaluation on the theme studied. It is concluded that, as a rule, the obligation assumed by the doctors is a means, and thus its civil liability is determined. In addition, the responsibility of the medical professional is bipartite in the sense that it has an objective nature, when he develops his activities linked to a hospital (responding jointly) and a subjective nature, when he provides services as a liberal professional.

Keywords: civil liability; liberal professional; doctor.

1 Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU), Espanha. Mestre em Direito pela UFRN. Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo pela UNP. Especialista em Docência no Ensino Superior pela FMU. Professor da Graduação e Pós-Graduação da UFRN. Advogado.

2 Discente do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente texto é a análise da responsabilidade civil sob a perspectiva de diversos prismas do exercício da medicina. Muito é debatido sobre esta particularidade do âmbito civil e sua relação com a Defesa do Consumidor, mas é necessário que sejam abertas mais portas para exploração deste tema em áreas específicas e de igual ou maior complexidade fática, tal qual, a título de exemplo, o aqui estudado âmbito da medicina.

Um levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostrou que em 2016 “ao menos 1.346.931 processos com o tema saúde tramitaram no Judiciário”³, e muito pode ser analisado diante destes números. Os motivos para o crescimento exorbitante de demandas surgem desde precária infraestrutura, principalmente em centros servidores da saúde pública, como também o descaso e impessoalidade com que fornecedores de planos de saúde tratam seus consumidores, omissão no tratamento, prescrições inadequadas, erros indolentes em diagnósticos, absenteísmo, até à estagnação e falta de comprometimento na relação entre paciente e médico⁴.

Em contraposto, nota-se, ainda, a existência de muitas iniciativas fúteis partindo dos pacientes, que possuem ideias equivocadas sobre as obrigações e responsabilidades do profissional da saúde, o que os leva a cometerem abusos em suas demandas, que poderiam facilmente ser resolvidas em âmbito extrajudicial.

É diante da confusão e incerteza que ainda persistem, judicial e socialmente, sobre a aplicação da responsabilidade civil na atividade profissional da área médica que o presente texto objetiva esclarecer como pode o médico ser responsabilizado diante dos danos causados a seus pacientes, bem como identificar a necessidade ou não de comprovação de culpa ou dolo em suas ações nos diferentes casos.

Caracterizando-se este artigo por uma pesquisa de natureza aplicada, descritiva e exploratória, na medida em que empreende relacionar variáveis e conhecimentos doutrinários e jurisprudenciais com o intuito de buscar maior compreensão e esclarecimento sobre o presente tema. Ademais, serão analisados casos reais em que podem ser verificados aspectos do tema trabalhado neste artigo, sua compreensão prática e aplicação real, bem como a forma com a qual a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) lida com tais circunstâncias. Tendo todo este processo o objetivo primo e qualitativo a exposição, de forma clara, da compreensão percebida no Direito brasileiro acerca da responsabilidade civil do médico e como esta se relaciona com as raízes teóricas da responsabilidade no ordenamento jurídico atual, no intuito de apresentar uma avaliação formativa.

Em primeiro momento serão abordados os conceitos e entendimentos disseminados sobre a responsabilidade civil e sua aplicação. Em seguida o foco será guiado para a regulamentação do exercício médico, fazendo especial observação de suas regras e deveres em relação à sua responsabilização em âmbito civil. Em tópico posterior serão analisados casos que foram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

3 CIEGLINSKI, Thaís. *Judicialização da saúde*: iniciativas do CNJ são destacadas em seminário no STJ. 22 maio 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86891-judicializacao-da-saude-iniciativas-do-cnj-sao-destacadas-em-seminario-no-stj>. Acesso em: 13 out. 2018.

4 DIAS, Helio Pereira. *A responsabilidade pela saúde*: aspectos jurídicos. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1995. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/k9jnh/pdf/dias-9788575412749.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO BASE PRINCIPOLÓGICA

Antes que se possa explorar e compreender a aplicação e desdobramentos da responsabilidade civil especificamente no âmbito médico, é antes necessário assimilar a base principiológica deste estudo, a responsabilidade *lato sensu*.

O sentido amplo de responsabilidade está diretamente relacionado com dever e consequência. Existe, pois, uma imputação a uma determinada pessoa, um dever a ela imposto, gerado subseqüentemente aos efeitos de situações por ela causados a outrem. Se, por ato comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, alguém gera prejuízos a outrem, aquele recebe a responsabilidade de reparação dos danos ocorridos⁵.

Em ressalva, não obstante muito se relacione responsabilidade com a definição de obrigação, juridicamente estes conceitos não se confundem. A responsabilidade não é conceituada como um sinônimo de obrigação, mas uma repercussão desta. A obrigação é o dever de prestação que surge na relação entre devedor e credor, ou seja, possui natureza puramente pessoal e se extingue quando tal prestação for cumprida. A responsabilidade surge quando a obrigação não é sanada espontaneamente, isto é, em momento de inadimplemento da obrigação, “responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional”⁶.

A responsabilidade no âmbito civil por sua vez, possui suas próprias subdivisões. Ela pode, em primeiro momento, ser contratual, quando derivar de obrigações firmadas através de acordo contratual entre os sujeitos, sendo subordinada às regras e deveres estabelecidos por ambas as partes na relação jurídica obrigacional; mas, em outro momento pode ser extracontratual, sendo esta diretamente relacionada ao texto legal, e se caracteriza pela consequência civil de um ato ilícito, em sentido genérico, observado na legislação, como, a título de exemplo, nos artigos 186⁷ e 187⁸ do Código Civil de 2002, que, em observação ainda mais relevante para os presentes fins, disciplinam e definem os parâmetros de concepção do ato ilícito. Sucintamente, a responsabilidade de reparação de danos surge, tanto em âmbito extracontratual quanto contratual, após ato, comissivo ou omissivo, que cause danos ou afete os direitos de outrem.

Interessante é, ademais, a observação tratada no parágrafo único do artigo 927⁹, do mesmo texto legal, quanto à obrigatoriedade, ou não, de culpa em diferentes situações em que é observada a responsabilidade civil. O texto refere-se a duas diferentes modalidades, a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva, diretamente relacionadas ao conceito de culpa quanto ao ato ilícito praticado.

2.1 A aplicabilidade da culpa à responsabilidade civil

A fim de compreender como a responsabilidade civil se relaciona com a culpa enquanto conceito e teoria, faz-se necessário antes ampliar a noção do que é de fato esta tão mencionada culpa. A modalidade objetiva de responsabilidade civil será observada

5 SCHUMACHER, G. S. et al. *Erros de medicação em hospitais: uma análise bioética dos aspectos jurídicos e de saúde*. 20 mar. 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/39239/25677>. Acesso em: 29 out. 2019.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 4.

7 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

8 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

9 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

quando os únicos quesitos necessários à responsabilização são o próprio ato, o dano de fato e o nexo de causalidade entre eles¹⁰. Em outras palavras, não há aqui a necessidade de comprovação da culpa nas ações do sujeito, o nexo de causalidade entre o dano ocorrido e a conduta do agente que supostamente o causou é o único elemento que, de fato, merece maior observância e conseqüente comprovação¹¹.

Por outro lado, quando houver a necessidade de verificação da culpa para que o agente seja devidamente responsabilizado, a modalidade tratada será a subjetiva. Nesta, o comportamento do sujeito é o quesito mais importante na análise dos fatos, ou seja, a culpa, *stricto sensu* ou *lato sensu*, que permeia a conduta, seja através de ações ou omissões, que violam o direito e geram dano a terceiro¹².

Faz-se saber que quando é mencionada a responsabilidade subjetiva, por culpa do agente, a compreensão que se deve tomar, inicialmente, é a de que o sujeito agiu com uma culpa genérica, *lato sensu*, a qual compreende tanto o conceito de dolo quanto o de culpa estrita. O dolo, seja este manifestado por ação ou omissão, é a violação intencional da obrigação e conseqüente causa do dano ao direito de outrem, que, segundo Tartuce¹³, merece o mesmo tratamento da culpa grave ou gravíssima, devendo, em sua presença, a indenização paga pelo sujeito ser plena. Já a culpa estrita, ou *stricto sensu*, pode ser compreendida como a conduta do sujeito que gera uma conseqüência involuntária que desrespeita um dever anteriormente firmado, portanto, apesar da ação ou omissão espontânea do agente, não há, ao contrário do dolo, a intenção de violar a obrigação. Existem três formas pelas quais esta modalidade de culpa se manifesta, expressas no Código Civil de 2002: a imprudência, a qual Tartuce caracteriza como uma ação que exprime falta de cuidado, disposta no art. 186; a negligência, omissão que expressa falta de cuidado, também expressa no artigo 186; e a imperícia, mais complexa que as anteriores, por ser compreendida como a falta de competência para determinada conduta, observada no art. 951 do CC.

De modo geral, retomando ao ponto inicial sobre o assunto, ao propósito de sintetizar a compreensão de sua aplicação, o intrínseco elemento de causalidade está diretamente relacionado à já mencionada relação entre responsabilidade e obrigação. É o que faz da responsabilidade civil um *dever jurídico sucessivo*¹⁴, já que deriva, através da causalidade, de um *dever jurídico originário*, a obrigação. Sendo esta cumprida de forma falha, por culpa do agente, em sentido amplo, é gerada, automaticamente, sua responsabilização.

2.2 Responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro

Nascendo em raízes rígidas e ideologias estritas com o Código Criminal de 1830 e passando pelas primeiras e incontestáveis transformações no Código Civil de 1916 a alcançar os parâmetros atuais, a evolução e disseminação do conceito de responsabilidade no ordenamento jurídico nacional moldou características refinadas e contemporâneas para a aplicação eficiente de seus princípios intrínsecos.

10 LUZ, Larissa de Souza Philippi. *Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva no direito do trabalho*. 27 out. 2011. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/artigos/responsabilidade-civil-subjetiva-e-objetiva-no-direito-do-trabalho/445>. Acesso em: 13 out. 2018.

11 SOARES, Marcelo Negri; VASCONCELLOS, Tania Ferreira. *Responsabilidade civil do médico*. Jun. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/272354910_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DO_MEDICO. Acesso em: 29 out. 2019.

12 SANTANA, Felipe de Carvalho. *A responsabilidade civil extracontratual e seus pressupostos*. 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/revista/article/download/4579/2998>. Acesso em: 26 out. 2019.

13 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. v. único.

14 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.

Mesmo que o Código Civil de 2002 ainda mantenha suas raízes baseadas no caráter ideológico sumamente subjetivo da ideologia da culpa, esta, mesmo que ampla e diversificada, não acompanha todos os anseios e progressos da realidade tecnológica e industrial contemporânea.

Diante destas necessidades surgiu, no ordenamento brasileiro, uma nova e contrária ideologia, que ganhou caráter complementar à anterior e conquistou enorme credibilidade, seguindo a evolução na forma com que os legisladores pensavam a responsabilidade jurídica, a teoria do risco, que se aplica nas situações em que, ao se encarregar da prática de qualquer atividade que a outrem ofereça algum perigo, o agente está irremediavelmente obrigado a assumir a responsabilidade por tais riscos, sendo seu dever o ressarcimento por quaisquer danos ocorridos¹⁵.

A persistência da teoria da culpa e suas bases subjetivas no ordenamento jurídico brasileiro se faz presente em dispositivos como o art. 186 do Código Civil, o qual lista explicitamente formas de conduta amplamente conhecidas como modalidades de culpa, quais sejam negligência, imprudência e imperícia. Já a teoria do risco e seu ponto de vista estritamente objetivo pode ser claramente observado em leis infraconstitucionais como o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986) e dispositivos como os artigos 932¹⁶ e 933¹⁷ do Código Civil.

3 REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA DO EXERCÍCIO MÉDICO E SUA RELAÇÃO COM A RESPONSABILIDADE CIVIL

Embora ainda muito se questione, é expressiva a natureza contratual da responsabilidade civil dos profissionais da medicina. O médico, perante seu paciente, figura-se como um prestador de serviços, tomando este último a posição de cliente na relação contratual. Tal contrato possui, em regra, ao contrário do que possa ser compreendido em primeiro momento, não uma obrigação de *resultado*, mas sim, caracteriza-se por ser uma obrigação de *meio*. E a razão para isso é simples, já que esta relação contratual, na maioria dos casos, não implica em um dever de curar o paciente, mas na verdade, o encargo da prestação diligente, ética e profissionalmente adequada de cuidados médicos aos pacientes, acompanhando sempre os estudos e progressos científicos da área¹⁸.

Ao mesmo tempo em que essa essência contratual é a regra geral para o âmbito em questão, é também clara a observância de exceções; casos em que, de forma excepcional, a relação pode vir a apresentar natureza *delitual*, como por exemplo, circunstâncias nas quais o médico descumpra as normas éticas de sua profissão ou simplesmente cometa algum delito penal, dentre outras.

Enquanto obrigação contratual, a responsabilidade civil que incide sobre a relação entre médico e paciente é essencialmente subjetiva. Segundo Aguiar Dias, “o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia

15 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.

16 Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

17 Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

18 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

parecer, o resultado de presumir a culpa”¹⁹.

Por sua vez, torna-se válido ressaltar, nos singulares casos em que a relação entre médico e paciente apresenta responsabilidade objetiva, esta se relaciona não apenas com os já mencionados casos em que a ação do profissional se manifesta com danos de natureza delitual, mas principalmente com a essência de “resultado” que determinados contratos médico-paciente apresentam. Um exemplo básico desta afirmativa é o que acontece com cirurgiões plásticos ou cirurgiões dentistas, profissionais que, como será observado de forma mais detalhada posteriormente, assumem a responsabilidade de atender ao desejo de seus clientes de atingirem um resultado estético, não o de apenas prestar seus serviços de forma ética e adequada.

Toda essa realidade inerente à relação estabelecida perante os serviços médicos está diretamente ligada com esta subjetividade ou objetividade obrigacional. Enquanto na responsabilidade objetiva a culpa é presumida pelo próprio delito, a obrigação estabelecida subjetivamente necessita da demonstração da culpa lato sensu do autor para que possa de fato ser aplicada a responsabilidade civil. Em outras palavras, se o profissional não agiu diante de nenhuma modalidade de culpa, seja através de negligência, imprudência ou imperícia, e um paciente sofrer algum dano, ou pior, vier a falecer, não há que se considerar responsabilizar o médico pelo ocorrido, ao passo que este não assumiu contratualmente a obrigação de curar o paciente de sua enfermidade ou de salvar sua vida, mas o dever de apenas de assisti-lo de acordo com a ética e os métodos adequados de sua profissão.

Esta observância positiva ou negativa da culpa nas ações do profissional é de imprescindível importância no momento de projeção da lei sobre os casos práticos. Retornando aos anteriormente mencionados artigos 951 do Código Civil e 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor, é clara a ponte entre a produção de provas e a responsabilização do médico mediante sua culpa.

De modo geral, as diretrizes e proibições imprescindíveis à atuação médica estão dispostas na Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, o Código de Ética Médica (CEM). Seja de forma implícita ou explícita, podem ser observadas diversas obrigações inerentes ao contrato médico e que podem vir a responsabilizar civilmente o profissional que não seguir com os métodos adequados do ofício. É conveniente lembrar que a obrigação principal do médico é, por regra, o atendimento apropriado e a observação dos deveres éticos específicos de sua área, por consequência, sendo exigido dele “um empenho superior ao de outros profissionais”²⁰.

A Resolução nº 1.931/2009 já estabelece, a partir do primeiro Capítulo, referente aos princípios norteadores do exercício médico, diretrizes essenciais que baseiam toda a prática desta profissão. Fica claro, desde o princípio, que o objetivo principal a ser visado por um médico é o cuidado diligente e hábil com a saúde e bem-estar humano, em outras palavras, tratando de seus pacientes não apenas de acordo com atenção e responsabilidade, como também respeitando cada indivíduo, independente de qualquer particularidade ou informação que lhe venha a ser oferecida e retribuindo com um serviço adequado a confiança que seu cliente o presta.

Entre 118 artigos e quatorze Capítulos, muitas proibições e deveres implicitamente dispostos no contrato médico, suscetíveis à responsabilização civil, ganham destaque. Em

19 DIAS *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 4.

20 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 4.

consequência ao cuidado diligente protegido no hall de princípios fundamentais da profissão, é dever do médico cuidar de seu cliente com todos os meios à sua disposição e cientificamente reconhecidos, além de obrigatoriamente abster-se de abandonar seu exercício profissional e abandonar o paciente que já se encontra sob seus cuidados, não sendo admitida qualquer forma de negligência nos cuidados prestados (Artigos 8º, 32 e 36 do CEM).

É exigido que o profissional exerça sua profissão com veracidade e honestidade, sendo observadas censuras à delegação de sua atribuição a outrem não qualificado, ou à expedição de documento médico inverídico ou que supostamente justifique exercício médico não praticado (Artigos 2º e 80 do CEM). Ainda, a sinceridade do médico é um dever que tem contato direto com o sigilo sobre as informações de seus pacientes, as quais aquele está legalmente proibido de divulgar, salvo dever legal ou consentimento formal do paciente, tal qual explicitado no artigo 73 do CEM.

O dever de informar o cliente, visto com uma relação direta ao princípio da transparência, além da já mencionada observância no Código de Defesa do Consumidor, encontra contemplação especial no Código de Ética Médica. O profissional tem o dever de esclarecer ao cliente de forma clara e detalhada sobre sua enfermidade e todas as etapas do tratamento, diagnóstico e prognóstico, bem como os riscos que poderão ser corridos; esclarecer todos os detalhes e consequências sociais, ambientais e profissionais da enfermidade, bem como informar a empregadores os riscos que uma profissão pode exercer sobre a saúde de seus trabalhadores; informar a doadores e receptores sobre todos os procedimentos necessários e seus riscos durante o transplante de órgãos; comunicar todas as informações aos representantes legais nos casos em que o paciente estiver impossibilitado de manter comunicação estável; quando criador de conteúdo e autor de publicações científicas, garantir a comunicação de informações com veracidade, clareza e imparcialidade (Artigos 12, 13, 34, 44 e 109 do CEM).

Segundo o artigo 15 do Código Civil, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, afirmativa esta ainda reiterada pelo CEM. O paciente tem para si garantido o direito de livre arbítrio e de autonomia sobre o próprio ser e bem-estar, sendo, portanto, vetado ao médico o abuso de sua autoridade para impedir este direito do cliente e um dever o de garantir o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Uma exceção fulcral encontra-se em casos de possibilidade iminente de morte ou emergências que exigem intervenção imediata, nas quais o profissional, agindo de acordo com os métodos adequados e ética médica, não será observado em posição de responsabilização civil por não aguardar o consentimento do cliente ou seu representante (Artigos 22, 24 e 31 do CEM).

Um popular exemplo para tal exceção é o exímio contexto, já julgado diversas vezes em Tribunais ao redor do país, no qual um determinado paciente pleiteia ação de danos morais em desfavor de profissional médico ou estabelecimento hospitalar após ter sido submetido a determinado procedimento médico, em situação que encontrava-se sob o risco de morte, inconsciente e impossibilitado de manifestar sua vontade²¹, que, em caso de consciência, seria em sentido contrário a utilização dos tratamentos aplicados. Uma demanda em especial, analisada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, dizia respeito a uma senhora que, ao pleitear danos morais contra o médico que a prestou assistência e o hospital no qual estava

21 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v.4.

internada a submeteram ao procedimento de transfusão sanguínea em singular situação de risco. A autora afirmou, em juízo, que por questões religiosas, caso lhe fosse dada a devida oportunidade de manifestar-se sobre o procedimento, se negaria a ser assistida de tal forma. Alegou ainda, que independente de suas crenças, o tratamento de saúde é um direito do paciente e sua vontade estaria constitucionalmente protegida.

Por outro lado, em fase de defesa, a parte requerida alegou que o procedimento foi realizado em virtude do extremo risco e urgência da situação, tendo o médico e o hospital agido apenas de acordo com os ditames éticos e profissionais da área, buscando salvar a vida da paciente, dentro dos conhecimentos que tinham a sua disposição.²²

O Relator, após as devidas análises, compreendeu que, acima da proteção ao direito de escolha e manifestação de vontade da parte, bem como de sua liberdade religiosa, os fatos do caso concreto se voltavam em torno de um bem maior e ainda mais bem preservado na Constituição Federal, qual seja, a vida da paciente. Rebatendo o entendimento alegado pela requerente, foi elucidado que, de fato, o ordenamento jurídico brasileiro protege a manifestação de vontade do sujeito, mas o mesmo ocorre em situações diversas da presente, ou seja, quando não há, em pauta, a necessária preservação da vida deste mesmo sujeito, bem irrefutavelmente maior, como bem elucidado no art. 5º, *caput* da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Entretanto, mesmo verificado o risco à vida do paciente, seria ainda necessário averiguar quais formas de tratamento são possíveis diante das circunstâncias fáticas. No caso supracitado, tendo sido comprovado que a transfusão sanguínea era a forma mais segura e viável aos cuidados prestados e à manutenção da vida da paciente, não havia que ser exaltado seu direito de escolha em detrimento ao principal bem e direito em questão. Se, por outro lado, em determinada situação, um paciente, apesar do risco iminente à vida, se colocasse perante dois possíveis tratamentos, igualmente seguros, com condições iguais de sucesso, seria possível sua escolha ao método que mais lhe agrada²³.

