

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 507

(ano VII)

(22/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -  
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional Universidade  
Granda/Espanha.*

*Coordenador do Direito Internacional  
(AM/Montreal/Canadá):* **SERGIMAR  
MARTINS DE ARAÚJO** - *Advogado com  
mais de 10 anos de experiência. Especialista  
em Direito Processual Civil Internacional.  
Professor universitário*

*Coordenador de Dir. Administrativo:*  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**  
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.*

*Coordenador de Direito Penal -* **RODRIGO  
LARIZZATTI (DF/Argentina):** *Doutor em  
Ciências Jurídicas e Sociais pela  
Universidad del Museo Social Argentino -  
UMSA.*

País: *Brasil.* Cidade: *Brasília – DF.*  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DO DIA



22/12/2015 Sérgio Henrique da Silva Pereira

» [Tempos sombrios vive a democracia brasileira: do impeachment a intervenção militar](#)

### ARTIGOS

22/12/2015 Larissa Andrade Teixeira Pereira

» [Considerações críticas acerca do direito autoral e do compartilhamento livre de obras intelectuais na internet](#)

22/12/2015 Thífani Ribeiro Vasconcelos de Oliveira

» [Um estudo sobre mediação como forma autocompositiva de resolução dos conflitos na sistemática processual trazida pelo novo Código de Processo Civil](#)

22/12/2015 Jokshan Carvalho Alves e Silva Cortez

» [A inércia na aplicação da legislação e fiscalização no âmbito do meio ambiente do trabalho e sua colaboração na divergência prescricional em relação às pretensões de reparações por acidentes de trabalho](#)

22/12/2015 Caio Diniz Fonseca

» [Educação jurídica popular e o acesso à justiça](#)

22/12/2015 Álvaro Simões Maestrini

» [A ausência de responsabilidade da União por erro ocorrido em hospital privado credenciado pelo SUS](#)

22/12/2015 Carolina Barreira Lins

» [A alocação de competência entre Corte Nacional e Tribunal Arbitral](#)



## TEMPOS SOMBRIOS VIVE A DEMOCRACIA BRASILEIRA: DO IMPEACHMENT A INTERVENÇÃO MILITAR

**SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA:** Jornalista, professor, produtor, articulista, palestrante, colunista. Articulista nos sites: Academia Brasileira de Direito (ABDIR), ABJ (Associação Brasileira dos Jornalistas), Âmbito Jurídico, Conteúdo Jurídico, Editora JC, Fenai/Faibra (Federação Nacional da Imprensa), Investidura - Portal Jurídico, JusBrasil, JusNavigandi, JurisWay, Observatório da Imprensa.

Não entrarei em detalhes sobre processo de Impeachment de Dilma Rousseff ou sobre as contas rejeitadas pelo TCU, ou muito menos sobre Eduardo Cunha sendo investigado, ou sobre a Operação Lava Jato.

### O jogo político

Eduardo Cunha estava protegendo a presidenta da República, porque — sabe-se lá o porquê — ele estava sendo defendido pelo PT. Conluíus foram firmados para cada qual não ser "prejudicado". Após o abandono do "aliado" PT, Cunha "agiu" em nome da democracia. Como "bom" cidadão — "bom" [ironia] não pelo fato de estar sendo investigado, porque todos são inocentes, até que se prove o contrário, mas pelo jogo político do "toma lá da cá".

O estranho de tudo isso se deve ao fato de exigência do decoro parlamentar aplicado na íntegra para o afastamento de Cunha da cadeira da Câmara. E Renan Calheiros? Por que, na época, não houve a mesma pressão para retirá-lo da cadeira? Renan fora acusado de várias irregularidades, porém, mesmo assim, foi reeleito senador em 2010; em 2013, presidência da Casa. Que os capilares implantados em

### Conselho de Ética

A ética da antiética não passa despercebida do povo. As Casas viraram covis de lobos, cada qual querendo uma parcela da caça, ou da carcaça. Protecionismos nefastos acontecem na maior cara de pau. Risos alargados diante das câmeras e dos jornalistas, que depois chegam aos lares

brasileiros. Indignados, jornalistas e telespectadores, não resta, senão, o conformismo de que o Congresso Nacional é a "casa de mãe Joana". A legorreira é comum nas Casas, de forma que o povo continue a não entender nada, pois, assim, se mantém o povo em seu devido lugar: currais. Bois mansos [povo], a seguir o comando dos boiadeiros [políticos].