Existe ainda uma peculiaridade importante em relação à responsabilização civil de médicos, os danos provocados ao paciente pela perda de uma chance. A interrupção de um procedimento que poderia vir a assegurar benefícios ao paciente é um retardamento irreparável dos cuidados à saúde do cliente, que acaba sofrendo prejuízos devido a esta chance desfeita. Em outras palavras, “se a chance existia, e era séria, então entra no domínio do dano ressarcível.”²⁴

Sendo uma teoria fundada em princípios como o da solidariedade social e o da reparação integral de danos, o conceito da perda de uma chance encontra ainda maior fundamento na consideração de que, se qualquer dano gerado a um direito merece ser analisado pela Justiça brasileira, não há que o dano gerado pela perda de um iminente e inegável benefício ser esquecido pelo sistema jurídico pátrio²⁵.

22 TJSP. Agravo de Instrumento nº 307.693-4/4.

23 LIGIERA, Wilson Ricardo. *A responsabilidade civil do médico e o consentimento informado*. 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-26032012-102549/publico/Ligiera_Wilson_Ricardo_versao_simplificada.pdf. Acesso em: 19 out. 2019.

24 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v.4.

25 IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. *Teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo*. 19 dez. 2012. Disponível em: www.ibdfam.org.br/noticias/4939/novosite. Acesso em: 26 out. 2019.

Muitas obrigações além das que foram instituídas no Código de Ética Médica influenciam a responsabilidade do profissional da medicina, tanto civil quanto penalmente, como por exemplo, o aborto provocado fora dos casos permitidos pela lei.

Ganha destaque, entretanto, a responsabilidade que um médico pode assumir sobre as ações de seus subordinados. É imprescindível destacar os funcionários autônomos com deveres particulares daqueles que servem diretamente a um médico em comando. Um cirurgião que dá ordens a uma enfermeira de administrar determinado medicamento que demonstra efeitos negativos no paciente responsabiliza-se pelas consequências do ato, mas uma enfermeira que por erro próprio, em exemplo, aplica injeção com componente ao qual o paciente é alérgico, responde autonomamente pelo erro²⁶.

Todavia, mesmo em face de tantas responsabilidades, é irrefutável o caráter orgânico da ciência médica. Mesmo diante de inúmeros avanços ao longo da história humana, é irremediável que ainda persistam muitos mistérios não compreendidos pela tecnologia e pesquisas científicas disponíveis à raça humana na realidade atual. É diante de tal convicção que surgem certas falibilidades médicas escusáveis de culpa.

Além do erro oriundo das incertezas científicas do exercício e conhecimento médico, é notável a imprevisibilidade que certas condições médicas apresentam, o que se caracteriza através do termo *iatrogenia*, nomenclatura dada a tais peculiares situações em que o possível dano não provém, seja de forma integral ou parcial, de uma falha no exercício médico, mas principalmente da imprevisibilidade de determinadas condições e transtornos, que possam ter desenlaces inesperados²⁷.

Esse fenômeno, denominado ainda de *iatropia* ou *iatrogenose*, dentre outras nomenclaturas, surge para conceituar e justificar os danos causados durante o exercício médico que não ocorrem em virtude de um erro profissional do agente. A lesão iatrogênica não surge, portanto, de uma má conduta do médico. Este pode, e deve, agir corretamente, conforme os ditames de sua profissão, e mesmo assim estar sujeito a enfrentar situações das quais não se encontra preparado para analisar e debruçar-se sobre, mesmo que siga todos os conhecimentos e estudos médicos disponíveis. São danos, portanto, que ocorrem não necessariamente em virtude das ações do médico, podendo este inclusive agir da forma mais correta possível nos limites da situação concreta, relacionando-se diretamente a um procedimento padrão e insubstituível que a medicina, enquanto ciência, compreende necessária aos cuidados de determinado paciente²⁸.

É importante, contudo, ressaltar o disciplinado no artigo 32 do CEM: “É vedado ao médico) deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”. O erro médico decorrente das incertezas do conhecimento científico é escusável diante apenas da insuficiência dos métodos conhecidos e funcionais atualmente aplicados pela comunidade médica. Assim, não é escusável o dano causado pelo médico que deixou de utilizar de todos os meios permitidos pelo Código de Ética de sua profissão e disponíveis a si, consequentemente cometendo um erro de diagnóstico ou operacional.

É imprescindível, ainda, recordar que cada situação, profissional, especialização médica

26 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v.4.

27 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 4.

28 ROSÁ, Amanda Borges da. *Responsabilidade civil do médico por iatrogenia*. 18 nov. 2016. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/amanda_rosa_2016_2.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

e procedimento possui suas particularidades. Nem todo exercício específico da medicina vai ser estabelecido diante de um contrato com obrigação de meio. Casos peculiares como o trabalho de cirurgiões plásticos e dentistas assumem uma obrigação contratual de resultado. Quando um cliente procura um cirurgião plástico, sua saúde já se encontra em bom estado, sendo o objetivo do contrato não o mero atendimento e cuidado adequados, mais que seja alcançado um resultado específico, pelo qual, se não cumprido, ou que em contrário, venha a resultar em prejuízo, dá ao cliente o direito de buscar ressarcimento pelos danos. Alguns casos ainda mais específicos tornam-se a exceção dentro da exceção inicial. Situações em que o trabalho do cirurgião plástico possui natureza corretiva sobre, por exemplo, queimaduras ou deformações, encontram-se observadas pelo véu de subjetividade das melhoras de possível, ou não, realização.

O mesmo pode ser observado no trabalho realizado por cirurgiões dentistas²⁹, na medida em que, em casos nos quais a saúde do paciente encontra-se já previamente debilitada e o objetivo do exercício é primariamente corretivo, consequentemente sendo observados sob a perspectiva de uma obrigação de meio, assimila-se a generalidade do trabalho dos cirurgiões dentistas como obrigações de resultado.

4 A RESPONSABILIDADE MÉDICA SOB A ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

O primeiro caso que será aqui analisado se refere à negligência médica, que causou danos ao paciente, neste caso um bebê recém-nascido. Observado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil foi reconhecida e o provimento do Recurso Especial, cujo intuito era verificar a efetividade da responsabilidade, foi unanimemente negado³⁰.

Em virtude dos problemas apresentados pelo recém-nascido prematuro, dentre os quais ganham destaque diante do caso uma insuficiência respiratória e infecção perinatal congênita, ele precisou ser mantido em incubadora, submetido à respiração artificialmente induzida por um aparelho. Entretanto, o mesmo procedimento foi comprovado como a causa das complicações posteriores no quadro de saúde do paciente. Diante dos fatos, seguindo o entendimento demonstrado pela Turma, a médica encarregada de prestar os devidos cuidados ao bebê recém-nascido agiu com irrefutável culpa.

São notáveis as reformas efetuadas no julgamento do caso ao longo dos graus jurisdicionais que foram encarregados de analisar o pleito. A Sentença do Juiz singular que foi primeiro recorrida compreendia uma responsabilidade solidária entre a médica e o hospital no qual os eventos ocorreram, determinando a ambos a compensação pelos danos gerados. Já o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça que analisou a Apelação subsequente reconheceu parcial a culpa da médica e do estabelecimento hospitalar, colocando em pauta a suposta culpa dos genitores da vítima por não submeterem o filho ao devido acompanhamento mensal com médico pediatra, bem como por não se atentarem a anomalia que acometia o filho antes do longo período de sete meses.

Por sua vez, perante o exame do STJ, nas palavras da relatora, Ministra Nancy Andrichi, a “exposição do recém-nascido prematuro a excessivas cargas de oxigênio sem proteção

29 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 4.

30 STJ. *REsp*. 1.771.881/PR. 2018/0205346-0. Rel. Ministra Nancy Andrichi. DJ: 27 dez. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802053460&dt_publicacao=06/12/2018. Acesso em: 24 jan. 2019.

aos olhos” ao qual foi, pela médica, submetido, bem como a “falta de informações corretas para seu tratamento” foram compreendidas como, de fato, as causas da cegueira irreversível que recaiu sobre o paciente. Observou-se, então, que permeou sobre a conduta da médica uma culpa *stricto sensu*, por não se restar comprovada a intenção dela em causar tais danos ao paciente, tendo agido, entretanto, com negligência, por não ter prestado seus cuidados com maior zelo e atenção durante o tratamento e diagnóstico, os quais seriam suficientes para evitar os prejuízos que sucederam.

O acórdão ressalta que o paciente recebeu alta após apenas vinte e oito dias de seu nascimento, porém os exames mais precisos que eram necessários para seu diagnóstico só foram realizados quando o bebê já estava em seu sétimo mês de vida, já tempo em que os danos causados eram irreversíveis. Foi observado, ainda, que “havia tempo hábil para uma avaliação com oftalmologista e neurologista que, caso tivesse sido feita, poderia ter mudado o destino da criança”.

A responsabilidade civil subjetiva da médica restou-se concordada entre os Ministros, a culpa estrita com a qual ela agiu, na modalidade de negligência, ou seja, sua omissão e falta de cuidado na prestação de seus serviços, se manteve percebida. Já quanto à responsabilidade solidariamente aplicada ao hospital, não foi esta extensamente dissecada e fundamentada, em face de não ter sido objeto do recurso, porém, esta se observa nos termos do artigo 14 do CDC³¹, em virtude do vínculo empregatício existente entre a médica e o estabelecimento.

Em outro caso, também abarcado pelo mesmo Tribunal, no qual, em face do diferente contexto fático, foi observado entendimento diverso do anterior, a autora do pleito justificou seu pedido de reparação de danos morais em face de hospital no qual foi atendida após apresentar os sintomas de febre alta, dores e vômito bem como a suspeita de gravidez, afirmando que o mesmo, através da figura dos quatro profissionais médicos apresentados pelo estabelecimento, efetuou um erro de diagnóstico, tendo, ainda, agido com negligência, em virtude da prescrição de medicamentos que a mesma afirmou ser alérgica³². Alegou a mesma, por fim, que após fazer nova consulta, apresentando o mesmo quadro e a documentação do exame previamente realizado, em outro estabelecimento hospitalar, verificou-se um diagnóstico diverso e, supostamente, correto, ao contrário do anterior, que se mostrou equivocado.

Justificando seu voto, o relator, Ministro Lázaro Guimarães, observou e concordou com a fundamentação trazida pelas decisões anteriormente proferidas pelos órgãos jurisdicionais inferiores, que em análise de provas e alegações, afirmaram comprovada a atuação ética e cuidadosa do hospital requerido, perante as informações que a autora os havia prestado, bem como o equipamento e conhecimento científico que possuíam os profissionais em relação aos sintomas apresentados pela paciente. Em suas palavras, não foi possível verificar a alegada culpa e ato ilícito na conduta dos profissionais, “tendo em vista que o atendimento médico foi oferecido com a devida prudência e eficiência para os sintomas” e pelo que restou verificado nos exames.

Neste caso, as provas, tanto periciais, quanto documentais, tornaram-se o imprescindível diferencial ao destino tomado pela decisão da Turma. As alegações e argumentações trazidas pela parte autora não foram suficientes para reverter o quadro apresentado pelas provas técnicas em favor do hospital requerido, que, como foi observado, agiu de acordo com suas

31 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

32 STJ. *AgInt no AREsp 633065 RS 2014/0343411-9*. Rel. Ministro Lázaro Guimarães. DJ: 06 fev. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403434119&dt_publicacao=14/02/2018. Acesso em: 24 jan. 2019.

responsabilidades legais, com zelo e atenção ao tratamento da paciente, em face de todas as informações e conhecimentos que possuíam. Em consequência, o Acórdão proferido destacou a não ocorrência do erro médico alegado, bem como o provimento do Recurso.

Outro caso interessante, também levado ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça, foi o de um paciente que, após sofrer um acidente doméstico que o levou a ter o olho direito perfurado, foi encaminhado a um hospital estadual para passar por procedimentos cirúrgicos. Por ter, após a cirurgia, perdido completamente o olho direito, ajuizou uma ação exigindo indenização por danos morais e estéticos, interpondo, após decisões negativas em instâncias inferiores, Recurso Especial mediante perante o STJ. O paciente alegava, além do erro médico, a negligência e o atraso no atendimento por parte do Estado de Santa Catarina, o qual se tornou parte passiva no processo³³.

O voto do relator deste Acórdão, Ministro Herman Benjamin, foi fundamentado, de modo sucinto, nas diversas decisões jurídicas que se sucederam contrárias à indenização pedida pelo autor. Estas demonstraram embasamento bem detalhado e técnico, em especial na apresentação de análise pericial, através da qual, como exposto pelo relator em sua fundamentação, se tornou claro que as lesões permanentes que acometeram o paciente foram causadas unicamente pelo próprio acidente e traumatismo ocular, e ainda, que seria impossível, diante das graves circunstâncias, que apesar de toda a diligência e ética profissional com a qual os médicos assistiram o paciente, alcançarem o resultado que este desejava. Além disso, a acusação direta ao Estado de Santa Catarina foi desconsiderada mediante provas coletadas em prontuários médicos e documentos, que explicitaram o pronto atendimento ao paciente.

A decisão do Tribunal que negou provimento à Apelação e posteriormente foi recorrida à reanálise do STJ concluiu como inexistente a alegada conduta omissiva do Estado e a culpa médica nos procedimentos realizados, restando improcedente o pedido, diante de todas as provas. Foi reconhecida a obrigação de meio intrínseca à relação estabelecida entre o paciente e os profissionais médicos, que não possuíam o dever objetivo de fazer com que a vítima voltasse a enxergar, ou o de fazer com que o globo ocular voltasse às perfeitas condições anteriores ao acidente. Havia naquela situação específica um mero dever, por parte dos médicos, de agirem conforme as determinações éticas e técnicas de sua profissão. Conduta que se restou comprovada perante o entendimento da 2ª Turma do STJ, que, por unanimidade, não reconheceu o recurso.

Observa-se, em todos os casos supracitados, a subjetividade da relação entre os médicos e hospitais com seus pacientes. Apresentavam, portanto, a obrigação de meio dos profissionais em prestar a devida assistência àqueles que procuram por seus serviços. Ademais, o mérito dos pedidos encontrava embasamento, em todos os julgados, na culpa dos médicos e na forma, adequada ou não, que agiram perante seus pacientes. Provou-se a prova da culpa, estrita ou genérica, portanto, como fator irrefutavelmente rigoroso para a compreensão da responsabilidade civil subjetiva, intrínseca ao caráter contratual da relação entre estes sujeitos.

31 CRUZ, Mariana. Multi-Trilhas. *Educação Pública*, 2010. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/10/28/multi-trilha>. Acesso em: 12 out. 2021.

32 GABRIEL, Luiz. *Ministério lança software que traduz conteúdo digital para Libras*. (<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/05/ministerio-lanca-software-que-traduz-conteudo-digital-em-libras.html>). Acesso em: 08 dez. 2020.

33 STJ. *REsp. 1658299 SC 2017/0022386-0*. Rel. Ministro Herman Benjamin. DJ: 16 maio. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700223860&dt_publicacao=16/06/2017. Acesso em: 24 jan. 2019.

5 CONCLUSÃO

O início necessário à compreensão da responsabilidade civil enquanto princípio e como se origina surge da distinção entre o dever de agir e o dever de reagir, ou, em outras palavras, da obrigação que determinado sujeito voluntariamente se vincula e a responsabilidade que nasce como consequência. Sendo, tal qual previamente demonstrado, conceitos diferentes e complementares, a responsabilidade, como é de fato compreendida no âmbito do direito, é um instituto que ganha significado perante a necessidade de proteger os direitos do sujeito que foram danificados pelo descumprimento de uma obrigação por outrem. A responsabilidade civil, de tal forma, parte deste conceito, é a consequência lógica ao descumprimento das obrigações de natureza estritamente pessoais que surgem da relação direta entre dois sujeitos, um devedor e outro, credor, no âmbito do direito civil.

Pode ser, portanto, extracontratual, quando tais obrigações civis se originam de um ato ilícito; mas ainda, pode ser compreendida como contratual, se as obrigações que vinculam determinado devedor surgirem de um acordo, de fato, contratual entre as partes. Sua aplicabilidade prática, por outro lado, se manifesta em duas possibilidades teóricas distintas e vigentes no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo. Pode ser objetiva ou subjetiva, e para tal distinção, a verificação da culpa na conduta do sujeito torna-se o fator crucial.

Se para a aplicação da responsabilidade civil como imputação de deveres é necessário que a conduta do agente seja permeada por negligência, imperícia, imprudência, havendo ou não sua intenção de gerar o dano que se sucedeu, comprova-se, portanto, a subjetividade da relação jurídica estabelecida entre aquele e seu credor. Em contrapartida, de forma menos complexa, nos casos em que o ordenamento jurídico positivou um dever de ressarcir danos, independentemente de qualquer manifestação de culpa nas práticas do sujeito, ou seja, de forma objetiva, com a mera comprovação do dano, a responsabilidade objetiva ganha seu mérito.

A responsabilidade civil do médico surge, diante de tal contexto teórico, em virtude da relação contratual que vincula o médico a prestar serviços e cuidados com a saúde de seu paciente. As características e naturezas desta relação, em seus diferentes casos e médicos especialistas, são o que de fato concebe a aplicabilidade deste instituto jurídico sobre tal âmbito profissional. Esta relação médico-paciente deve, portanto, ser fundada na maior confiança possível, que é construída a partir da generosidade e da segurança.

Nota-se que, em regra, o médico, perante seu paciente, não se vincula ao dever de alcançar, objetivamente, o resultado que este espera de seus serviços. A obrigação de meio desta relação contratual se manifesta pela obrigação do médico, ao cuidar de um paciente, de prestar seus serviços diligentemente, com a conduta ética e técnica exigida para tal profissão, assim, concedendo uma manutenção da saúde do paciente, de acordo com os conhecimentos e equipamentos disponíveis a sua atuação. Não há que se falar, portanto, em um dever objetivo, e certos casos milagrosos, de cura do paciente, apenas o de prestar serviços de forma correta, objetivando uma mera expectativa de melhora no quadro de saúde do paciente. A insatisfação deste, ou de seus familiares em casos mais graves em que o cliente não possa demonstrar sua vontade, para com os cuidados prestados não vincula, portanto, o profissional à indenização civil.

Em consequência deste tipo obrigacional, se aplica perante tais casos a responsabilidade civil subjetiva. Como resultado lógico do vinculado dever de conduta ética e diligente, para que seja provada a responsabilidade do médico sobre danos por ele gerados é necessária a comprovação de sua má conduta, ou seja, de culpa permeando suas ações ou omissões,

através das modalidades negligência, imprudência e imperícia. É interessante ressaltar que, esta culpa, em virtude das delicadas circunstâncias que permeiam este âmbito profissional, se amplia ainda à conduta não por ele praticada, mas por aqueles profissionais diretamente a ele subordinados, que atuam sob suas ordens e instruções. Por exemplo, aos anestesistas e enfermeiros que aplicam medicamentos como demandado pelo cirurgião chefe da equipe.

Por outra via, observou-se, ao longo do texto que embora a obrigação de meio seja, em regra, a característica norteadora dos contratos entre médico e paciente, é possível localizar, na legislação específica, a positivação de exceções, casos em que a relação entre estes sujeitos se baseia em uma imputação objetiva, qual seja, uma obrigação de resultado. Quando solicitado, o cirurgião plástico, como exemplo popular de tal exceção, vincula-se não apenas a um mero dever de prestar cuidados diligentes. O paciente, usualmente, procura seus serviços já com um bom estado de saúde, não sendo, nestes casos, necessária manutenção dela. Nestas situações, em que o objetivo é o de uma mudança específica e estética, oferecida pelo profissional de acordo as habilidades exigidas para esta especialização profissional, a insatisfação do paciente, quando não alcançado o objetivo estabelecido no contrato entre as partes, comprova em si mesma a objetividade da responsabilização imputada ao devedor.

Já quanto à responsabilidade civil aplicada ao estabelecimento hospitalar, é válido lembrar, o Código de Defesa do Consumidor é claro e objetivo ao positivar, através do previamente elucidado art. 14, por figurar posição de prestador dos serviços dos profissionais ali subordinados, tem dever objetivo pelos danos causados aos consumidores quando gerados por defeitos subjetivos na conduta de seus empregados. O paciente, ao sentir-se prejudicado por tratamento defeituoso de profissional médico tem, portanto, o direito de imputar a responsabilidade de indenização, solidariamente, a estabelecimento hospitalar quando houver relação empregatícia entre estes.

Ato contínuo, como prova realista e prática da teoria até o momento demonstrada, os casos abordados mostram de forma prática e realista o quão o ordenamento jurídico brasileiro permanece enraizado em princípios subjetivos como a teoria da culpa, mesmo diante de contrastantes expansões para âmbitos mais objetivos da compreensão da responsabilidade.

A indenização na primeira situação observada foi considerada procedente devido ao descaso e atraso no diagnóstico do quadro de saúde do paciente, que deveria ter sido, além de com antecedência, prestado diante de todos os profissionais capacitados e meios cientificamente aceitos e disponíveis. Nos dois últimos casos, porém, a perícia e a coleta de provas confirmaram como adequada toda a conduta e atendimento prestado pelos profissionais, que em tais casos viram-se diretamente ligados à natureza de meio do contrato médico, já que não estavam vinculados a nenhuma obrigação de resultado, apenas a de prestarem seus serviços adequadamente e de acordo com seu código de ética.

De forma sucinta e ampla, a observância da culpa, afirmativa ou negativamente, em todos os casos, foi imprescindível para a determinação da sentença. A regra geral da natureza de meio dos contratos entre médicos e pacientes vem à tona por ser diretamente ligada a tais conceitos.

Na primeira situação analisada esta natureza ganhou caráter coadjuvante, porém intrínseco, no processo mediante a culpa explícita da profissional que, apesar de não estar contratualmente obrigada a curar ou evitar milagrosamente qualquer enfermidade ou agravante ao quadro de saúde de seu paciente, estava vinculada a seu dever de praticar sua profissão de forma adequada, o qual é de fato o dever primo da obrigação de meio na medicina. Todavia, nos outros casos, como já citado, após comprovado o cumprimento correto da obrigação de meio no contrato, a culpa tornou-se irrefutavelmente afastada, sendo

incompatível a responsabilização civil em ambas as situações.

O fato é que do mesmo modo que o exercício médico e científico está em constante evolução e aquisição de novos conhecimentos e ideologias, a prática jurídica também se encontra. A absorção da teoria do risco, gradativamente, à aplicação da lei brasileira é apenas uma pequena prova de tal realidade. Muitas exceções à regra geral, que expõem a responsabilidade médica sob esta ótica objetiva, como, por exemplo, a já elucidada prática de cirurgias plásticas está ganhando cada vez maior destaque e debate doutrinário e jurisprudencial. Porém, mesmo que excepcional maioria doutrinária concorde que tais exercícios médicos específicos estejam sob os parâmetros desta teoria objetiva da responsabilidade, tal ideologia não é unânime e por isso ainda se mostra suscetível a muitas mudanças e aprimoramentos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Mariana. BBC News Brasil. *Com 3 ações de erro médico por hora, Brasil vê crescer polêmico mercado de seguros*. 19 set. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337>. Acesso em: 19 out. 2019.

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

BRASIL. *Código Civil*. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 23 jan. 2019.

CIEGLINSKI, Thaís. *Judicialização da saúde*: iniciativas do CNJ são destacadas em seminário no STJ. 22 maio 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86891-judicializacao-da-saude-iniciativas-do-cnj-sao-destacadas-em-seminario-no-stj>. Acesso em: 13 out. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

DIAS, Helio Pereira. *A responsabilidade pela saúde*: aspectos jurídicos. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1995. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/k9jnh/pdf/dias-9788575412749.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*: Responsabilidade Civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. *Teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo*. 19 dez. 2012. Disponível em: www.ibdfam.org.br/noticias/4939/novosite. Acesso em: 26 out. 2019.

LIGIERA, Wilson Ricardo. *A responsabilidade civil do médico e o consentimento informado*. 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-26032012-102549/publico/Ligiera_Wilson_Ricardo_versao_simplificada.pdf. Acesso em: 19 out. 2019.

LUZ, Larissa de Souza Philippi. *Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva no direito do trabalho*. 27 out. 2011. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/artigos/responsabilidade-civil-subjetiva-e-objetiva-no-direito-do-trabalho/445>. Acesso em: 13 out. 2018.

ROSA, Amanda Borges da. *Responsabilidade civil do médico por iatrogenia*. 18 nov. 2016. Disponível

em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/amanda_rosa_2016_2.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

SANTANA, Felipe de Carvalho. *A responsabilidade civil extracontratual e seus pressupostos*. 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/4579/2998>. Acesso em: 26 out. 2019.

SCHUMACHER, G. S. et al. *Erros de medicação em hospitais: uma análise bioética dos aspectos jurídicos e de saúde*. 20 mar. 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/39239/25677>. Acesso em: 29 out. 2019.

SOARES, Marcelo Negri; VASCONCELLOS, Tania Ferreira. *Responsabilidade civil do médico*. Jun. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/272354910_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DO_MEDICO. Acesso em: 29 out. 2019.

STJ. *REsp. 1.771.881/PR. 2018/0205346-0*. Rel. Ministra Nancy Andrighi. DJ: 27 dez. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802053460&dt_publicacao=06/12/2018. Acesso em: 24 jan. 2019.

STJ. *AgInt no AREsp 633065 RS 2014/0343411-9*. Rel. Ministro Lázaro Guimarães. DJ: 06 fev. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403434119&dt_publicacao=14/02/2018. Acesso em: 24 jan. 2019.

STJ. *REsp. 1658299 SC 2017/0022386-0*. Rel. Ministro Herman Benjamin. DJ: 16 maio. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700223860&dt_publicacao=16/06/2017. Acesso em: 24 jan. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. v. único.

TJSP. *Agravo de Instrumento nº 307.693-4/4*. Rel. Desembargador Maia de Cunha. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/103527/mod_resource/content/1/saude%20e%20vida%20x%20liberdade%20religiosa.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

Recebido em: 10.11.2019

Aprovado em: 23.11.2022

Como citar este artigo (ABNT):

ALVES, Fabrício Germano; SOUTO, Isabel Letícia Vieira de. Responsabilidade civil do médico ao desenvolver suas atividades na qualidade de profissional liberal. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.46, p.79-94, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/11/DIR46-05.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

DO PRESENCIAL AO VIRTUAL: A CONTRIBUIÇÃO DA MEDIAÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA PARA O ACESSO À JUSTIÇA DURANTE E APÓS A PANDEMIA DA COVID-19

FROM PRESENTIAL TO VIRTUAL: THE CONTRIBUTION OF VIDEOCONFERENCE MEDIATION TO ACCESS TO JUSTICE DURING AND AFTER THE COVID-19 PANDEMIC

Larissa Clare Pochmann da Silva¹

RESUMO: O presente texto trata da relevância das sessões de mediação por videoconferência durante a pandemia do COVID-19, como forma de contribuir para a solução adequada de conflitos. Para isso, através da pesquisa bibliográfica e documental, relembra como o cenário anômalo da pandemia modificou os hábitos, revelando a necessidade de se migrar um cenário eminentemente presencial, em que se destacava a relevância do contato olho no olho e da linguagem corporal, para telepresencial, de forma que a solução de conflitos não parasse. Porém, o desenvolvimento da videoconferência revela mesmo após o término da pandemia como uma importante possibilidade para o cenário da solução multiportas de conflitos, trazendo uma perspectiva plural entre o presencial e o telepresencial, com a contribuição da tecnologia para a solução de conflitos.

Palavras-chave: mediação; solução adequada de conflitos; videoconferência; pandemia da Covid-19.

ABSTRACT: This paper deals with the relevance of videoconference mediation sessions during the COVID-19 pandemic, as a way to contribute to the adequate dispute resolution. For this, it recalls how the anomalous scenario of the pandemic changed habits, revealing the need to migrate from an eminently face-to-face scenario, in which the relevance of eye contact and body language to telepresence was highlighted, so that the solution of conflicts did not stop. However, the development of videoconferencing reveals, even after the end of the pandemic, as an important possibility for the scenario of multi-port conflict resolution, bringing a plural perspective between face-to-face and tele-face, with the contribution of technology for conflict resolution.

Keywords: mediation; adequate dispute resolution; videoconference; Covid-19 pandemic.

¹ Pós-Doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Coordenadora do Curso de Direito do Campus Recreio (RJ). Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A mediação é um importante mecanismo para o tratamento adequado dos conflitos, permitindo que as próprias partes, através da intervenção de um terceiro neutro e imparcial, desvinculado de qualquer iniciativa de decisão, possam construir uma solução mais adequada e efetiva para o conflito.

Porém, no Brasil, as sessões de mediação ainda eram notoriamente marcadas pela presencialidade, apesar de não ser desconhecida a prática da mediação de forma *online*. Ocorre que, com a pandemia da COVID-19, essa presencialidade e aproximação acabou não sendo mais possível, em virtude da rápida e assustadora disseminação do vírus por todo o mundo.

E, por sua vez, eclodiram conflitos em diversas áreas do Direito, como nas relações trabalhistas, nas relações contratuais, nas relações administrativas, que necessitavam de uma solução adequada. Como consequência, as sessões de mediação também não poderiam parar e precisaram passar a ser realizadas de forma virtual, seja através de plataformas *online* ou da videoconferência.

Nessa perspectiva, o presente trabalho, através da análise bibliográfica e documental, com uma análise qualitativa das informações, tratará, de forma expositiva, dessa migração do presencial para o virtual no cenário da solução de conflitos através da mediação, destacando, para isso, a prática da mediação presencial no Brasil, a alteração do cenário a partir da pandemia do coronavírus (COVID-19) e a perspectiva que então se descortinou.

2 A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO PRESENCIAL NO BRASIL

A mediação, enquanto método adequado de solução de conflito, consiste a intervenção de um terceiro neutro e imparcial, desvinculado de qualquer iniciativa de decisão, escolhido apenas para auxiliar os envolvidos em determinado conflito, assessorando-os a praticarem uma comunicação construtiva, embasada nos reais interesses, para que consigam chegar voluntariamente num resultado mutuamente aceitável, mediante um procedimento confidencial tecnicamente coordenado, porém informal².

No Brasil, a Lei nº 13.140, de 2015, “impulsionou o florescimento da prática no Brasil. A partir de então, o Ministério da Educação tornou obrigatória a disciplina de soluções extrajudiciais de conflito em faculdades de Direito, enfraquecendo a cultura do litígio”³.

Porém, o florescer da mediação ainda era sobretudo a partir de sessões realizadas presencialmente. Apesar de não ser desconhecida a possibilidade de realização de mediações *online*, principalmente em Câmaras Privadas⁴, através de plataformas com alta tecnologia, acreditava-se que as mediações deveriam ser realizadas presencialmente⁵.

Um dos primeiros argumentos para a defesa da prática presencial era a de que os mediandos precisariam de um computador ou celular conectado à internet, com microfone e câmera funcionando, ferramentas estas que não estariam à disposição de todos.

2 CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.180.

3 CONJUR. Em 5 anos, Lei da Mediação ajudou a mudar cultura do litígio no país. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-27/anos-lei-mediacao-ajudou-mudar-cultura-litigio>. Acesso em: 27 jul. 2021.

4 CURY, Cesar. Câmaras de Solução de Conflitos on-line são caminho para agilizar a Justiça. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-28/cesar-cury-camaras-online-sao-caminho-agilizar-justica>. Acesso em: 18 jul. 2021.

5 ANDRÉ, Luana Otoni de Paula; VORCARO, Maria Eduarda Pereira Guimarães de Carvalho. Mediação virtual. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/330918/mediacao-virtual>. Acesso em: 27 jul. 2021.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que recentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 101, de 12 de julho de 2021, recomendando aos tribunais brasileiros a adoção de medidas específicas para o fim de garantir o acesso à justiça aos excluídos digitais, como uma preocupação em relação ao acesso às ferramentas tecnológicas que possam ser necessários para a tutela e efetivação de direitos. É importante ressaltar, ainda, que estas medidas não podem ficar restritas aos tribunais, devendo ser uma preocupação de toda a sociedade civil.

Outro aspecto apontado para priorizar a prática da mediação presencial em detrimento da virtual estaria ligado aos princípios descritos no artigo 2º da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), especialmente a confidencialidade. Em uma sala de mediação, pode-se assegurar apenas a presença do mediador, eventualmente do comediador, dos mediados e seus patronos, de forma que, salvo se constituir crime de ação penal pública, conforme previsto no artigo 30, §3º da Lei nº 13.140/2015, o que for tratado na sessão de mediação, em razão do dever de sigilo, não será divulgado.

Todavia, no cenário virtual, através da videoconferência, mesmo que as câmeras se mantenham abertas durante a integralidade da sessão, é possível que se escute o que é falado através do computador durante a sessão, já que nem todos poderão estar sozinhos em um ambiente, ou mesmo que mediados e advogados estejam ao lado de terceiros, que acabem por ter conhecimento do que é tratado na sessão de mediação.

Ademais, é preciso ressaltar, também, a necessidade de se certificar que os aparelhos utilizados estejam devidamente protegidos contra-ataques cibernéticos, de forma a assegurar que o conteúdo exposto durante a sessão concernente aos envolvidos (mediados) e/ou aos mediadores não seja evidenciado de forma indevida.

Outro ponto que tem destaque é que a mediação busca um tratamento adequado do conflito, com uma solução que atenda aos interesses de todos os envolvidos no entrelaçamento de ideias ou interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas. Para a mediação, a atenção à comunicação oral e corporal dos mediados, a forma como expressam suas emoções, à reação que apresentam ao escutarem a fala do outro podem ser cruciais para a solução mais adequada do conflito. E o contato através de uma câmera, ainda que haja uma dinâmica interação com autônoma de controle de microfones, pode dificultar essa percepção, sobretudo no caso de falhas do sinal de conexão com a internet.

Consequentemente, da mesma forma que os equipamentos virtuais, de videoconferência, estavam à disposição do Judiciário, não haveria impedimento para que a mediação se realizasse no cenário virtual, mas, tal como ocorria na prática das audiências e sessões de julgamento no Brasil, a mediação também era eminentemente presencial.

Contudo, esse cenário precisou, por questão de saúde pública, passar por uma célere transformação.

5 SCHUMACHER, G. S. et al. *Erros de medicação em hospitais: uma análise bioética dos aspectos jurídicos e de saúde*. 20 mar. 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/39239/25677>. Acesso em: 29 out. 2019.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 4.

7 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

8 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

9 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

3 A PANDEMIA DA COVID-19 E A NECESSÁRIA PRÁTICA DE ATOS PELO MEIO VIRTUAL

Em 30 de janeiro de 2020, o COVID-19, doença infecciosa causada pelo coronavírus, veio a ser constituída como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Com os níveis alarmantes de disseminação e em virtude das suas severas consequências, a partir de 11 de março de 2020, a doença foi considerada uma pandemia¹⁰.

Em decorrência desse cenário, a realidade de muitos países acabou se alterando, envolvendo o debate medidas como o distanciamento social, a quarentena e até mesmo o *lockdown*. Além disso, muitas atividades que antes eram realizadas presencialmente, foram temporariamente interrompidas ou passaram a ser realizadas de forma digital. E a mudança não se restringiu ao cenário social: a pandemia teve um forte impacto nas relações sociais e o Direito, enquanto fenômeno verificável nas relações sociais, não ficou aquém nesse cenário.

No Brasil, o processo judicial eletrônico não foi estabelecido em virtude da suspensão das atividades presenciais dos fóruns. Ele já vinha sendo pensado e regulamentado, no sentido de facilitação do acesso à justiça e da libertação dos entraves formais e burocráticos que consomem boa parte do tempo e da energia na tramitação de um processo¹¹. Como consequência, o processo eletrônico em muito contribuiu para a manutenção do tripé fundado na consagração dos direitos pela via legislativa, pela previsão dos meios para reclamá-los e pela estruturação do setor estatal que torne efetivas as reclamações¹² durante a pandemia, mantendo as atividades do Poder Judiciário, mesmo em teletrabalho.

Porém, não apenas no âmbito da mediação, como também no âmbito do Poder Judiciário, ainda era frequente tanto as audiências e sessões de julgamento, como a própria solução de conflitos, serem realizadas presencialmente. Os Tribunais por todo o país diariamente realizavam audiências e sessões de julgamento, muitas delas presenciais, mas com a utilização da videoconferência quando dependia da prática de um ato fora da comarca.

A legislação brasileira já contemplava a videoconferência, esculpida, no âmbito do processo civil, nos artigos i) 236, §3º; ii) 385, §3º; iii) 453, §1º; iv) 461, §2º e v) 937, §4º do Código de Processo Civil de 2015, além de, no âmbito do processo penal, haver referência no artigo 185 do Código, sendo, inclusive, realizados depoimentos e sustentações orais por videoconferência, com mais frequência no processo penal do que no processo civil¹³.

Também eram realizadas sessões virtuais ou *online*, que em alguns tribunais, eram sessões que, não havendo oposição das partes, advogados ou do membro do Ministério Público que atuava enquanto fiscal da ordem jurídica, ocorriam com disponibilização do voto do relator entre os julgadores, por determinado período, regulamentado pelo Tribunal e, não havendo divergência, a disponibilização do resultado do julgamento nos autos.

Todavia, durante a pandemia, audiências e sessões presenciais não foram mais possíveis. Mantiveram-se as sessões virtuais, mas foram incentivadas a realização de audiências e sessões de julgamento integralmente por videoconferência. Nem todos os Tribunais começaram a realizar sessões de julgamento e audiências por videoconferência

10 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. Acesso em: 31 jul. 2021.

11 GRECO, Leonardo. O Processo Eletrônico. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 77.

12 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 29.

13 RODRIGUES, Marco Antonio; CABRAL, Thiago Dias Delfino. *O futuro é virtual?* Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/o-futuro-e-virtual-14062020#_ftn4. Acesso em: 18 jul. 2021.

imediatamente. A iniciativa vem sendo gradativamente implementada, mas teve nítido incentivo a partir da Portaria nº 61, de 31 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, quando foi instituído, de forma facultativa, sem prejuízo de outras ferramentas que alcancem o mesmo objetivo, a Plataforma Emergencial de Videoconferência (Cisco Webex) para a realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social provocado pela pandemia do Covid-19, vindo, já em 2021, os tribunais terem de optar por uma plataforma.

Ainda durante a pandemia, é relevante mencionar a alteração no artigo 22 da Lei nº 9.099/1995, a Lei dos Juizados Especiais, pela Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020, que nele inclui dois parágrafos, passando a prever, mesmo após o término da pandemia, a possibilidade de serem realizadas audiências de conciliação não presenciais nos Juizados Especiais, mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 358, de 3 de dezembro de 2020, que regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação, que prevê que os Tribunais deverão no prazo de até 18 (dezoito) meses a contar da entrada em vigor desta Resolução, disponibilizar sistema informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação (SIREC).

Por sua vez, também no âmbito privado, começam a se disseminar as Câmaras de Solução *On-line* (ODRs), especialmente desenhadas para questões seriadas. As questões repetitivas do consumo, de baixa complexidade terão nas ODRs, um modo de solução extraprocessual, paralelo ao sistema judicial, mas sem limitação de horário ou local, notando-se uma tendência de disseminação da mediação *online* até mesmo em virtude do tempo em que acabou impossibilitada a realização de sessões presenciais de mediação.

4 A MEDIAÇÃO TELEPRESENCIAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA: PERSPECTIVAS PARA O FUTURO

A partir da disseminação da pandemia, as mediações no Brasil não poderiam mais se realizar de forma presencial. Nessa perspectiva, além da disseminação de plataformas *online*, que tem sido objeto de relevantes estudos e acompanhamentos¹⁴, tem-se como nova perspectiva a realização da mediação por videoconferência.

É certo que se espera que, com o fim da pandemia, voltem a ocorrer mediações presenciais. Porém, da mesma forma que a alteração do artigo 22 da Lei nº 9.099/1995, a Lei dos Juizados Especiais, pela Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020 trouxe perspectivas de realização de audiências não presenciais mesmo após a pandemia, parece que as mediações por videoconferência não irão acabar.

A mediação por videoconferência evita o gasto de tempo e de dinheiro com deslocamento, aproximando mediandos e mediadores independentemente de onde estejam fisicamente, mantendo uma atividade síncrona. E como enfrentar as críticas?

A mediação telepresencial pode não ser igual, mas certamente revela-se a melhor opção para que as partes não fiquem aguardando uma forma de solucionar o conflito até o fim

14 ANDRADE, Juliana Loss de; BRAGANÇA, Fernanda; DYMA, Maria Fernanda. Mediação *online*: evolução, tecnologia e desafios de acessibilidade. In: VIEIRA, Amanda de Lima; PILIA, Carlo; CURY, César Felipe; SPENGLER, Fabiana Marion. *Estudos sobre Mediação no Brasil e no Exterior*. Vol. 3. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, p.163-174.

da pandemia, para que seja realizado o ato de forma segura através da atividade presencial. É certo que o Brasil precisa desenvolver políticas públicas em relação aos excluídos digitais e a Resolução nº 101, de 12 de julho de 2021, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deve ser apenas o início de uma maior repercussão para o tema.