### **Lava Jato**

A Operação tem desnudado algo que já era comentado por muitos brasileiros desde muitos antes deste governo: na calada da noite, tudo se faz dentro das instituições públicas e conluios são formados entre políticos e empresários. Só que a voz do povo é a voz de Deus, não é a voz da Justiça. Esta tem que se basear em informações concretas e agir em casos concretos, mesmo que os olhos do povo estejam presenciando as maracutaias políticas.

Frutos podres começaram a cair pelo ciclone da Operação. As instituições democráticas, enfim, nesta democracia, não titubearam diante das escarlates sangrias de nauseabundos cidadãos. Dizer que os políticos são os únicos culpados é primorar a ignorância sobre crimes contra a Administração Pública. A rede de corruptela que se formou entre os empresários é digna de filme hollywoodiano. Burlas foram, nitidamente, feitas ao povo, às instituições democráticas.

### **O mesmo filme, desde a primeira Constituição democrática [1891]**

Enquanto o “pão e circo” entoava beleza genérica, através de propagandas políticas de “progresso” total, o Brasil, em algumas áreas, progrediu; e não há menor chance de desmentir. Contudo, o tal do “progresso”, diante dos potenciais econômicos do solo pátrio foi menos do que se esperava do Produto Interno Bruto (PIB). Conquanto os bolsos e contas dos agentes políticos, sejam eles idôneos ou não, ficavam abarrotados de dinheiro, migalhas eram dadas aos proletariados e aposentados do INSS.

Os altíssimos subsídios, quando comparados com o piso salarial do proletariado, já demonstram uma imoralidade. A legalidade é, apenas, uma desculpa, muito da esfarrapada, para justificar os seus salários. Ora, aonde foi parar o art. 3º, da CF/88? Aonde foi para a dignidade humana em relação ao princípio da isonomia? O Brasil vive, como sempre o foi, um Estado absolutista, aparentado de democrático. E dizer que os

Obras públicas. Beneficiar quem? Os centros urbanos sempre foram os principais polos de desenvolvimento ao comércio. Também sempre foram privilegiados por políticas de governo. Na expansão das cidades, e nas melhorias de suas infraestruturas, pequenas parcelas da sociedade, ou melhor, somente algumas classes sociais eram privilegiadas pelo tal do “desenvolvimento urbano”. Os párias [negros, nordestinos, e os não considerados detentores de sangue azul] sempre foram empurrados para longe dos centros urbanos. Em alguns momentos da história brasileira, administradores públicos fizeram vista grossa para o assentamento de moradias em terrenos sem a menor condição de segurança a estes moradores. Afinal, o “toma lá da cá” sempre foi, desde os tempos do voto de cabresto, a moeda de troca perfeita — pela ignorância do povo, quanto aos seus direitos constitucionais — para os “representantes do povo”.

### **A imoralidade administrativa**

A imoralidade administrativa [caput, do art. 37 da CF/88] é mais uma, entre muitas, folha de papel. Dentro da legalidade se formam atos imorais. Por exemplo, as obras públicas. As obras para a Copa do Mundo [2014] e para as Olimpíadas de 2016 são indecorosas. A quem beneficiará? Saúde, educação, enfim, os serviços públicos parecem serviços prestados pós-guerra. Dizer que o problema é só no RJ é engodo. É em todo o Brasil. Se compararmos os atendimentos aos doentes na Idade Média, o Sistema de Saúde brasileiro não tem muitas diferenças, a não ser pelos, quando há, instrumentos e métodos modernos usados para tratar dos doentes. Peregrinações sofríveis são noticiadas a cada dia nos principais meios de comunicações. As lágrimas encharcam as vias públicas esburacadas,

enquanto as prefeituras usam o dinheiro das multas de trânsito para alargar, ainda mais, a indústria da multa.

O nepotismo ainda é algo praticado, sem a menor cerimônia. A insegurança pública assegura que os agentes políticos possam usufruir de meios propícios para proteção deles e de suas famílias. Helicóptero, carros blindados, seguranças particulares; ao povo, o olhar atendo para não ser alvo de bala perdida, da truculência policial, para não ser morto por um cidadão sob efeito de droga, para não ser esfaqueado por inimputável, para não ser sequestrado por milicianos ou narcotraficantes.