Porém, não haveria óbice de realização de sessões de mediação telepresencialmente mediante a coleta do prévio consentimento dos mediandos. Se houver concordância das partes e de seus advogados, que acreditam que conseguem obter uma conexão de internet e de um equipamento com microfone e câmera, não haveria razão para se aguardar a possibilidade de uma solução adequada, se pode ocorrer, através da videoconferência, a otimização de tempo para a solução do conflito. E, caso não haja consentimento, com o fim das restrições da pandemia, a mediação poderá se realizar presencialmente, sendo a videoconferência apenas mais uma opção no cenário da solução de conflitos.

Ademais, é importante que se expresse, no discurso de abertura, a importância de não haver terceiros próximos durante a sessão, certificando-se de que os mediandos e os advogados estariam sozinhos no ambiente. Deve-se, porém, considerar que cabe aos sujeitos processuais atuar de acordo com a lealdade e a boa-fé, em postura cooperativa, não apenas no processo judicial, mas principalmente quando se busca uma solução adequada do conflito.

Em relação ao risco de possíveis ataques cibernéticos, é preciso se zelar pela proteção do ambiente virtual, seja realizada a partir do próprio Poder Judiciário, em Câmaras Privadas ou através do particular, mas, em caso de qualquer risco, a videoconferência será imediatamente encerrada, sem prejuízo que seja reiniciada ou remarcada.

A videoconferência, para além do cenário não síncrono, preserva, ainda, a oralidade, que pode representar vantagens ante a transmissão e informações. A atenção ao vídeo permite que o mediador perceba a entonação, a emoção e o nervosismo e as expressões de uma das partes enquanto outro se pronuncia e, conseqüentemente, possa auxiliar as partes na construção da solução mais adequada para o conflito.

A transmissão em tempo real, e não aquela que ocorre por propostas disponibilizadas por um sistema, de forma assíncrona, com a possibilidade de todos os participantes controlarem seus microfones, permite a interação em contraditório dos sujeitos do processo.

É importante lembrar que, nesse novo cenário, não se alterou, porém, uma premissa: persistirá a relação da solução de conflitos com a Constituição, lançando-se o foco na efetividade do acesso à justiça, compreendido de forma mais ampla como o acesso à ordem jurídica justa¹⁵.

A proposta é o desenvolvimento da mediação por videoconferência durante a pandemia, mas sua permanência como mais uma forma para uma solução adequada do conflito através da mediação, com o desenvolvimento de habilidades de acolhimento, de empatia e de escuta.

5 CONCLUSÃO

No Brasil, era frequente que a mediação, enquanto método adequado de solução de conflito, tivesse suas sessões realizadas de forma presencial, o que acabou inviabilizado durante a pandemia do coronavírus. E foi justamente nesse período que eclodiram diversos conflitos nas mais variadas searas do direito, que necessitavam de uma solução adequada.

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 10. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.34.

O acesso à justiça não poderia ser obstado. Ao mesmo tempo em que ganharam evidência plataformas não síncronas, a videoconferência se tornou um importante aliado. É certo que o ambiente virtual não pode ser uma imposição, deve ser utilizado com a devida cautela.

Porém, com a concordância das partes, é possível que, através de microfones e câmeras abertas, haja a interação com lealdade, boa-fé e cooperação, atingindo-se resultados tão satisfatórios quanto na mediação presencial, especialmente com a restauração do diálogo entre as partes.

É claro que, sem o encontro físico, pode se perder as minúcias e sutilezas da seção presencial, o que se faz necessário, portanto, desenvolver outras habilidades de acolhimento, de empatia e de escuta.

Todavia, a mediação telepresencial além de ser uma importante aliada na reconstrução do diálogo durante a pandemia, deverá permanecer mesmo com o seu término, como uma tendência à incorporação da tecnologia à solução de conflitos, não como única opção, mas como apenas mais uma opção, ao lado de plataformas virtuais não síncronas e do próprio retorno da possibilidade de sessões presenciais, tendo um cenário mais amplo à disposição das partes para a escolha de como se realizará a mediação enquanto meio adequado de restauração do diálogo e da solução de conflitos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Juliana Loss de; BRAGANÇA, Fernanda; DYMA, Maria Fernanda. *Mediação online: evolução, tecnologia e desafios de acessibilidade*. In: VIEIRA, Amanda de Lima; PILIA, Carlo; CURY, César Felipe; SPENGLER, Fabiana Marion. *Estudos sobre Mediação no Brasil e no Exterior*. Vol. 3. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, p.163-174.

ANDRÉ, Luana Otoni de Paula; VORCARO, Maria Eduarda Pereira Guimarães de Carvalho. *Mediação virtual*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/330918/mediacao-virtual>. Acesso em 27 jul. 2021.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 2 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CONJUR. Em 5 anos, Lei da Mediação ajudou a mudar cultura do litígio no país. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-27/anos-lei-mediacao-ajudou-mudar-cultura-litigio>. Acesso em 27 jul. 2021.

CURY, Cesar. Câmaras de Solução de Conflitos on-line são caminho para agilizar a Justiça. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-ago-28/cesar-cury-camaras-online-sao-caminho-agilizar-justica>. Acesso em 18 jul. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 10. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRECO, Leonardo. O Processo Eletrônico. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 77-94.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Org); GOMEZ, Francisco Gorjón (Org) ; SILVA, Larissa Clare Pochmann; ALMEIDA, Marcelo Pereira (Orgs). *Estudos sobre Mediação no Brasil e no Exterior*. Vol. 2. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. Regime de Plantão Extraordinário e Tribunais Online em Tempos de Coronavírus e seus Efeitos no Direito Processual: Presente e Futuro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Orgs.). *A Pandemia e seus Reflexos Jurídicos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, p. 345-357.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. Acesso em 31 jul. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação On Line e as Novas Tendências em Tempos de Virtualização por Força da Pandemia de Covid-19. Disponível em <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/AMEDIACCAOONLINEEASNOVASTENDENCIASEMTEMPOSDEVIRTUALIZACAOFORCADAPANDEMIADCOVID19>. Acesso em 31 jul. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação*. Curitiba: CRV, 2017.

ROCHA, Felipe Borring. *Audiência de conciliação não presencial nos juizados especiais cíveis: primeiras reflexões sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.994/2020 na Lei nº 9.099/1995*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/audiencia-de-conciliacao-nao-presencial-nos-juizados-especiais-civies-primeiras-reflexoes-sobre-as-alteracoes-promovidas-pela-lei-n-13-994-2020-na-lei-n-9-099-1995>. Acesso em 4 jun. 2020.

RODRIGUES, Marco Antonio; CABRAL, Thiago Dias Delfino. *O futuro é virtual?* Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/tribuna-da-advocacia-publica/o-futuro-e-virtual-14062020#_ftn4. Acesso em 18 jul. 2021.

ROSA, Alexandre Moraes da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; WOLKAT, Erik Navarro. *Inteligência Artificial e Direito Processual*. Os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 65-82.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Poder Judiciário e COVID-19 no Brasil: Panorama e Perspectivas sobre o Processo Eletrônico, as Audiências e Sessões de Julgamento por Videoconferência e a Produtividade. In: Simone Alvarez Lima. (Org.). *Aspectos Jurídicos e Econômicos da Pandemia de COVID-19 no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, v.1, p.1-20.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da; ALMEIDA, Marcelo Pereira; FONSECA NETO, Ubirajara. A pandemia do Covid-19 e os julgamentos por videoconferência: a realidade brasileira e a galinha do vizinho. 2020. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-142-a-pandemia-do-covid-19-e-os-julgamentos-por-videoconferencia-a-realidade-brasileira-e-a-galinha-do-vizinho>. Acesso em 31 jul. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Recebido em: 15.11.2021

Aprovado em: 24.11.2022

Como citar este artigo (ABNT):

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Do presencial ao virtual: a contribuição da mediação por videoconferência para o acesso à justiça durante e após a pandemia da covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.46, p.95-102, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/12/DIR46-06.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

COMPARTILHAMENTO DE MANDATOS COMO ESTRATÉGIA PARA MITIGAÇÃO DA CRISE DE REPRESENTAÇÃO NO BRASIL

SHARING MANDATES AS A STRATEGY TO MITIGATE THE REPRESENTATION CRISIS IN BRAZIL

Matheus José Vequi¹
Clovis Demarchi²

RESUMO: Mandato compartilhado e mandato coletivo são instrumentos que permitem a coparticipação em um mandato individual, outorgando a um grupo de cidadãos o poder de intervenção nas decisões políticas e administrativas relativas ao exercício do cargo legislativo, rompendo a lógica do mandato tradicional, em que o parlamentar atua livremente, observando apenas seus próprios interesses e opiniões. O objetivo da presente pesquisa é analisar a relevância das iniciativas de compartilhamento de mandato em um contexto de acentuada crise de representação. Como problema tem-se: de que maneira o compartilhamento de mandatos apresenta-se como uma estratégia para a atenuação da crise representativa no Brasil? Tratou-se dos limites da representação e da caracterização da difundida crise na democracia representativa, além relevância do princípio da soberania popular e da participação do cidadão no processo legislativo. Analisou-se os instrumentos de compartilhamento de mandato, sua conceitualização e potencialidades para atenuar a crise representativa. Concluiu-se que as estratégias de compartilhamento de mandatos legislativos demonstram potencial para resgatar parte da credibilidade dos parlamentares e da representação democrática, agindo de modo a atenuar o contexto de crise representativa, observado o maior controle do cidadão sobre a atividade do representante. Utilizou-se o método hipotético dedutivo com pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: mandato compartilhado; mandato coletivo; representação; soberania popular;

ABSTRACT: The shared mandate and the collective mandate are instruments that allow co-participation in an individual mandate, granting a group of citizens the power to intervene in political and administrative decisions related to the exercise of legislative office, breaking the logic of the traditional mandate, in which the parliamentarian acts freely, observing only their own interests and opinions. The objective is to analyze the relevance of mandate sharing initiatives in a context of a severe representation crisis. As a problem, how does mandate sharing present itself as a strategy to mitigate the representative crisis in Brazil? It was about the limits of representation and the characterization of the widespread crisis in representative democracy, in addition to the relevance of the principle of popular sovereignty and citizen participation in the legislative process. The mandate sharing instruments, their conceptualization and potential to mitigate the representative crisis were analyzed. It was concluded that strategies for sharing legislative mandates demonstrate the potential to rescue part of the credibility of parliamentarians and democratic representation, acting in order to mitigate the context of representative crisis, observing the greater control of the citizen over the activity of the representative. The hypothetical deductive method was used with bibliographical and documentary research.

Keywords: shared mandate; collective mandate; representation; popular sovereignty.

1 Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/Brasil). Mestre em Estudos Políticos pela Universidad de Caldas (UCALDAS/Colômbia). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2552-1497>. E-mail: matheusvequi@edu.univali.br.

2 Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Curso de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI/Brasil. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9819761828844957>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0853-0818>. E-mail: demarchi@univali.br.

1 INTRODUÇÃO

As críticas voltadas a necessária construção e desenvolvimento de novas ferramentas no campo da participação popular, especialmente nas temáticas ligadas à representação democrática, são lugar comum no debate acerca da qualidade da democracia brasileira.

Neste sentido, o artigo aborda as estratégias de compartilhamento de mandato como resposta à crise de representação. Tendo em vista, a investigação proposta, elucida-se, previamente, que mandatos coletivos e compartilhados se caracterizam por permitirem a coparticipação em um mandato individual, outorgando a um conjunto de indivíduos o poder de definição nas escolhas comuns ao exercício da prática parlamentar. O artigo tem como objetivo analisar a relevância das iniciativas de compartilhamento de mandato em um contexto de acentuada crise de representação. Assim, definiu-se a seguinte problemática: de que maneira os instrumentos de compartilhamento de mandato, no âmbito do poder legislativo, apresentam-se como estratégia para a atenuação da crise representativa no Brasil?

Tendo em vista o problema levantado e o objetivo proposto, na primeira parte apresentou-se o conceito e os parâmetros que norteiam a representação democrática, fazendo uso de dados auferidos em diversas pesquisas de opinião para medir o alastramento da crise representativa. No tópico seguinte, tratou-se da importância do princípio da soberania popular e da participação do cidadão no processo democrático. Por fim, foram analisados os instrumentos de compartilhamento de mandato, sua conceituação, difusão e potencialidades para atenuar a crise de representação.

Durante a pesquisa bibliográfica, optou-se por utilizar como principais aportes teóricos para uma reflexão sobre o princípio da soberania popular, autores como Sartori³ e Benevides⁴. Para o aprofundamento do estudo da representação democrática e seus limites, foram visitadas as doutrinas de Bobbio⁵ e Hirst⁶, e, por fim, visando a análise das potencialidades apresentadas pelos mandatos coletivos e compartilhados, valeu-se de Secchi *et al.*⁷. Utilizou-se o método hipotético dedutivo com pesquisa bibliográfica e documental.

2 A REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA: SEUS LIMITES E SUA CRISE

Ao tratar das formas de representação, Bobbio⁸ expõe a complexidade de delinear um conceito que abarque todos os seus sentidos. Contudo, afirma que, genericamente, pode-se definir a representação política como o procedimento pelo qual as decisões coletivas não são tomadas por toda sociedade, mas sim por pessoas por elas eleitas com este objetivo. Assim, é possível afirmar que a democracia representativa se caracteriza como o governo formado por um órgão central, composto por indivíduos eleitos, de onde partem as deliberações. Tal instituição central poderá ser o parlamento, a presidência da república e qualquer outro órgão do Estado que vise a representação do cidadão.

3 SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

4 BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa: Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1996.

5 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 14. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Terra e Paz, 2017.

6 HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites: O Estado, a Sociedade Civil e o Colapso do Socialismo Soviético*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

7 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYÁÚ, 2019. 118 p. Disponível em: https://www.raps.org.br/2020/wp-content/uploads/2019/11/mandatos_v5.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020, p. 15.

8 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 14. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Terra e Paz, 2017, p.73-76.

Bobbio⁹ ensina que para definir um sistema de representação duas perguntas deverão ser respondidas, são elas: “Como representa?” e “que coisa representa?”. A primeira pergunta refere-se a forma de representação. Assim, poderá o representante agir como um fiduciário ou um delegado. Tal escolha é sumariamente importante, pois enquanto o delegado está vinculado ao representado, sendo apenas condutor da vontade do eleitor e podendo ter seu mandato revogado a qualquer tempo, o fiduciário agirá com maior independência, já que, contando com maior confiança do representado, poderá deliberar de acordo com seu discernimento.

A segunda pergunta relaciona-se ao objeto da representação, ou seja, o representante eleito representará a nação ou os interesses privados de seus eleitores. No primeiro caso, tem-se a chamada representação política, em que a partir do momento em que é eleito o representante deve representar os interesses gerais dos cidadãos que compõem a sociedade, já no segundo, o representante é chamado a representar os interesses privados dos seus eleitores ou de determinada categoria. Em regra, a maioria das democracias representativas adota a proibição dos mandatos imperativos, ou seja, a proibição da representação dos interesses.

Bonavides¹⁰ destaca que, em princípio, o sistema representativo era caracterizado pela doutrina da duplicidade, marcada pelo livre exercício do mandato do representante. Nesta óptica, pressupõe-se que, desde quando eleito, o parlamentar pode exercer suas escolhas independente da vontade do representado, pois gozando de sua confiança, será “senhor absoluto de sua capacidade decisória, volvido de maneira permanente para o bem comum”.

A partir século XX, com o advento do sufrágio universal, emerge a doutrina da identidade. Esta baseia-se na existência de apenas um interesse entre governantes e governados, buscando, com os novos arranjos da democracia representativa, “estabelecer a identidade e a suprema harmonia da vontade”, guardando o princípio da soberania popular¹¹. O autor chega a afirmar que a doutrina da duplicidade “parece haver entrado já no cemitério das noções constitucionais de direito positivo.”¹²

Ao contrário disto, no entanto, firmou-se no legislativo de diversas democracias ocidentais¹³, inclusive a brasileira, o modelo de representação fiduciária, baseado num laço de confiança, em que o parlamentar se pauta a partir de sua visão e concepção da sociedade para definição de seus respectivos votos. Decorre disto o fato de que nem sempre as deliberações das casas legislativas acompanham os desígnios da sociedade.¹⁴

Neste sentido, Hirst¹⁵ percebe a democracia representativa como um instrumento que, ao combinar sucessos e fracassos, obtêm êxito na tarefa de legitimar o poder governamental, mas oferece poucos meios de participação e um limitado nível de fiscalização sobre as decisões oriundas dos centros de poder.

A pesquisa de opinião realizada pelo *Ideia Big Data*¹⁶ auxilia a corroborar esta tese. Dentre as 1.500 pessoas com idade igual ou superior aos 18 anos, que foram ouvidas entre os dias 24 e 28 de janeiro de 2018, 96% afirmaram não se sentir representadas pelos políticos, sendo que 95% acreditam que os atuais representantes não são transparentes.

9 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 14. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Terra e Paz, 2017, p.76-77.

10 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.203-207.

11 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 210-215.

12 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 210-215.

13 Veja: DEMARCHI, Clovis. Crise do estado e da democracia no contexto da globalização. *Revista Jurídicas, Manizales*, Colômbia, 16 (2), p.29-44. 2019. Disponível em: [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas16\(2\)_3.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas16(2)_3.pdf). Acesso em: 20 jun. 2020.

14 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYÁU, 2019, p. 94.

15 HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites: O Estado, a Sociedade Civil e o Colapso do Socialismo Soviético*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 12-13.

16 G1. Brasileiros não se sentem representados por políticos em exercício, aponta pesquisa. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/brasileiros-nao-se-sentem-representados-por-politicos-em-exercicio-aponta-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 17 jun. 2020.

Assim, como explica o autor¹⁷, quando se passa a questionar “a noção de representação, a democracia moderna deixa de ser uma fórmula de poder delegado *pelo povo* e converte-se, ao contrário, numa forma de poder exercido por políticos profissionais e funcionários públicos *sobre o povo*”.

É importante perceber, a partir disto, as falhas da teoria clássica da democracia ao não capturar a multiplicidade de cenários possíveis na prática do processo legislativo. De modo que, num contexto de baixa representatividade, faz-se necessário apontar, mesmo com o risco de sinalizar o óbvio, que as decisões das assembleias legislativas não são decisões do povo, titular da soberania nos regimes democráticos, mas decisões de seus representantes eleitos, que possuem elevado grau de liberdade para atuação parlamentar.¹⁸

É em razão disto que a democracia representativa torna possível a coexistência de um regime democrático no qual 89% dos brasileiros creem que os políticos não pensam na população no momento da tomada de decisão¹⁹. Nestas circunstâncias ganha força a noção de “despotismo eletivo” apontado por Hirst²⁰, em que a partir do momento em que são eleitos os políticos podem agir de acordo com vontades particulares sem grandes empecilhos, visto os ínfimos mecanismos de controle exercidos pelo povo, que apenas indica, pelo voto, pessoas a fazer em seu nome.

Destaca-se que a crise na democracia representativa perpassa o baixo sentimento de representação, sendo também sensível a percepção de corrupção no âmbito do serviço público e a baixa oxigenação dos quadros políticos, que se materializa pela atuação de poderes oligárquicos.²¹

A distância existente entre governantes e governados pode ser observada em situações como a entrevista concedida pelo deputado Rogério Marinho, do PSDB do Rio Grande do Norte, ao Portal Uol²² em 2017. Na época em que havia intensas discussões sociais sobre reforma da previdência, revelou as circunstâncias que considerava favoráveis à aprovação da reforma trabalhista, qual era relator. Afirmou que a reforma da previdência forneceu para a reforma trabalhista uma “espécie de cortina de fumaça. Só se discute a reforma da Previdência, só se fala da reforma da Previdência. Está fora do radar a reforma trabalhista. E é bom que seja assim”.

Noutro caso recente, destaca-se a exposição do então Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles²³, em reunião ministerial ocorrida em 22 de abril de 2020. Para ele, o Governo Federal deveria “aproveitar a oportunidade” da menor cobertura da imprensa sobre o noticiário

17 HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*: O Estado, a Sociedade Civil e o Colapso do Socialismo Soviético. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 36.

18 HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*: O Estado, a Sociedade Civil e o Colapso do Socialismo Soviético. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 33.

19 G1. Brasileiros não se sentem representados por políticos em exercício, aponta pesquisa. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/brasileiros-nao-se-sentem-representados-por-politicos-em-exercicio-aponta-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 17 jun. 2020.

20 HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*: O Estado, a Sociedade Civil e o Colapso do Socialismo Soviético. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 34.

21 Para Touraine várias razões podem originar a crise na democracia representativa, a guerra, a violência, o caos, ou até o controle exercido por grupos oligárquicos que impõem suas decisões sobre os cidadãos. TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p.18. Veja também: DEMARCHI, Clovis. A corrupção como entrave à concretização dos direitos humanos no Brasil. JUSGOV, Uminho: Braga, 2017, p.9-26. In: LOUREIRO, Flavia Noversa (Org.) A proteção dos direitos humanos face à criminalidade econômica globalizada. *Atas da Conferência Internacional*. Disponível em: https://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2018/02/A_protecao_dos_DH_face-a-criminal_eco_gl_vLETR_comp.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

22 PORTAL UOL. Novas leis trabalhistas podem começar a valer já em junho, afirma relator. 2017. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/04/17/novas-leis-trabalhistas-podem-comecar-a-valer-ja-em-junho-afirma-relator.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

23 O ESTADO DE SÃO PAULO. Salles diz em reunião que governo deve aproveitar pandemia e ‘ir passando a boiada’ em medidas regulatórias. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/salles-diz-em-reuniao-que-governo-deve-aproveitar-pandemia-e-ir-passando-a-boiada-em-medidas-regulatorias/>. Acesso em: 17 jun. 2020.

político, que ocorreu em virtude da atenção a pandemia da Covid-19, para “ir passando a boiada e mudando todo o regramento e simplificando normas. De Iphan, de Ministério da Agricultura, de Ministério de Meio Ambiente [...]”

O caráter centralizador contido nestas declarações salta aos olhos. Ora, se é a democracia o regime do poder público em público, em que a regra geral é o caráter público das informações, e, tendo em vista que numa democracia as regras devem ser estabelecidas pelos representantes em conformidade com o juízo do conjunto de cidadãos, em observância ao princípio da soberania popular e limitado pelos direitos fundamentais, é notória a existência de graves sintomas autoritários sobre figuras de destaque na política nacional. As asserções retratam de maneira fiel a rotineira arbitrariedade e descaso com que a elite política atua na proposição e deliberação de projetos de lei, com flagrante inobservância do sistema democrático.

É natural e facilmente perceptível que, em decorrência deste cenário, a sociedade almeje o estabelecimento de mecanismos que possam oferecer maior controle sobre a atuação de seus representantes eleitos. A democracia representativa clássica e suas vias consolidadas de participação entraram em fase de exaustão, comprometendo diretamente a imagem da democracia. A população anseia por “uma presença mais ativa e diretiva do corpo social, no controle dos mecanismos de exercício de poder”.²⁴

Diante do exposto, salienta-se que a presente discussão não compreende uma exaltação utópica à participação popular que, como será visto, não pode sozinha cumprir as inúmeras promessas da democracia. O objetivo da análise realizada neste tópico é perceber os limites e a crise da democracia representativa, demonstrando a necessidade de desenvolvimento de instrumentos de controle.

3 SOBERANIA POPULAR E A INSUFICIÊNCIA DAS ELEIÇÕES COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE

As relações de poder organizam a sociedade pela submissão de um indivíduo ou grupo em relação a outrem. Esta submissão ocorre frente a uma posição suprema, o que na sociedade contemporânea convencionou-se a chamar de soberania. Este poder, no entanto, só será legítimo quando “fundado, objetivamente, em uma *norma superior de conduta* e, subjetivamente, no livre consentimento dos sujeitos”.²⁵

Neste sentido, segundo Bobbio²⁶, o que caracteriza uma sociedade democrática em contraposição a outros regimes, é que nela a *norma superior de conduta*, obedecida por todos os cidadãos, sejam eles governantes ou governados, é estabelecida pela própria sociedade. Assim, o poder e o direito são vistos como duas faces da mesma moeda, já que só o poder poderá criar o direito, enquanto somente o direito estabelecerá os limites para ação do poder.

A soberania popular é um dos principais alicerces da democracia. Rousseau²⁷, por exemplo, considera que o poder supremo do Estado está diluído nos membros que compõem a sociedade, e que, ao unir-se a soberania individual de cada cidadão, forma-se então o corpo soberano, que guiado pela vontade geral detém o poder legislador do Estado.

No entanto, tendo em vista o modelo de democracia representativa, Sartori²⁸ questiona como seria possível ao povo atuar de fato como poder soberano, e não apenas no recurso

24 BONAVIDES, Paulo. *Os poderes desarmados: À margem da ciência política, do direito constitucional e da história. Figuras do passado e do presente*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.22.

25 COMPARATO, Fabio Konder. *A oligarquia brasileira: Visão histórica*. São Paulo: Contracorrente, 2017, p.12-14.

26 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 14. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Terra e Paz, 2017, p. 29-36.

27 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2016, p. 29.

28 SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, p.37.

retórico. Assim, esclarece que possuir o direito como soberano não resolve o problema da soberania popular, haja vista a possibilidade de a democracia representativa tornar-se um “despotismo eletivo”²⁹.

É exatamente por este motivo que Rousseau não admite a existência de qualquer tipo de representação. Conforme expõe Sartori,³⁰ “[...] não podemos negar que Rousseau percebeu onde residia o perigo. Isso porque, tão logo permitimos que o exercício do poder seja transferido para representantes, o parlamento se torna soberano”. E assim sendo, “o poder pode escapar novamente das mãos de seus possuidores nominais, tornando-se a soberania popular um direito de titular abstrato”.

Apesar disto, o autor³¹ afirma ser a solução encontrada por Rousseau, a de não escolher representantes, inexequível. Para ele, as democracias modernas necessitam de seu “calcanhar de Aquiles”, ou seja, dos mecanismos de transmissão de poder, mesmo que isto acarrete num menor grau de controle dos governados sobre os governantes.

É um dos objetivos das eleições, como destaca Dahl³², fornecer maior controle sobre o destino da política do país aos cidadãos. No entanto é este um controle retrospectivo do exercício mandato, ou seja, não garante que as decisões do representante eleito tenham sintonia com aquelas desejadas pelos representados. As eleições têm o papel de, no primeiro momento, oportunizar ao povo a escolha entre diferentes candidatos, e no segundo momento, descartarem ou reconduzirem ao cargo os candidatos, recompensando os bons representantes e punindo os ruins.

Neste sentido, Nicolau³³ avalia a importância do grau de responsividade para que as eleições logrem êxito em sua tarefa de punir ou recompensar os governantes. O autor, ao mesmo tempo que afirma que o mecanismo de recompensa e punição funciona nas eleições para o executivo, não acredita na sua efetividade na esfera no poder legislativo.

Justifica que é muito mais fácil atribuir a culpa a um presidente, governador ou partido político, mais perceptíveis em uma visão macro, do que observar um sistema menor, formado da junção de um número superior de indivíduos, como é o caso do poder legislativo. Além disso, apresenta um quadro alarmante do que chama de “amnésia eleitoral”, em que, conforme demonstra a pesquisa realizada pelo Estudo Eleitoral Brasileiro - ESEB, 45 dias após as eleições de 2014, 46% e 49% dos entrevistados não recordavam em quem haviam votado para o cargo de Deputado federal e Deputado estadual, respectivamente.³⁴

Em outra pesquisa realizada pela Ideia Big Data e noticiada pelo jornal O Globo³⁵, os números são ainda mais alarmantes, 79% dos entrevistados disseram não lembrar em quem votaram nas eleições de 2014, e, dos 21% que lembravam, 85% admitiram não acompanhar o trabalho do seu representante.

Para Nicolau³⁶, este efeito inviabiliza de pronto a responsabilização, afinal, se o eleitor não lembra a quem concedeu seu voto ou não acompanha seu representante eleito, como poderá avaliar sua atuação para puni-lo ou recompensá-lo na próxima eleição?

29 HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites: O Estado, a Sociedade Civil e o Colapso do Socialismo Soviético*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p.34.

30 SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, p.38.

31 SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, p.39-40.

32 DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p.107.

33 NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem? os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*. São Paulo: Zahar, 2017, p.64-65.

34 NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem? os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*. São Paulo: Zahar, 2017, p.65.

35 O GLOBO. *Honestidade é prioridade para 72% dos eleitores, indica pesquisa*. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/honestidade-prioridade-para-72-dos-eleitores-indica-pesquisa-22295728>. Acesso em: 20 jun. 2018.

36 NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem? os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*. São Paulo: Zahar, 2017, p.65.

Mesmo que num cenário hipotético no qual todo o eleitorado acompanhe de perto seus representantes eleitos, individualizando suas condutas de modo a efetivar um alto grau de responsividade, ainda assim as eleições tenderiam a não se materializar como método concreto de controle. Isto pois, como explica Hirst³⁷, o cidadão que opta por não reeleger um representante estará permanentemente colocado diante da “dependência de um conjunto muito limitado de candidatos alternativos”, podendo se basear apenas por expectativas sobre as escolhas que estes, uma vez eleitos, poderão fazer. Assim, a sociedade sempre se vê diante da necessidade de escolha entre instáveis indivíduos e siglas políticas, e não na segurança da decisão sobre a definição de políticas.

Deste modo, reconhecendo que a democracia representativa é a forma mais indicada para a organização política da sociedade, mas que a representação nem sempre é genuína e que somente as eleições não se mostram efetivas como método de controle popular sobre os cargos do poder legislativo, questiona-se: quais seriam os remédios em face da má qualidade da representação?

Surgem como alternativas as inovações proporcionadas pela gestão compartilhada de mandatos políticos e os mecanismos de correção da democracia semidireta. Estes que, segundo Bonavides³⁸, possuem a função de instituir instrumentos que garantam um governo exercido pelos representantes, sob o controle dos representados, sendo, portanto, “artefatos institucionais para tornar instrumentalmente eficaz a vontade soberana do povo”.³⁹

Contudo, Benevides⁴⁰ analisa que no atual contexto da democracia brasileira a soberania popular é mera ficção, apenas “um exercício retórico de bacharéis bem-intencionados”. Para a autora, os instrumentos de democracia semidireta são desprezados por uma suposta tentação totalitária, ou mesmo como um populismo que atrapalha a resolução dos verdadeiros “anseios democráticos”, considerados válidos apenas para os países superdesenvolvidos.

Inclusive, afirma ser provável que os mecanismos de democracia semidireta previstos no artigo 14 da Carta Magna, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, só foram aprovados pelos constituintes por saberem das dificuldades da efetivação do texto.⁴¹

A prática aponta na mesma direção, haja vista que passados mais de 30 da constituinte foram convocadas apenas duas consultas populares não obrigatórias, o plebiscito no ano de 1993 e o referendo do ano de 2005⁴². Além disso, apenas quatro leis de iniciativa popular foram aprovadas no Congresso Nacional neste mesmo período, são elas: a Lei Daniella Perez, Lei nº 8.930 de 1994; a Lei do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, Lei nº 11.124 de 2005; a Lei de Combate à Compra de Votos, Lei nº 9.840 de 1999; e a Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar 135 de 2010⁴³.

Estes dados, além de demonstrarem a baixa aplicabilidade dos instrumentos de democracia semidireta, revelam um cenário em que o princípio da soberania popular permanece

37 HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites: O Estado, a Sociedade Civil e o Colapso do Socialismo Soviético*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p.34.

38 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.275.

39 BONAVIDES, Paulo. *Os poderes desarmados: À margem da ciência política, do direito constitucional e da história*. Figuras do passado e do presente. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.25-26.

40 BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa: Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular*. 2.ed. São Paulo: Editora Àtica, 1996, p.11.

41 BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa: Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular*. 2.ed. São Paulo: Editora Àtica, 1996, p.13.

42 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE. Plebiscitos e referendos. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em: 15 jun. 2020.

43 SENADO NOTÍCIAS. Senado Federal. Projeto de iniciativa popular poderá contar com assinaturas eletrônicas, aprova CCJ. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/08/projeto-de-iniciativa-popular-podera-contar-com-assinaturas-eletronicas-aprova-ccj>. Acesso em: 15 jun. 2020.

distante da prática política. Na própria academia, como afirma Benevides,⁴⁴ os instrumentos de controle não são tratados com a importância que merecem, encarados muitas vezes como tema menor, associado a infantilidade, a ingenuidade, a nostalgia com a democracia dos antigos e a substituição da democracia representativa pela direta, e não como de fato são, um método de correção da democracia moderna, atuando de forma complementar a democracia representativa, a partir do reconhecimento de suas falhas e limitações.

Ademais, a soberania popular deve ser observada conjuntamente aos demais princípios democráticos e a própria evolução do conceito operacional da categoria democracia. De modo que, não deve ser encarada como aproximação a uma ditadura da maioria, haja vista que a democracia ultrapassa a visão procedimental,⁴⁵ do meio pelo qual define-se quem poderá tomar decisões coletivas e com quais procedimentos, abarcando também, inerentemente, um sistema de direitos fundamentais⁴⁶ que garantam a liberdade e a igualdade política no processo de formação da vontade do Estado.

Para Pateman⁴⁷, se a presença do cidadão na política se dá somente por meio das eleições e a participação acontece apenas quando na escolha do representante, a influência do cidadão nos rumos da política é mínima, pois “somente se o indivíduo tiver a oportunidade de participar de modo direto no processo de decisão [...] ele pode esperar ter qualquer controle real sobre o curso de sua vida ou sobre o desenvolvimento do ambiente em que ele vive”.

Neste cenário de crise de representação, ínfimos instrumentos de controle sobre o exercício do mandato legislativo e, em observância ao princípio da soberania popular, o próximo tópico tem por objeto a análise de iniciativas de compartilhamento de mandatos sob a óptica de suas potencialidades para atenuar a crise de representação.

4 MANDATOS COLETIVOS E MANDATOS COMPARTILHADOS

O mandato compartilhado e o mandato coletivo são instrumentos que permitem a coparticipação em um mandato individual, outorgando a um grupo de pessoas poder de definição no que compete as decisões comuns ao exercício de um cargo legislativo. Estas novas modalidades de mandato surgem em meio a um contexto de proliferação dos chamados *shared services*, que já operam em outros campos do convívio humano. Plataformas como o BlablaCar (compartilhamento de caronas), Airbnb (compartilhamento de imóveis) e Zascar (compartilhamento de automóveis), são exemplos famosos desta tendência cada vez mais comum na sociedade globalizada.

Neste cenário, como explica Secchi *et al.*⁴⁸, o mandato compartilhado rompe a lógica do mandato tradicional, aquele em que o parlamentar atua livremente, observando apenas seus próprios interesses, opiniões e as bases estabelecidas pelo partido. Isto pois, a ferramenta possibilita a intervenção de um grupo de indivíduos nas decisões políticas relativas ao exercício do cargo, como por exemplo a definição do voto nas sessões legislativas.

Em entrevista à Revista Brasileira de Tecnologias Sociais⁴⁹, dos Programas de Mestrado

44 BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa: Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular*. 2.ed. São Paulo: Editora Àtica, 1996, p.12-14.

45 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 14. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Terra e Paz, 2017, p.35.

46 DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p.62.

47 PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p.145.

48 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYÁÚ, 2019, p.15.

49 UNIVALI: *Revista Brasileira De Tecnologias Sociais*. Entrevista - Leonardo Secchi. Itajaí: Univali, v. 1, n. 2, 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rbts/article/view/7241/4123>. Acesso em: 15 jun. 2020.

em Gestão de Políticas Públicas e em Saúde e Gestão do Trabalho, ambos da Universidade do Vale do Itajaí, Secchi explica que o compartilhamento do mandato funciona como uma política pública de aconselhamento da sociedade. Para o autor, que estes instrumentos estão se difundindo pelo mundo, num contexto de contínua aproximação entre legislador e sociedade, aumentando o controle do cidadão sobre a atividade parlamentar. Para ele, é fundamental que os indivíduos não elejam “um Deputado ou um Senador que fique quatro ou oito anos distante dessa pessoa, no sentido de que ela vote de acordo com o que ela acha bom. Mas sim fazer com que esse Deputado e Senador seja obediente às vontades das pessoas que o elegeram”. Exemplifica citando “a eleição do presidente do senado, que é uma pessoa que 80% da população não gosta, mas que os nossos Senadores votaram em maioria. Aquele presidente do senado não deveria estar lá, então, existe um contrassenso”, isto pois os representantes “não falam a língua das pessoas que estão na base. O que a sociedade clama é isso, que os Deputados sejam realmente controlados através de esquemas participativos e de inserção das pessoas nos mandatos”.

Para dizer-se compartilhado ou coletivo, o mandato deverá possuir no mínimo dois integrantes, não havendo limitação. No Brasil existem grupos que contam com 5 pessoas, como visto no mandato coletivo exercido pelo Vereador João Yuji do Podemos, no município de Alto Vale do Paraíso, Goiás, até aqueles que alcançam 300 participantes, como é o caso do mandato compartilhado do Vereador Caio Cunha, do Partido Verde, de Mogi das Cruzes, São Paulo.⁵⁰

Este movimento que visa a inserção dos “cidadãos no processo decisório de forma compartilhada” desenvolve-se em diversos países do mundo, fazendo uso de ferramentas tecnológicas para “revitalizar a relação entre representantes e representados”, visando ocupar um espaço que se originou com a crise representativa.⁵¹

Uma das principais experiências internacionais que favoreceu a expansão dos métodos de compartilhamento de mandato foi a iniciativa do Partido Direktdemokraterna⁵². Conforme exposto no site da sigla, a ideia surgiu no ano de 2000 em um seminário sobre “Tecnologia da Informação e Democracia”, em uma escola da cidade de Vallentune, na Suécia. Nas discussões decorrentes, os alunos questionavam a apatia política dos jovens, a introdução da tecnologia na política e a descrença no sistema vigente, que a despeito da alta complexidade da sociedade, insistia em reduzir os problemas a uma contraposição entre direita e esquerda.

Como resultado das discussões dentro da escola, nasceu em 2002 o Partido Demoex⁵³ (atual Direktdemokraterna), com o objetivo de aplicar as novas tecnologias na política e dar voz ao cidadão a partir da promoção da cidadania ativa, permitindo aos eleitores o direito de votar e criar projetos de leis para o município, sendo que o resultado destas deliberações replicado na câmara municipal. Os votos são contabilizados numa plataforma online, que garante por meio de login e senha o sufrágio anônimo e secreto a todos os filiados.⁵⁴

Conforme Azevedo⁵⁵, no ano de 2002, mesmo ano de fundação da sigla, a aluna Parisa Molagholi e seus colegas de classe da escola de Vallentune, foram eleitos para a

50 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYAUÍ, 2019, p.71-72.

51 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYAUÍ, 2019, p.36.

52 DIREKTDOKRATERNA. História. Disponível em: <https://direktdemokraterna.se/historia/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

53 DIREKTDOKRATERNA. História. Disponível em: <https://direktdemokraterna.se/historia/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

54 DIREKTDOKRATERNA. Regulamentos. Disponível em: <https://direktdemokraterna.se/reglemente/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

55 AZEVEDO, Mauricio Maia Vinhas de. Algumas considerações acerca de uma democracia direta eletrônica. *Revista de Ciência da Informação*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p.1-12, 21 set. 2012. Disponível em: <http://eprints.rclis.org/17599/1/Azevedo-13-4-8-2012.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2020.

câmara de vereadores da cidade com 1,7% dos votos, sendo reeleitos em 2006 com 2,6%. Até o ano de 2011 o instrumento atingiu oitocentos votos na câmara, aprovando mais de 40 petições populares.

É fundamental, antes de abordar a organização interna destes instrumentos de compartilhamento, estabelecer as diferenças existentes entre mandato compartilhado e o mandato coletivo, visto que as expressões não são sinônimas. Como explica Secchi *et al.*⁵⁶, enquanto o mandato compartilhado possui um sistema de votação individualizado para cada coparlamentar, primando pela formação de um grupo relativamente grande (mais de 100 cidadãos) e que congrega distintos perfis ideológicos, o mandato coletivo possui tamanho reduzido e, de modo geral, reúne indivíduos que atuam em causas sociais parecidas, tendo pautas marcadamente ideológicas, sem a possibilidade de participação de pessoas estranhas ao grupo, que está ligado numa relação quase que contratual estabelecida anteriormente ao pleito.

Quanto a forma de tomada de decisão, os mandatos compartilhados valem-se de instrumentos tecnológicos como websites, aplicativos e redes sociais para realizar debates e votações acerca de determinada matéria. Geralmente as decisões são tomadas seguindo a regra da maioria. Já nos mandatos coletivos, pelas facilidades decorrentes do reduzido número de integrantes, as decisões são formadas a partir da realização de debates, com exposição de argumentos para estabelecer um consenso entre toda gestão administrativa.⁵⁷

No caso do mandato coletivo do Município de Alto Vale do Paraíso, um dos integrantes, Ivan Anjo Diniz, explicou em entrevista ao portal Nexo que não há qualquer hierarquia entre os membros. Segundo ele, o grupo se reúne de forma regular para discutir as questões a serem votadas na câmara e, quando não existe consenso, a decisão é tomada por votação⁵⁸.

Para a definição do método mais adequado para auferir decisões, leva-se em conta a quantidade de participantes, localização, disposição de tempo para investir no plano de compartilhamento e acesso à instrumentos tecnológicos para realização de debates e votações. Os métodos utilizados para promover a “interação entre os coparlamentares vão desde a interação cara a cara (reuniões presenciais), interação on-line (via web, redes sociais ou aplicativo dedicado) e também a interação mista variando entre ambientes on-line e presenciais”. Estratégias de compartilhamento de mandatos podem ser desenvolvidas mesmo sem o uso de ferramentas digitais. “Entende-se que os mecanismos de interação face a face são fundamentais para reforçar o comprometimento e o entrosamento entre os coparlamentares e os objetivos coletivos”. Por outro lado, “a tecnologia permite superar barreiras geográficas, temporais e de linguagem, visto que as plataformas de comunicação on-line disponibilizam meios de discussões e levantamento de posições” de forma facilitada.⁵⁹

Ainda que mandatos compartilhados e coletivos possam ser vistos no Brasil desde a década de 1990, sua expansão deu-se nas eleições de 2016 e 2018, com o total de 98 candidaturas e 22 mandatos. Ao todo, concorreram aos pleitos eleitorais no Brasil de forma compartilhada mais de 94 candidatos em um total de 110 candidaturas distribuídas em 22 siglas, 17 estados e 50 municípios, recebendo 1.233.234 votos. Destas campanhas, lograram

56 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYÁÚ, 2019, p.89-90.

57 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYÁÚ, 2019, p.84-87.

58 NEXO: O que é mandato coletivo e quais os seus limites práticos e legais. [sem Local], 02 mar. 2018. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/03/02/O-que-é-mandato-coletivo.-E-quais-os-seus-limites-práticos-e-legais>. Acesso em: 11 jun. 2020.

59 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYÁÚ, 2019, p.86-87.

êxito 32 candidaturas, sendo 19 vereadores (73 candidaturas), 12 deputados estaduais (28 candidaturas), 01 deputado federal (08 candidaturas).⁶⁰

Mesmo com números expressivos, a falta de previsão da modalidade no ordenamento jurídico brasileiro causa certa instabilidade às propostas de mandato coletivo e compartilhado, haja vista que pelo caráter individual dos mandatos, não há obrigação legal por parte do representante investido no poder de seguir as decisões internas.

Neste sentido, a deputada federal Renata Abreu⁶¹, do Podemos de São Paulo, é autora da Proposta de Emenda Constitucional n° 379/17, que visa acrescentar o parágrafo 12 ao artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevendo a modalidade de mandato coletivo: “[...] § 12. Os mandatos, no âmbito do Poder Legislativo poderão ser individuais ou coletivos, na forma da lei.”⁶²

Para a deputada, a modalidade promove o fortalecimento da participação popular, além de expandir o conceito de representação. A PEC não regulamentará o mandato coletivo, ficando este a cargo de lei complementar.⁶³

Além do compartilhamento de poder sobre os votos do parlamentar, mandatos coletivos e compartilhados poderão abranger outros campos de atuação do representante, como por exemplo a destinação de emendas orçamentárias, a gerência das verbas e gastos do gabinete, o voto nas comissões temáticas e a elaboração de projetos de lei. Estes instrumentos podem ser construídos de modo aberto, adaptando-se a realidade de cada conjunto de coparlamentares, permitindo a customização dos meios de mediação, de votação, de ingresso no grupo e de partilha de custos de campanha.⁶⁴

Conforme expõe Secchi *et al.*⁶⁵, o compartilhamento também poderá causar inconvenientes oriundos de sua própria natureza, como é o caso das desavenças entre integrantes do grupo, divergência entre as decisões coletivas e o interesse do partido político (podendo impedir a formação de blocos parlamentares coesos), custo elevado para difusão de informações e decisões que tendam ao populismo.

No entanto, estas mesmas estratégias oferecem benefícios potenciais, como o menor custo de campanhas, maior controle social sobre o processo legislativo, aprimoramento de proposições legislativas, aumento da pluralidade do mandato, equilíbrio ideológico e estímulo ao contínuo processo de fiscalização. Acima disto, o instrumento tem o potencial de promover maior educação política aos integrantes dos grupos, reforçando sua cidadania pelo aprendizado teórico e prático de temas ligados ao direito, a administração pública, ao processo legislativo e a democracia.⁶⁶

Assim, nota-se que os mandatos coletivos e os mandatos compartilhados caracterizam-se como importantes instrumentos de inovação política para estimular a

60 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYAU, 2019, p.37-38;50.

61 MIRANDA, Tiago. Câmara dos Deputados. Proposta permite mandato coletivo para parlamentar. 2018. CÂMARA NOTÍCIAS. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/554612-PROPOSTA-PERMITE-MANDATO-COLETIVO-PARA-PARLAMENTAR.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

62 ABREU, Renata. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n° 379, de 2017. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1620713&filename=Tramitacao-PEC+379/2017. Acesso em: 10 jun. 2020.

63 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Informações de Tramitação. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2162014>. Acesso em: 17 jun. 2020.

64 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYAU, 2019, p.81-94.

65 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYAU, 2019, p.95.

66 SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYAU, 2019, p.95.

participação popular, por meio do empoderamento do cidadão, que passa a possuir maior controle sobre a atividade do representante, configurando-se assim como uma estratégia valiosa para a atenuação da crise de representação e de seus efeitos sobre o regime democrático.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Haja vista o cenário político no qual a democracia representativa falha em afirmar os interesses do cidadão, servem como combustíveis à inflamar a chamada crise de representação os recentes escândalos de corrupção, em que se constatou a institucionalização de práticas patrimonialistas, a constante utilização da máquina pública com vistas a perseguição de interesses privados e o ininterrupto processo de estabelecimento de oligarquias que visam a perpetuação no poder e a manutenção do *status quo*.

Os ínfimos instrumentos de controle da sociedade sobre seus representantes eleitos oferecem a margem de segurança necessária à proliferação de práticas não republicanas que visam a obtenção de interesses escusos, haja vista a inaplicabilidade dos mecanismos de democracia semidireta e o baixo grau de responsividade observado pelos cargos do poder legislativo, diminuindo a efetividade das eleições como meio de recompensa e punição.

Diante desta realidade, a população vê-se distante dos centros de poder e incapaz de modificar o ambiente em que vive, deparando-se com um cenário de baixa perspectiva de aperfeiçoamento da esfera política. Neste sentido, estratégias de compartilhamento de mandato possuem o potencial de propiciar ao cidadão poder e controle real sobre a atividade parlamentar, efetivando a participação e oportunizando ao indivíduo a atuação permanente na construção coletiva de um ambiente social e institucional mais adequado para o desenvolvimento socioeconômico do país.

Dado o objetivo proposto, reitera-se que os instrumentos de compartilhamento de mandato mostram-se estratégias com potencial para resgatar a credibilidade tanto dos parlamentares, quanto da representação democrática, agindo de modo a atenuar o contexto de crise representativa, observado o maior controle do cidadão sobre a atividade parlamentar. Este controle poderá atingir desde o poder de decisão final sobre o voto nas sessões legislativas, até a destinação de emendas e a deliberação sobre os gastos e a gestão do gabinete.

Em relação a problemática, as modalidades de mandatos apresentados valem-se de estratégias de mediação e votação em grupos para busca de um consenso, podendo fazer uso de ferramentas tecnológicas para discussão e definição. Portanto, abandona-se a noção de mandato privativo, em que muitas vezes o representante eleito atua distante dos compromissos e pautas assumidas durante a campanha.

Observa-se, no entanto, que os mandatos coletivos e compartilhados são apenas algumas das estratégias com potencial de atenuar a crise de representação, devendo ser percebidos dentro de um conjunto de medidas que promovam maior educação política, participação popular, transparência, prestação de contas e controle de corrupção.

Por fim, tendo em conta a recente difusão da modalidade, suas potencialidades e os poucos estudos realizados até o momento, ressalta-se, diante de um cenário político carente de inovações nas formas de representação, a necessidade do desenvolvimento de mais pesquisas ligadas a análise dos mandatos coletivos e compartilhados.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Renata. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 379, de 2017*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1. Acesso em: 20 jun. 2020.
- AZEVEDO, Mauricio Maia Vinhas de. Algumas considerações acerca de uma democracia direta eletrônica. *Revista de Ciência da Informação*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p.1-12, 21 set. 2012. Disponível em: <http://eprints.rclis.org/17599/1/Azevedo-13-4-8-2012.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2020.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa: Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular*. 2. ed. São Paulo: Editora Àtica, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 14. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Terra e Paz, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Os poderes desarmados: À margem da ciência política, do direito constitucional e da história. Figuras do passado e do presente*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Informações de Tramitação. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2162014>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A oligarquia brasileira: Visão histórica*. São Paulo: Contracorrente, 2017.
- DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DEMARCHI, Clovis. Crise do estado e da democracia no contexto da globalização. *Revista Jurídicas*, Manizales, Colômbia, 16 (2), p.29-44. 2019. Disponível em: [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas16\(2\)_3.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas16(2)_3.pdf). Acesso em: 20 jun. 2020.
- DEMARCHI, Clovis. A corrupção como entrave à concretização dos direitos humanos no Brasil. JUSGOV, Uminho: Braga, 2017, p.9-26. In: LOUREIRO, Flavia Noversa (Org.) A proteção dos direitos humanos face à criminalidade econômica globalizada. *Atas da Conferência Internacional*. Disponível em: https://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2018/02/A_protecao_dos_DH_face-a-criminal_eco_gl_vELETR_comp.pdf
- DIREKTDOKRATERNA. *História*. Disponível em: <https://direktdemokraterna.se/historia/>. Acesso em: 18 jun. 2020.
- G1. Brasileiros não se sentem representados por políticos em exercício, aponta pesquisa. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/brasileiros-nao-se-sentem-representados-por-politicos-em-exercicio-aponta-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites: O Estado, a Sociedade Civil e o Colapso do Socialismo Soviético*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.
- MIRANDA, Tiago. Câmara dos Deputados. *Proposta permite mandato coletivo para parlamentar*. 2018. CÂMARA NOTÍCIAS. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/554612-PROPOSTA-PERMITE-MANDATO-COLETIVO-PARA-PARLAMENTAR.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- NEXO: *O que é mandato coletivo e quais os seus limites práticos e legais*. [sem Local], 02 mar. 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/03/02/O-que-é-mandato-coletivo.-E-quais-os-seus-limites-práticos-e-legais>. Acesso em: 11 jun. 2020.

NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem? os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*. São Paulo: Zahar, 2017.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Salles diz em reunião que governo deve aproveitar pandemia e 'ir passando a boiada' em medidas regulatórias. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/salles-diz-em-reuniao-que-governo-deve-aproveitar-pandemia-e-ir-passando-a-boiada-em-medidas-regulatorias/>. Acesso em: 17 jun. 2020.

O GLOBO. *Honestidade é prioridade para 72% dos eleitores, indica pesquisa*. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/honestidade-prioridade-para-72-dos-eleitores-indica-pesquisa-22295728>. Acesso em: 20 jun. 2018.

PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PORTAL UOL. *Novas leis trabalhistas podem começar a valer já em junho, afirma relator*. 2017. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/04/17/novas-leis-trabalhistas-podem-comecar-a-valer-ja-em-junho-afirma-relator.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2016.

SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

SECCHI, Leonardo *et al.* *Mandatos Coletivos e Compartilhados: Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: RAPS | UDESC | INSTITUTO ARAPYAU, 2019. 118p. Disponível em: https://www.raps.org.br/2020/wp-content/uploads/2019/11/mandatos_v5.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. Senado Federal. *Projeto de iniciativa popular poderá contar com assinaturas eletrônicas, aprova CCJ*. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias>.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia?* 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE. *Plebiscitos e referendos*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em: 15 jun. 2020.

UNIVALI: *Revista Brasileira De Tecnologias Sociais. Entrevista - Leonardo Secchi*. Itajaí: Univali, v.1, n.2, 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rbts/article/view/7241/4123>. Acesso em: 15 jun. 2020.

Recebido em: 07.08.2020

Aprovado em: 14.03.2022

Como citar este artigo (ABNT):

VEQUI, Matheus José; DEMARCHI, Clovis. Compartilhamento de mandatos como estratégia para mitigação da crise de representação no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.46, p.103-116, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/12/DIR46-07.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS: AUTONOMIA E DIMENSÃO INSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE PUBLIC PROSECUTION AUDIT OFFICE: SELF-GOVERNMENT AND INSTITUTIONAL DIMENSION IN BRAZILIAN LEGAL ORDER

Aurélio Joaquim da Silva¹
Leonardo Macedo Poli²

RESUMO: Ao Ministério Público de Contas, instituição que atua junto aos Tribunais de Contas, compete a fiscalização do ordenamento jurídico e a defesa do erário, nos termos do sistema normativo de controle externo brasileiro, para o que atua requerendo as medidas de interesse do erário, perante o Tribunal de Contas junto ao qual atua, o que, em última instância, promove-o a órgão protetor dos direitos fundamentais. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a instituição, embora não seja dotada de autonomia administrativa e financeira, tem assegurada a seus membros a independência funcional no exercício de suas atribuições. Nesse sentido, observa-se a imprescindibilidade da atuação do Ministério Público de Contas junto aos Tribunais de Contas como forma de garantir a eficiência em referido órgão de controle externo, no que diz respeito ao combate à corrupção nas contas públicas. Na elaboração do presente artigo o campo de estudo foi dado notadamente pela doutrina do Direito Constitucional e Administrativo, cuja metodologia foi pautada pela dogmática abstrata hermenêutica e analítica e pragmática com o objetivo de analisar e avaliar a autonomia institucional e administrativa deste órgão na estrutura da federação brasileira.

Palavras-chave: autonomia institucional; contas públicas fiscalização; independência funcional; Ministério Público de Contas.

ABSTRACT: The Public Prosecution Audit Office, institution that actuates in the Audit Courts, examines the legal order and the defense of public resources, according to the external control Brazilian legal system. For this, the institution makes petitions that defends public resources, in Audit Courts, being the protector of fundamental rights. The precedents of Brazilian Supreme Court understand that the institution doesn't have administrative and financial autonomy, but its members, the Public Prosecutions, have functional independency in its attribution. In this way, we observe the indispensable action of Public Prosecution Office in the Audit Courts, as a way of guarantee the efficiency in this external control authority, related to the corruption effort in public accounts. In the elaboration of this article, the field of study was given notably by the doctrine of Constitutional and Administrative Law, whose methodology was guided by abstract hermeneutic and analytical and pragmatic dogmatics with the objective of analyzing and evaluating the institutional and administrative autonomy of this organ in the structure of the federation Brazilian.

Keywords: functional independence; inspection; institutional autonomy; public accounts; Public Prosecution Audit Office.

1 Mestre em Direito e Doutorando em Direito pela PUC/SP. Registrador de imóveis em Minas Gerais. Professor de curso de pós-graduação do CAD (Centro de Atualização em Direito). ORCID n.: 000-0003-4647-7245.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor na UFMG e na PUC Minas. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. ORCID n.: 0000-0001-9632-0225.

1 INTRODUÇÃO

O Ministério Público de Contas, também denominado Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, é instituição que atua junto aos Tribunais de Contas, à qual compete a guarda da lei e a fiscalização da sua execução, nos termos da legislação que rege o sistema normativo de controle externo brasileiro, cabendo-lhe sempre, em última instância, a defesa do erário.

O Ministério Público de Contas é instituição essencial à democracia e ao sistema de controle externo, tratando-se de órgão de extração constitucional.

Entre suas atribuições, consta a defesa da ordem jurídica, para o que atua requerendo as medidas de interesse da justiça, da administração e do erário, perante o Tribunal de Contas junto ao qual atua, além de proceder à condução de procedimentos investigatórios, o que, em última instância, promove-o a órgão protetor dos direitos fundamentais.

Além dessa função precípua, compete-lhe, ainda, promover, perante a Advocacia-geral do Estado ou as procuradorias dos Municípios, as medidas necessárias à execução das decisões do Tribunal de Contas, bem como acompanhar referida execução, conforme art. 130 da Constituição Federal de 1988, reiterado nas respectivas Constituições Estaduais em razão do princípio da simetria, conforme a seguir explicaremos, bem assim nas respectivas leis orgânicas das Cortes de Contas.³

Ademais, compete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, no exercício da fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial da Administração Pública, nos aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade, conforme artigos 70 e seguintes da Constituição da República.

Assim, as funções e deveres institucionais do *Parquet* de Contas podem garantir a eficiência nos Tribunais de Contas, na medida em que, além da defesa do erário, atribuição exercida em suas funções de *custos legis* e de realização de procedimentos investigatórios, compete-lhe promover as medidas necessárias à execução de decisões dos Tribunais de Contas bem como acompanhar essa execução.

A corrupção como desvios de recursos públicos é entendida como agressão aos direitos humanos, como leciona Regis Fernandes de Oliveira.⁴ O que há de comum a praticamente todas as obras públicas realizadas no Brasil, segundo Carnot Leal Nogueira, é a facilidade com que podem ser usadas para atos de corrupção e a quase absoluta certeza da impunidade caso os atos de corrupção sejam perpetrados. Assim, o Brasil perde, a cada obra pública onde há corrupção, não somente uma oportunidade de construir obras necessárias para seu desenvolvimento, mas também, os recursos empregados na obra, bem como aqueles necessários para o pagamento dos danos decorrentes das obras não executadas, executadas parcialmente, ou executadas sem a devida qualidade.⁵

Trata-se, assim, de órgão administrativo que tem como uma das funções precípua o combate à corrupção⁶, notadamente as relativas à execução das decisões dos Tribunais de

3 MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas*. São Paulo: Boletim de Direito Administrativo, ano VIII, nº 2, 1992, p. 83-99.

4 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *A corrupção como desvio de recursos públicos: a agressão aos direitos humanos*. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 677-695.

5 NOGUEIRA, Carnot Leal. *A necessidade de ações integradas dos Tribunais de Contas e do Ministério Público no combate à corrupção nas obras públicas*. Brasília: Revista do Tribunal de Contas da União, nº 113, set/dez 2008, p. 41-50.

6 LEITE, Marcelo Costa e Silva. *A importância dos Tribunais de Contas no Combate à Corrupção*. Fortaleza: Revista do Tribunal de Contas do Ceará, v. XIII, nº 2, dez. 2015, p. 238-253.

Contas, sua promoção e acompanhamento, pois para seu enfrentamento, faz-se imperioso o concurso das instituições, para assegurar o triunfo dos valores morais na sociedade e nela estabelecer, sob o império da lei, o primado da moralidade.⁷

Nesse sentido, sobreleva a relevância de referidas instituições de controle externo, o que atende, a um só tempo, à eficiência administrativa e ao combate à corrupção nas contas públicas.⁸

Há quem defenda que deveria existir autonomia administrativa, financeira e orçamentária a este órgão especial do Ministério Público que atua perante os Tribunais de Contas.⁹

Ocorre que a envergadura da autonomia pretendida encontra óbice na jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (STF). Com o objetivo de fomentar o necessário debate, a seguir serão apresentados os precedentes da Corte Suprema, os estudos doutrinários a respeito do tema sob análise e as conclusões resultantes.

Se é certo que o STF afasta referida autonomia à instituição, suas decisões, por outro lado, garantem aos membros da instituição a independência funcional necessária à garantia da eficiência nos Tribunais de Contas.

Ainda, merece registro, *a priori*, que enquanto os Poderes soberanos do Estado são referidos com o qualificativo fundamental de *poderes harmônicos e independentes entre si*, para o Tribunal de Contas e para o Ministério Público utiliza-se a expressão *órgãos constitucionais autônomos*¹⁰ e de controle¹¹. Significa dizer que esses órgãos não se encontram estruturalmente alojados no interior de nenhum dos Poderes, tampouco a eles se subordinam em relação do tipo hierárquica.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 deu ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público substância e contorno jurídicos tais que lhes garantem autonomia administrativa, financeira e funcional e um regime jurídico próprio como órgãos essenciais à função de controle de externo e à função jurisdicional, respectivamente.

Por sua vez, os defensores da autonomia plena da *instituição* Ministério Público de Contas¹², que é um Ministério Público *especial*, por certo se inspiram na condição jurídica do Ministério Público *comum*, que goza de plena autonomia administrativa, funcional, financeira e orçamentária.

Não obstante tanto, essa não é, em termos idênticos, a condição do Ministério Público de Contas, que, segundo a jurisprudência do STF, não possui fisionomia institucional própria, encontrando-se consolidado na intimidade estrutural da Corte de Contas junto à qual atua.

Assim, se por um lado haja quem defenda que esse Ministério Público especial seja dotado pela Constituição Federal de 1988 de uma fisionomia própria, cuja estruturação incluiria a autonomia administrativa, a administração funcional e a autonomia financeira-orçamentária, nos termos do art. 130 (“Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma

7 HORTA, Raul Machado. *Improbidade e corrupção*. Revista de Direito Administrativo, n. 236, abr./jun.2004, p.128.

8 BRANCO, Elvio Lordello Castello. *A importância do TCU no Combate à corrupção*. Brasília: Revista do Tribunal de Contas da União, v. 28, nº 72, abr./jun. 1997, p. 33-41.

9 A propósito, citem-se alguns dos que defendem a autonomia administrativa e financeira do Ministério Público de Contas: CHEKER, Monique. Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 166/191; JAMUNDÁ, Woldemar. A posição constitucional do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas e suas prerrogativas: aspectos hermenêuticos. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.39-88.

10 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005, p. 71.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de Melo. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 137.

12 CHEKER, Monique, op. cit., p. 166-191.

de investidura”).¹³ Por outro lado, a interpretação dada pelo STF a este artigo é que se trata de um regime de garantias de ordem subjetiva, ou seja, dos membros do *Parquet* de Contas, não se reproduzindo neste órgão *sui generis* a mesma estrutura organizacional do Ministério Público comum.¹⁴

Tendo em vista que a posição adotada pelo STF, em 26/05/94 (ADI 789-1, Rel. Min. Celso de Mello), sob o advento, portanto, da Constituição Federal de 1988 tem sido invariavelmente reiterada nos julgados subsequentes da Corte, a questão precisa ser adequadamente debatida, sob pena de futura declaração de inconstitucionalidade de eventuais proposições relacionadas à legislação infraconstitucional, incluindo-se as originárias do poder constituinte derivado decorrente. O caso parece reclamar necessário controle preventivo de constitucionalidade, vez que é por demais vetusta e conhecida a posição da superior corte constitucional brasileira.

Por fim, insta assinalar que este estudo, conforme tópicos seguintes, aborda temas, tais como: a) a posição do STF quanto à inexistência de autonomia administrativa, funcional, financeira e orçamentária para o ministério público que atua junto ao tribunal de contas; b) a simetria do Ministério Público de Contas dos Estados com o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União; c) sistematização dos julgados do STF a respeito do tema ora em estudo; d) princípio da simetria.

2 O JULGADO PARADIGMA DO STF: INEXISTÊNCIA DE AUTONOMIA ADMINISTRATIVA, FUNCIONAL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ATUA JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS

O presente tópico tem por objetivo examinar o aresto acima referido, o qual é considerado pelos Ministros do STF com verdadeiro paradigma sobre a matéria.

A posição do Supremo Tribunal sobre a inaplicabilidade da autonomia administrativa, funcional, financeira e orçamentária ao Ministério Público de Contas tem como paradigma a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789-1 – Distrito Federal, Relator Ministro Celso de Mello, cujo acórdão, prolatado em 26-05-1994, foi publicado no DJ de 19-12-1994.

A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Procurador-geral da República, impugnando normas inscritas na Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

Nos termos do relatório apresentado pelo Min. Celso de Mello, os dispositivos questionados versam a disciplina do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (arts. 80 a 84), estabelecem a competência dessa Corte para, mediante ato próprio, conceder licença, férias e outros afastamentos aos membros do Parquet (art. 1º, XII), conferem, ainda, ao Tribunal de Contas da União, a prerrogativa de propor ao Congresso Nacional a fixação dos vencimentos dos integrantes do Ministério Público que perante ele atuem (art. 1º, XIII), outorgam, finalmente, à Presidência dessa Corte a atribuição de dar posse aos membros do Ministério Público instituído para atuar junto a esse órgão constitucionalmente incumbido de auxiliar o Congresso Nacional no controle externo financeiro, orçamentário e contábil.

Situados os termos da controvérsia, registre-se a posição do Pretório Excelso estampada na ementa do aresto, grafada literalmente nos seguintes termos:

13 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

14 SILVA, José Afonso da. *O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas*. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2008, p. 19-37.

ADIN – LEI N. 8443/92 – MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU – INSTITUIÇÃO QUE NÃO INTEGRA O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO – TAXATIVIDADE DO ROL INSCRITO NO ART. 128, I, DA CONSTITUIÇÃO – VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA À CORTE DE CONTAS – COMPETÊNCIA DO TCU PARA FAZER INSTAURAR O PROCESSO LEGISLATIVO CONCERNENTE À ESTRUTURAÇÃO ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PERANTE ELE ATUA (CF, ART. 73, CAPUT, IN FINE) – MATÉRIA SUJEITA AO DOMÍNIO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA – ENUMERAÇÃO EXAUSTIVA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE REGRAMENTO MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR – INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 130 DA CONSTITUIÇÃO – AÇÃO DIRETA IMPROCEDENTE.

- O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, § 2º, I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União - O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na “intimidade estrutural” dessa Corte de Contas, que se acha investida – até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, caput, in fine) – da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos.

[...]

- A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum.

[...]¹⁵

Conquanto extensa a parte do voto condutor do julgado que examina a matéria do interesse específico deste estudo, dada a sua relevância para a visualização do entendimento que o STF tem sobre o Ministério Público de Contas, vale a sua transcrição:

[...]

A mera previsão constitucional da existência de um Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas não basta, contudo, para conferir-lhe as mesmas prerrogativas jurídicas que inerem, no plano institucional, ao Ministério Público da União e dos Estados-membros.

Tenho para mim que concorre para esse entendimento o próprio conteúdo da norma inscrita no art. 130 da Constituição que assim dispõe:

“Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.”

O exame desse preceito normativo permite nele divisar, desde logo, a existência de cláusulas de garantia de ordem meramente subjetiva,

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 789/DF. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 26 de maio de 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118799/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

desprovidas de conteúdo orgânico-institucional, e vocacionadas, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os integrantes do Ministério Público – e a estes, *somente* – no relevante desempenho de suas funções junto aos Tribunais de Contas.

Essas garantias, na realidade, visam a conferir, no âmbito das relações que se estabelecem entre esses agentes estatais e a instituição perante a qual atuam, um estatuto jurídico especial destinado a assegurar a independência (CF, art. 128, § 5º, I), a preservar a imparcialidade (CF, art. 128, § 52, II) e a conferir vantagens específicas de carreira (CF, art. 129, §§ 3º e 4º) em favor dos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, impondo-lhes, para efeito de ingresso nessa instituição, a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, com a necessária participação da OAB.

Tendo presente o conteúdo normativo desse preceito constitucional, torna-se bastante evidente que não se pode, com fundamento nele, sustentar que o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas configure, não obstante a sua indiscutível realidade constitucional, um organismo revestido de perfil institucional próprio, dotado de plena autonomia jurídica e investido das mesmas garantias de ordem objetiva que foram outorgadas pela ordem constitucional ao Ministério Público da União e dos Estados-membros.

Refiro-me, no contexto das garantias institucionais reconhecidas ao Ministério Público comum, à autonomia administrativa (CF, art. 127, § 2º, 1ª parte), à autonomia orçamentária, nesta incluída a de caráter financeiro (CF, art. 127, § 3º) e à prerrogativa de fazer iniciar, por direito próprio, o processo de formação das leis concernentes tanto à criação e à extinção dos seus cargos e serviços auxiliares (CF, art. 127, § 2º, 2ª parte) quanto à definição de sua estrutura organizacional, de suas atribuições e do seu próprio estatuto jurídico (CF, art. 128, § 5º).

Essas garantias de natureza institucional não resultam, a meu juízo, da norma inscrita no art. 130 da Carta Política que, em última análise, objetivou contemplar, com predicamentos exorbitantes do regime jurídico atribuído aos servidores públicos comuns, apenas uma determinada categoria funcional: a dos Procuradores que oficiam perante os Tribunais de Contas.

Não obstante o elevado grau de autonomia funcional conferido aos membros desse Ministério Público especial, torna-se imperioso reconhecer que essa circunstância, por si só, não se revela suficiente para identificar, nesse órgão estatal, o atributo da autonomia institucional, nos termos, na extensão e com o conteúdo que a Constituição outorgou ao Ministério Público comum.

Sendo assim, considero que o Ministério Público de que trata a Lei n. 8.443/92 – não obstante entendimento diverso expendido por PONTES DE MIRADA [...] integra a própria organização administrativa do Tribunal de Contas da União, ainda que privilegiado por regime jurídico especial, sob pena de qualificar-se, na medida em que é totalmente alheio à estruturação orgânica do Ministério Público da União, como um corpo destituído de qualquer referência ou vinculação de ordem institucional.

Essa anômala condição do Ministério Público especial, acaso admitida, culminaria, ante a ausência de qualquer vinculação a uma estrutura definida, por comprometer-lhe a própria existência, por afetar-lhe os objetivos que justificariam a sua previsão constitucional e por frustrar, de modo irremissível, a eficácia de sua atuação.

A Constituição da República, ao não estender a esse Ministério Público especial a prerrogativa de iniciar o processo de formação das leis (CF, art. 61, caput)- e achando-se ele estruturo, administrativamente na

ambiência do TCU – permitiu que essa Corte de Contas, no desempenho autônomo dos seus poderes, viesse a incluí-lo na proposição legislativa concernente à sua própria organização e estruturação internas.¹⁶

Bem de ver que, na ótica do STF, nos termos do acórdão examinado, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas: é considerado um Ministério Público *especial* que não se confunde com o Ministério Público *comum*; não possui autonomia administrativa, funcional, financeira e orçamentária, conquanto os seus membros, individualmente, tenham garantia de independência funcional, em decorrência das *garantias subjetivas* previstas no art. 130 da Constituição Federal de 1988; não dispõe de *fisionomia institucional própria*, encontrando-se consolidado na “*intimidade estrutural*” da Corte de Contas onde atua; não possui quadro próprio de pessoal, não maneja recursos financeiros, tampouco possui orçamento próprio.

Quanto à situação jurídica dos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, o exame da jurisprudência do STF, incluído o julgado paradigma, revela o entendimento que os mesmos gozam de independência funcional no exercício de suas atribuições, sendo titulares, enquanto agentes públicos, dos mesmos direitos e vedação dos membros do Ministério Público comum.

Todavia, trata-se de garantias de ordem subjetiva dos membros do Ministério Público de Contas, o que não transpõe para o órgão as prerrogativas e o modelo de organização do Ministério Público comum.

Segundo escreve Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão Administração Pública possui dois sentidos, quais sejam, os aspectos subjetivos e objetivos.¹⁷ Aplicando estes conceitos ao Ministério Público especial que atua junto aos Tribunais de Contas, este gozam de autonomia subjetiva com plena autonomia institucional para sua atuação finalística, planejamento de sua atuação e gestão de sua necessária estrutura organizacional, mas do ponto de vista financeiro e econômico não se justifica estrutura autônoma e fora da estrutura existente dos Tribunais de Contas.

O Ministério Público de Contas é um órgão que goza de autonomia institucional, mas está inserido na estrutura administrativa e financeira dos Tribunais de Contas. Trata-se de um Ministério Público cuja matéria preponderante é administrativa, com pouco membros e poucos servidores, que quanto a estes, goza de autonomia de gestão. Mas, não justifica uma estrutura administrativa e financeira paralela aos Tribunais de Contas, com sobreposição de estruturas e novos custos, ferindo o princípio constitucional da economicidade e da eficiência.

A cada interesse público (ainda que jurídico-positivo) não vai corresponder, necessariamente, o mesmo regime jurídico. Quanto à prevalência de um sobre o outro, somente a interpretação, feita à luz de instituto determinado, de seu regime jurídico e do próprio sistema poder determinar. Por conseguinte, será a interpretação sistemática, a partir da principiologia, o vetor fundamental.¹⁸

Nessa linha de entendimento, os membros do Ministério Público de Contas gozam de independência funcional, mas o órgão não goza de autonomia administrativa e nem

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 789/DF. Repte.: Procurador-Geral da República. Reqdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 26 de maio de 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118799/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.73-83.

18 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37.

financeira, por integrarem a estrutura administrativa dos Tribunais de Contas, em atenção aos princípios constitucionais da economicidade, da eficiência e finalísticos da instituição.

3 DA NECESSÁRIA SIMETRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DOS ESTADOS COM O MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O princípio da simetria tem por horizonte finalístico garantir que os contornos federativos adotados na Constituição Federal sejam preservados no ordenamento jurídico de cada Estado-membro, tendo em vista as normas centrais do modelo constitucional. O princípio em comento pode ser identificado em diversos artigos da Constituição Federal, tais como nos artigos 75 e 25, esse último segundo o qual: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Por força do princípio da simetria, diga-se exemplificativamente, nenhum dos entes federados pode organizar-se senão observando os princípios republicanos fundamentais, os direitos e garantias individuais e coletivos ou a estruturação político-administrativa da República Federativa.

Ademais, pelo princípio da simetria, as funções, competências e atribuições de cada um dos poderes da União ou dos órgãos constitucionais autônomos são estendidas, no que couber, aos poderes e órgãos equiparados dos Estados-membros da Federação.

E outro não é, a propósito, o entendimento manifestado na jurisprudência do egrégio STF quanto à organização do Tribunal de Contas da União:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 307, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ, ACRESCIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 40, DE 19/12/2007. INDICAÇÃO DE CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO E DOS MUNICÍPIOS. DISPOSITIVO QUE AUTORIZA A LIVRE ESCOLHA PELO GOVERNADOR NA HIPÓTESE DE INEXISTÊNCIA DE AUDITORES OU MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL APTOS À NOMEAÇÃO. OFENSA AOS ARTIGOS 73, § 2º, E 75, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LIMINAR DEFERIDA.

I - *O modelo federal de organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas, fixado pela Constituição, é de observância compulsória pelos Estados, nos termos do caput art. 75 da Carta da República. Precedentes.*

II - Estabelecido no artigo 73, § 2º, da Carta Maior o modelo federal de proporção na escolha dos indicados às vagas para o Tribunal de Contas da União, ao Governador do Estado, em harmonia com o disposto no artigo 75, compete indicar três Conselheiros e à Assembleia Legislativa os outros quatro, uma vez que o parágrafo único do mencionado artigo fixa em sete o número de Conselheiros das Cortes de Contas estaduais.

III - Em observância à simetria prescrita no caput do art. 75 da Carta Maior, entre os três indicados pelo Chefe do Poder Executivo estadual, dois, necessariamente e de forma alternada, devem integrar a carreira de Auditor do Tribunal de Contas ou ser membro do Ministério Público junto ao Tribunal. Súmula 653 do Supremo Tribunal Federal.

IV - Medida cautelar deferida.

(ADI 4416 MC/PA – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 06.10.2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno). (*Grifos nossos.*)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. SIMETRIA OBRIGATÓRIA COM O MODELO NACIONAL.

1. A Lei Complementar mato-grossense n. 11/1991 foi revogada pela Lei Complementar n. 269, que estabeleceu a organização do Tribunal de Contas daquele Estado. Prejuízo, neste ponto, da Ação.
2. O Ministério Público Especial, cujas atividades funcionais sejam restritas ao âmbito dos Tribunais de Contas, não se confunde nem integra o Ministério Público comum.
3. *É obrigatória a adoção, pelos Estados, do modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público que perante ele atua. Aplicação do princípio da simetria.*
4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “exercício privativo das funções do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas”, constante do art. 106, inc. VIII, da Constituição do Mato Grosso e do art. 16, § 1º, inc. III, da Lei Complementar n. 27/1993 daquele mesmo Estado. (ADI 3307/MT, Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, decisão publicada no DJ de 29/05/2009).¹⁹ *Grifos nossos.*

Segue reiteração, de que as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas devem adotar para os Tribunais de Contas dos Estados e para o Ministério Público que perante eles atua o mesmo tracejado da Constituição da República de 1988 para o Tribunal de Contas da União.

4 SISTEMATIZAÇÃO DOS JULGADOS DO STF QUE EXAMINAM A AUTONOMIA ADMINISTRATIVA, FUNCIONAL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Imprescindível registrar que, daquele julgamento paradigmático examinado até os dias de hoje, em casos assemelhados ou em situações conexas, o Supremo Tribunal Federal não tem feito outra coisa senão reafirmar o aresto, ao mesmo tempo em que tem reafirmado o entendimento de que o formato organizacional do TCU previsto na CR/88, incluído neste o Ministério Público de Contas, é de observância obrigatória pelos Estados-membros.

Conforme decisões uníssonas do Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público de Contas não dispõe de autonomia administrativa ou funcional, mas seus membros tem assegurada a garantia subjetiva da independência funcional.

A ausência de autonomia do órgão, contudo, não lhe retira a importância, mas pelo contrário, reforça a garantia de independência funcional a seus membros. Isso porque trata-se de um Ministério Público com atuação administrativa, composta de reduzido número de Procuradores, como regra em todo o País, proporcional ao número máximo de sete Conselheiros da Corte de Contas (e nove Ministros do TCU), com base nos artigos 73 e 75 da CR/88, não se justificando que tenha referida autonomia, em uma análise com enfoque na eficiência administrativa.

A sistematização a seguir dá conta de que o entendimento firmado nos idos de 1994, nos quadrantes da ADI n. 789-1/DF, julgada em 26/05/1994, permanece inalterado e reafirmado sistematicamente na Suprema Corte, conforme: STF, ADI n. 1545-1, DJ 24-10-97; STF, ADI n. 160-4, DJ 20-11-98; STF, ADI n. 1858-9, DJ 18-5-2001; STF, ADI n. 2353-4, DJ 30-4-2004; STF, ADI n. 2068-4, DJ 16-5-2003; STF, ADI n. 2884-7, DJ 25-5-2005; STF, ADI n. 2378-1, DJ 6-9-2007; STF, ADI n. 3160-1, DJ 20-3-2009; STF, ADI n. 328-3, DJ 6-3-2009; STF,

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3307/MT. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqda.: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Reqdo.: Governador do Estado de Mato Grosso. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 29 de maio de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur383/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

ADI 3307-7, DJ 28-5-2009.

Assim, vejamos. Após a referência a cada um dos precedentes do STF, seguirão excertos relevantes, no que diz respeito ao tema em questão.

O STF, na ADI n. 1545-1/SE, DJ 24-10-97, sendo Relator o Ministro Octavio Gallotti, assim decidiu:

[...]

Do mesmo modo, a absorção, pelo Ministério Público estadual comum, das funções exercidas perante o Tribunal de Contas, foi objeto da repulsa do Supremo Tribunal, no julgamento da Ação Direta nº 789, Relator o eminente Ministro CELSO DE MELLO:

EMENTA – ADIN – LEI N. 8.443/92 – MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU – [...]

- O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na “intimidade estrutural” dessa Corte de Contas, que se acha investida – até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, caput, in fine) – da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos.²⁰

Por sua vez, na ADI n. 160-4/TO, DJ 20-11-98, tendo também por Relator o Ministro Octavio Gallotti, assim consignou o STF:

MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS.

Não lhe confere, a Constituição Federal, autonomia administrativa. Precedente: ADI 789.

Também em sua organização, ou estruturalmente, não é dotado de autonomia funcional (como sucede com o Ministério Público comum), pertencendo individualmente a seus membros, essa prerrogativa, nela compreendida a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela própria Corte junto à qual oficiam (Constituição, artigos 130 e 75).

[...]

VOTO

Aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, individualmente considerados, aplicam-se as disposições constitucionais pertinentes aos direitos, vedações e forma de investidura pertinentes aos do Ministério Público que atuam perante o Poder Judiciário. É o que decorre do art. 130 da Constituição Federal, extensiva aos Estados e ao Direito Federal, por força do art. 75 da mesma Constituição.

Mas isso não significa que o Ministério Público especial, que oficia junto aos Tribunais de Contas, esteja sujeito, como instituição, à mesma organização ou que, assim considerando, goze da mesma autonomia inerente ao Ministério Público comum, da União e dos Estados, como propõe o art. 35, § 5º, da Constituição do Estado do Tocantins.

[...]

A outorga, ao Ministério Público especial, pela Constituição do Tocantins, dos mesmos atributos de autonomia inerentes ao Ministério Público comum, destoa do sistema da Carta Federal, onde não goza o primeiro,

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1545/SE. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqdos.: Governador do Estado de Sergipe e Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe. Relator: Ministro Octavio Gallotti. 24 de outubro de 1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur37275/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

estruturalmente, de tais prerrogativas (v.g. a manutenção de quadro próprio de servidores). A seus membros, isto sim, são assegurados, sem dúvida, pelo art. 130 da Constituição da República, os mesmos direitos que os conferidos aos do Ministério Público junto ao Poder Judiciário, aí compreendida a plena independência funcional de cada um perante os Poderes do Estado, a começar pelo próprio Tribunal, em face do qual atuam.²¹

Reiterando a jurisprudência pacífica, o STF, na ADI n. 1858-9/GO, DJ 18-5-2001, Relator o Ministro Ilmar Galvão, deliberou:

[...]

Órgão que não goza de autonomia administrativa e financeira, tendo em vista que não dispõe de “fisionomia institucional” própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus membros pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na “intimidade estrutural” do Tribunal de Contas, conforme assentado pelo STF na ADI 789/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

VOTO

Conforme bem lembrou o autor, a tese da autonomia administrativa e financeira do Ministério Público que serve junto aos Tribunais de Contas, inclusive no que concerne à nomeação e destituição de seu titular, bem como à iniciativa de suas leis, foi rejeitada pelo STF no julgamento da ADI 789, Rel. Min. Celso de Mello, quando restou assentado que não dispõe o órgão de “fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se ele consolidado na ‘intimidade estrutural’ dessa Corte de Contas.”

Assim sendo, tem toda razão o autor quando afirma que a Carta Estadual não pode dotar o órgão de autonomia administrativa e financeira sem ofensa ao art. 73 da Constituição Federal, que prevê a competência da própria Corte de Contas para todas as matérias previstas no art. 96 da mesma Carta, entre as quais estão compreendidas as alusivas ao Ministério Público especial sob apreciação.

Em igual sentido, na ADI n. 2353-4/SE, DJ 30-4-2004, Relator o Ministro Moreira Alves, o STF consignou:

[...]

Observo, por outro lado, que esta Corte, ao julgar, no mérito, a ADIN 789, de que foi relator o eminente Ministro Celso de Mello, assentou que o Ministério Público junto ao TCU é órgão de extração constitucional, não dispondo, porém, de fisionomia institucional própria, encontrando-se “consolidado na ‘intimidade estrutural’ dessa Corte de Contas, que se acha investida – até mesmo e função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, *caput, in fine*) – da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estrutura interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos”.

Concluiu-se, também, que a especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU o torna um Ministério Público especial que não se confunde com os demais ramos do Ministério Público da União que formam o Ministério Público comum.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 160/TO. Reqte: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Reqdo: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Ministro Octavio Gallotti. 23 de abril de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266228>. Acesso em: 08 set. 2020.

E mais: que “ainda que designado sob esse *nomen júrís* – Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União –, é preciso enfatizar que os membros que o compõem vinculam-se à estrutura administrativa dessa Corte de Contas e qualificam-se, embora submetidos a um especial regime jurídico, como servidores integrantes do próprio Quadro de Pessoal desse Tribunal...”²²

Nessa mesma linha de raciocínio, na ADI n. 2068-4/MG, DJ 16-5-2003, de Relatoria do Ministro Sidney Sanches, o STF firmou seu entendimento:

[...]

É este o teor do parecer do Ministério Público federal, nas partes dedicadas à fundamentação e conclusão (fls. 136/140): [...]

Aliás, a natureza “sui generis” do Ministério Público que atua perante os Tribunais de Contas está intimamente relacionada com o caráter também especial das Cortes de Contas, cuja função é alheia à tipicamente jurisdicional, como bem observado pelo Ministro Octavio Gallotti, em voto proferido no julgamento da ADI nº 789-1:

E não foi por outro motivo que tratou, a Constituição, de conferir estatuto subjetivo de direitos, vedações e forma de investidura (não um sistema objetivo de organização da própria instituição) aos membros desse Ministério Público, todo especial, o do Tribunal de Contas da União.

[...] (Grifos nossos.)

No mesmo sentido, o STF na ADI n. 2884-7/RJ, DJ 25-5-2005, Relator Ministro Celso de Mello:

[...]

OS ESTADOS-MEMBROS, NA ORGANIZAÇÃO E COMPOSIÇÃO DOS RESPECTIVOS TRIBUNAIS DE CONTAS, DEVEM OBSERVAR O MODELO NORMATIVO INSCRITO NO ART. 75 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

[...]

- Não se reveste de legitimidade constitucional a participação do Ministério Público comum perante os Tribunais de Contas dos Estados, pois essa participação e atuação acham-se constitucionalmente reservadas aos membros integrantes do Ministério Público especial, a que se refere a própria Lei Fundamental da República (art. 130).

- O preceito consubstanciado no art. 130 da Constituição reflete uma solução de compromisso adotada pelo legislador constituinte brasileiro, que preferiu não outorgar ao Ministério Público comum, as funções de atuação perante os Tribunais de Contas, optando, ao contrário, por atribuir esse relevante encargo a agentes estatais qualificados, deferindo-lhes um “status” jurídico especial e ensejando-lhes, com reconhecimento das já mencionadas garantias de ordem subjetiva, a possibilidade de atuação funcional exclusiva e independente perante as Cortes de Contas.²³

Nessa mesma linha de raciocínio, o STF, na ADI n. 2378-1/GO, DJ 6-9-2007, Relator Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello:

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2353/GO. Reqte: Associação Nacional do Ministério Público Junto aos Tribunais de Contas (dos Estados, Distrito Federal e Municípios). Reqda.: Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe. Relator: Ministro Moreira Alves. 30 de abril de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13701/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2884/RJ. Reqte.: Partido Progressista – PP. Reqdo.(a/s): Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. 25 de maio de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94602/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO – INSTITUIÇÃO QUE NÃO INTEGRA O MINISTÉRIO PÚBLICO COMUM DO ESTADO-MEMBRO – CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE, AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL, DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS, QUE, PERTINENTES AO MINISTÉRIO PÚBLICO COMUM, REFEREM-SE À AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DESSA INSTITUIÇÃO, AO PROCESSO DE ESCOLHA, NOMEAÇÃO E DESTITUIÇÃO DE SEU PROCURADOR-GERAL E A INICIATIVA DE SUA LEI DE ORGANIZAÇÃO [...]

- O Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas não dispõe das garantias institucionais pertinentes ao Ministério Público comum dos Estados-membros, notadamente daquelas prerrogativas que concernem à autonomia administrativa e financeira dessa instituição, ao processo de escolha, nomeação e destituição de seu titular e ao poder de iniciativa dos projetos de lei relativos à sua organização. Precedentes.

- A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição – que não outorgou, ao Ministério Público especial, as mesmas prerrogativas e atributos de autonomia conferidos ao Ministério Público comum – não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger, unicamente, os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República – que se projeta em uma dimensão de caráter estritamente subjetivo e pessoal – submete os integrantes do Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, em tema de direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum.

Em idêntico sentido, na ADI n. 3160-1/CE, DJ 20-3-2009, o STF, em julgado de Relatoria do Ministro Celso de Mello, deixou pacificado:

OS ESTADOS-MEMBROS, NA ORGANIZAÇÃO E COMPOSIÇÃO DOS RESPECTIVOS TRIBUNAIS DE CONTAS, DEVEM OBSERVAR O MODELO NORMATIVO INSCRITO NO ART. 75 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

[...]

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS NÃO SE CONFUNDE COM OS DEMAIS RAMOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DOS ESTADOS-MEMBROS.

[...]

- Não se reveste de legitimidade constitucional a participação do Ministério Público comum perante os Tribunais de Contas dos Estados, pois essa participação e atuação acham-se constitucionalmente reservadas aos membros integrantes do Ministério Público especial, a que se refere a própria Lei Fundamental da República (art. 130).

- O preceito consubstanciado no art. 130 da Constituição reflete uma solução de compromisso adotada pelo legislador constituinte brasileiro, que preferiu não outorgar ao Ministério Público comum, as funções de atuação perante os Tribunais de Contas, optando, ao contrário, por atribuir esse relevante encargo a agentes estatais qualificados, deferindo-lhes um “status” jurídico especial e ensejando-lhes, com reconhecimento das já mencionadas garantias de ordem subjetiva, a possibilidade de atuação funcional exclusiva e independente perante as Cortes de Contas.²⁴

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3160/CE. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqda.: Assembleia legislativa do estado do Ceará. Relator: Ministro Celso de Mello. 20 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88307/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

Nessa mesma linha de entendimento, o STF, na ADI n. 328-3/SC, DJ 6-3-2009, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, reforçou:

[...]

Ao debruçar-se sobre o tema, o Relator da ADI 789, Ministro Celso de Mello, intitulou o art. 130 da CF de “cláusula de garantia”, assentado que ela se acha “vencionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas.”

[...] ²⁵

E, por sua vez, o STF, ADI 3307-7/MT, DJ 28-5-2009, sendo Relatora a Ministra Carmen Lúcia, consolidou:

[...]

2. O Ministério Público Especial, cujas atividades sejam restritas ao âmbito dos Tribunais de Contas, não se confunde nem integra o Ministério Público comum.

VOTO:

[...]

7. A discussão referente à organização do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas não é nova no Supremo Tribunal Federal. A consolidada jurisprudência é no sentido de que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não se confunde e não integra o Ministério Público comum.

[...]

8. A evidenciar que o Ministério Público Especial, cujas atividades funcionais estão restritas ao âmbito dos Tribunais de Contas, não integra o Ministério Público comum, tem-se o que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

- O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na “intimidade estrutural” dessa Corte de Contas, que se acha investida – até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, caput, in fine) – da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos.

[...]

- A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vencionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas.

10. De se ver, pois, que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é destituído de autonomia funcional e está vinculado à estrutura do Tribunal de Contas perante o qual atua. Este, por sua vez, tem a prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização e estruturação interna e, ainda, de definir o seu quadro de pessoal e criar os cargos respectivos.²⁶ (Grifo nosso.)

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 328/SC. Repte.: Procuradoria-Geral da República. Reqda.: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 6 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88299/false>. Acesso em: 08 set. 2020.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3307/MT. Repte.: Procurador-Geral da República. Reqda.: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Reqdo.: Governador do Estado de Mato Grosso. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 29 de maio de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur383/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

Com essas informações é que se afirmou que a jurisprudência do STF, quanto à matéria, revela-se consolidada.

Registre-se, por fim, a propositura da ADI n. 4725/RR, em 22/02/2012, pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) em face de dispositivos da Constituição do Estado de Roraima, bem como da Lei Estadual n. 840, de 18 de janeiro de 2012, inicialmente distribuída à Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa e redistribuída ao Ministro Edson Fachin, com pedido liminar de suspensão. Em 21/03/2012, o Ministro Joaquim Barbosa deferiu a medida cautelar, com eficácia *ex tunc*, tendo pedido vista dos autos o Ministro Ayres Britto. Já na sessão virtual de 15 21/05/2020, após os votos dos Ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux, que acompanhavam o Ministro Joaquim Barbosa (Relator), para deferir a medida cautelar, com efeito *ex tunc*, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli (Presidente), não tendo votado o Ministro Edson Fachin, sucessor do Ministro Joaquim Barbosa.

Em referida ADI, conforme parecer datado de 20/08/2019, a Procuradora Raquel Dodge manifestou o entendimento da Procuradoria-geral da República: “A tradição jurídica da prática republicana considera o Ministério Público com atuação especializada perante Tribunais de Contas como órgão inserido na “intimidade estrutural” das Cortes de Contas.” E continua:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora afirme que membros dos MPs de Contas integram carreira autônoma (ADI 328, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 6.3.2009), não reconhece tal nível de autonomia à instituição que estes integram, por considerá-la inserida na estrutura orgânica Tribunal de Contas. Precedentes.

Além do questionamento quanto ao vício de iniciativa (inconstitucionalidade formal), quanto à matéria de fundo, a ADI n. 4725 questiona justamente a atribuição de organização administrativa, financeira e orçamentária própria ao Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado de Roraima.

Na ação em comento, a ATRICON sustenta ser pacífica a posição do STF no sentido de que o Ministério Público de Contas da União integra a intimidade estrutural do próprio TCU, não possuindo fisionomia administrativa própria, sendo este um modelo de reprodução obrigatória para todos os Estados-membros, nos termos do art. 75 da Constituição da República.

Para sustentar o vício de inconstitucionalidade material, a ATRICON mencionou o acórdão paradigma (ADI N. 789-1/DF), bem como diversas outras ações já julgadas pelo STF e referidas neste estudo (ADI n. 2378/GO, ADI n. 3307/MT, ADI n. 2353/SE). Registre-se que a Atricon está atenta à questão, pois que se passaram pouquíssimos dias entre a publicação da lei questionada e a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Esse entendimento reflete os fins de um órgão do Estado que é o Ministério Público de Contas, pois o fim do Estado é o objetivo que ele visa atingir quando exerce o poder.²⁷ Diz-nos a filosofia do estado como ele deve ser, ao passo que a história do estado nos diz como ele foi, nas várias épocas, ou como, no presente, é. Só a filosofia do estado poderá instruir-nos acerca da causa final do estado, dando-nos, a seguir, sua natureza e os limites extremos em que se deve conter a sua atividade.²⁸ Porquanto, o fim precípua do Ministério Público de Contas deve ser sua atuação para o controle da administração pública²⁹, evitar a corrupção e buscar

27 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 36. ed. São Paulo: ed. Globo, 1997, p. 123.

28 NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1955, p. 20-21.

29 FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública: elementos para compreensão dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

a eficiência, a economicidade e o dever de boa gestão da Administração Pública brasileira, não sendo necessária a sua autonomia administrativa e financeira para esse mister, mas fundamental a plena independência funcional e institucional para sua atuação eficaz.

5 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E PRINCÍPIO DA SIMETRIA

Referir o controle de constitucionalidade das leis significa dizer a um só tempo que se está diante de uma Constituição rígida, que não pode ser alterada senão por um processo legislativo especial e mais dificultoso se comparado ao processo legislativo comum, e que esta Constituição ocupa lugar destacado e indisputável no ordenamento jurídico. Esses traços assinalam a Constituição da República de 1988 que, por suas características centrais, segundo classificação mais usual, é rígida, formal, escrita, analítica, dogmática e democrática.

Rigidez e controle de constitucionalidade remetem à ideia de supremacia constitucional, que significa, segundo José Afonso da Silva:

[...] que a constituição se coloca no *vértice do sistema jurídico do país*, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.³⁰

Pelo princípio da supremacia constitucional, é bem de ver, as leis ou atos normativos não buscam o seu referencial de validade em si mesmos ou em leis ou atos normativos de igual quilate, senão precisam extrair da Lei Maior o fundamento necessário para ingressar validamente no ordenamento jurídico. E sem esse pressuposto de validade, as leis ou atos normativos podem ser repressivamente afastados do mundo jurídico, pois que ou são constitucionais como condição, *a priori*, para gerarem os efeitos pretendidos, ou, ao contrário, são inconstitucionais e não podem originar efeito algum.

Vale consignar a lição de Alexandre de Moraes³¹, para quem o controle de constitucionalidade das leis está conectado à proteção dos direitos fundamentais. Assegura o autor que tal espécie de controle representa uma garantia de supremacia desses direitos previstos na ordem constitucional que, “além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando os seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito”.

De fato, não fosse possível, em sede de controle, o cotejo de leis e atos normativos aos ditames superiores da Constituição, os princípios, preceitos e valores dessa restariam em permanente estado de vulnerabilidade e mesmo de comprometimento da sua própria força normativa. Daí a importância, em ordem democrática, do princípio da supremacia constitucional e do controle de constitucionalidade dele decorrente.

Feito esse registro, assinale-se que a incompatibilidade de leis ou atos normativos com a Constituição Federal pode ser de ordem formal ou de índole material. Tem-se a inconstitucionalidade formal, por usurpação de iniciativa, ou por violação de regras do processo

30 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45.

31 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 700.

legislativo, ou por descumprimento de formalidade exigível. Por sua vez, a inconstitucionalidade material ou substancial decorre de confronto com regras e princípios da Constituição.

Quanto ao momento em que é realizado, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo. Pela via do controle preventivo, impede-se que a norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico, controle este que é realizado por comissões de constituição e justiça das Casas legislativas, ou pelo chefe do Poder Executivo através do veto jurídico. Por seu turno, o controle de constitucionalidade repressivo se incumbe de retirar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional e pode ser realizado pelo Poder Legislativo (CR/88, art. 49, V e art. 62) e pelo Poder Judiciário, mediante controle difuso (também denominado por via de exceção ou defesa) ou mediante controle concentrado (também denominado controle por via de ação direta).

Sabendo que a matéria sob debate já foi examinada por diversas vezes pelo STF, invariavelmente declarando inconstitucionais as normas que atribuem autonomia administrativa, funcional, financeira e orçamentária ao Ministério Público de Contas, a questão deve ser suscitada preliminarmente, e tanto mais porque, no entendimento daquela Corte Suprema, o formato organizacional do TCU é de observância obrigatória pelos Estados-membros, pelo princípio da simetria.

Temos aí os aspectos estáticos e dinâmicos relativos à organização do Ministério Público de Contas, segundo escreve Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. O aspecto estático está na própria organização, vivendo in natura, ou seja, sob os condicionamentos geo-sociais e históricos, condicionamentos imperativos nos seus contornos físicos e de tradição. Já o aspecto dinâmico, refere-se aos meios de funcionamento, suas manifestações, na uniformidade e variedade, na generalidade e na especialidade administrativa, manifestações nas quais os requisitos a examinar se distinguem em objetivos e subjetivos, na capacidade efetiva de realizar e na extensão dessa capacidade quanto aos direitos relativos ao exercício da competência atribuída.³²

Este quadro desafia o enfrentamento do problema através das vias que o ordenamento jurídico disponibiliza, especialmente para o Ministério Público de Contas no exercício da atribuição de fiscal do ordenamento jurídico em sua matéria de atuação especializada junto aos Tribunais de Contas brasileiros.

6 CONCLUSÕES

A posição pacífica do STF, firmada há muito, consigna que a Constituição da República não outorgou à instituição Ministério Público de Contas as autonomias administrativa e financeira, conquanto tenha atribuído amplas garantias subjetivas aos seus membros, Procuradores integrantes do Ministério Público, carreira autônoma inserida na estrutura orgânica do Tribunal de Contas respectivo.

Não se pode confundir a garantia constitucional de autonomia institucional e independência funcional na atuação finalística do Ministério Público de Contas, com planejamento e gestão interna, para o controle da administração e para evitar a corrupção, desvios, buscar a eficiência, a economicidade e o dever de boa gestão da Administração Pública brasileira.

32 SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 20-21.

Compete ao Ministério Público de Contas a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, no exercício da fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial da Administração Pública, nos aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade, conforme artigos 70 e seguintes da Constituição da República.

Em sua dimensão institucional, pode-se afirmar que o Ministério Público de Contas não dispõe de autonomia administrativa e financeira, por se tratar de um órgão estatal especial, com características próprias, tratando-se de instituição composta por Procuradores de Contas aos quais incumbe a defesa do erário e do ordenamento jurídico, em busca da eficiência, boa gestão, economicidade e no combate à corrupção nas contas e gestão públicas.

De acordo com os preceitos constitucionais e com a jurisprudência da Corte Suprema, deve haver necessária simetria dos Estados-membros com o modelo constitucional federal, e instituir autonomia administrativa e financeira do Ministério Público de Contas feriria os princípios constitucionais da economicidade e da eficiência, pois, cabe a este, dentro das Cortes de Contas, requisitar e exigir a estrutura administrativa e financeira para o seu mister, sob pena de improbidade e responsabilidades administrativas e criminais daqueles que ousarem limitar sua atuação finalística e de sua autonomia funcional.

Tendo em vista, assim, a supremacia constitucional, a ensejar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, bem como o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, há que se adequar o arcabouço normativo relativo ao controle externo ao quanto se analisou no presente artigo, ao longo da construção histórico-finalística dos órgãos e instituições do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

BRANCO, Elvia Lordello Castello. A importância do TCU no combate à corrupção. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, DF, n. 72, v. 28, p. 33-41, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 789/DF. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 26 de maio de 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118799/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1545/SE. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqdos.: Governador do Estado de Sergipe e Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe. Relator: Ministro Octavio Gallotti. 24 de outubro de 1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur37275/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2068/MG. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqda.: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio. 25 de fevereiro de 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur25725/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1858/GO. Reqte: Procurador-Geral da República. Reqda.: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 18 de maio de 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur101436/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2378/GO. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqda.: Assembléia Legislativa do Estado de Goiás. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 5 de abril de 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99732/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2353/GO. Reqte: Associação Nacional do Ministério Público Junto aos Tribunais de Contas (dos Estados, Distrito Federal e Municípios). Reqda.: Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe. Relator: Ministro Moreira Alves. 30 de abril de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13701/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2884/RJ. Reqte.: Partido Progressista – PP. Reqdo.(a/s): Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. 25 de maio de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94602/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 328/SC. Reqte.: Procuradoria-Geral da República. Reqda.: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 6 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88299/false>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3160/CE. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqda.: Assembleia legislativa do estado do Ceará. Relator: Ministro Celso de Mello. 20 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88307/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3307/MT. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqda.: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Reqdo.: Governador do Estado de Mato Grosso. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 29 de maio de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur383/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 160/TO. Reqte: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Reqdo: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Ministro Octavio Gallotti. 23 de abril de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266228>. Acesso em: 08 set. 2020.

CHEKER, Monique. *Ministério Público junto ao Tribunal de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública: elementos para compreensão dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HORTA, Raul Machado. Improbidade e corrupção. *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, p. 121-128, abr./jun.2004.

JAMUNDÁ, Woldemar. A posição constitucional do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas e suas prerrogativas: aspectos hermenêuticos. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (coord.). *Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LEITE, Marcello Costa e Silva. A importância dos tribunais de contas no combate à corrupção. *Controle: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Ceará*, Fortaleza, CE, n. 2, v. 13, p. 238-253, 2015.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. *Boletim de direito administrativo*, São Paulo, SP, v. 8, n. 2, p. 83-99, fev. 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

NOGUEIRA, Carnot Leal. A necessidade de ações integradas dos tribunais de contas e do ministério público no combate à corrupção nas obras públicas. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, DF, n. 113, v. 40, p. 41-50, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *A corrupção como desvio de recursos públicos: a agressão aos direitos humanos*. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (coord.). *Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (coord.). *Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.

Recebido em: 02.10.2021

Aprovado em: 02.12.2022

Como citar este artigo (ABNT):

SILVA, Aurélio Joaquim da; POLI, Leonardo Macedo. O Ministério Público de Contas: autonomia e dimensão institucional no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.46, p.117-136, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/12/DIR46-08.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.