### **Os filhos da ditadura**

Na ideologia criada pelos militares [1964 a 1985], os “filhos da ditadura” pedem que as Forças Armadas lancem bombas sobre Dilma e seus partidários. O Estado democrático de direito é assimilado como o povo tudo pode para defender o nacionalismo. Filosofia perigosa, pois assim nasceu o nazismo na Alemanha. Tudo se resolve pela tortura, pela bala, pelo canhão e até linchamentos. Esquecem, ou se fazem de esquecidos, que os Anos de Chumbo violaram vários direitos humanos pelos militares. Não importava quem era o “baderneiro”, a cela era o local ideal para silenciar. Movimentos sociais pacíficos, que cobravam dignidade humana, principalmente formados pelos párias, eram logo “dispersados”. E os párias que quiseram garantir seus direitos eram considerados “inimigo do Estado”.

Muitos “filhos da ditadura” imploram o retomo da “família de Deus”, dos “bons costumes”. Lanças barbaridades em atos e palavras contra os gays, os negros, as crianças moradores de rua ou de comunidades carentes, porque são de índole ruim. Ao mendigo, que deita na praça pública, o clamar de “ordem” aos governantes. Querem tais “filhos”, que os prefeitos enxotem os indesejáveis moradores, sem, contudo, se importar com o destino deles. Vociferam a “boa educação” que aprenderam: quando alguma criança questionar os atos ou fala dos próprios pais, ou quando um adolescente repudiar o professor, logo a “autoridade” do professor deve ser

posta em prática, como agarrar o “baderneiro” pelo braço e sair arrastando até a secretaria.

Estou falando da educação “Faça o que mando, não olhe o que faço!”. Para os “filhos da ditadura”, a liberdade de expressão é uma ameaça as suas autoridades de pais. Se o filho diz que o pai está errado por chamar toda mulher de prostituta, porque elas estão na televisão, o “educador”, o censor logo esbraveja exigindo “respeito”. Se a idosa fala um palavrão, porque é seu direito — por ser adulta — reprime, com chineladas, a criança que repete a mesma palavra. Para os “filhos da ditadura”: quem não estuda é vagabundo; quem mora nas favelas é potencialmente criminoso; o afago entre gays é doença genética; o questionamento dos filhos é “falta de educação corretiva”. Pouco há de diálogo; e quando há o filho já está doutrinado para sempre concordar com os pensamentos dos pais — mesmo que os pensamentos dos genitores sejam antidemocráticos. Se alguém critica o sistema educacional da ditadura, logo já é chancelado, e entra para “lista negra”, de vagabundo, preguiçoso mental, vadio, drogado, desinteressado.

O ensino [doutrina] da ditadura se assemelha as fábricas e os presídios: portões, grades e muros; horários estipulados de entrada e de saída; indumentária obrigatória; sirenes indicando intervalos, início e fim das aulas; respeito irrestrito aos chefes ou mandantes. Se algum direito é violado, mas algum atrevido exige o retorno de seus direitos, a “autoridade”, patrão ou agente carcereiro, logo aplicam medidas corretivas contra os insubordinados. Já o Estado, quando inspirado na filosofia da ditadura, atesta as ações de seus defensores da Ordem e do Progresso. Consequentemente, qualquer metodologia educacional que busque algo diferente será "proibida". E os direitos humanos são “proibidos”.

### **O controle da liberdade de expressão e de pensamento na imprensa**

Dizer que a liberdade de expressão e de pensamento existe, plenamente, na imprensa é patranha. As empresas de jornalismo cobram

dos jornalistas fiel postura à ideologia da empresa. Se o jornalista defende algum direito humano conseguido pelo povo, mas este benefício foi conseguido pelo partido de esquerda, logo é catalogado como comunista. Se o jornalista evidencia algum direito humano conseguido pelo povo, por atuação de algum político de direita, logo é chamado de capitalista.

Ambos os jornalistas serão passíveis de rejeições em certas empresas de jornalismo, por não atenderem a filosofia, ideologia da empresa. Deve o jornalista seguir a cartilha de comportamento e de “liberdade” de pensamento e de expressão. Ora, o dono da empresa pode ter sua ideologia, mas o que não pode é virar censor. O escalafobético disso tudo é que os donos de tais empresas querem artigos sobre liberdade de expressão. Quais liberdades querem se já são censores da liberdade?

E o que dizer dos jornalistas diplomados? Imiscuem-se com agentes políticos para exigir diploma para o exercício da profissão de jornalista. O STF considerou a Lei da Imprensa inconstitucional, sendo a exigência de diploma para exercício profissional de jornalista ilegal. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos [CIDH] também condena qualquer ato, como a exigência de diploma e sindicalização para exercício profissional de jornalista, que venha a limitar a liberdade de expressão e de pensamento. E o que estão fazendo os jornalistas diplomados e os agentes políticos, senão rasgarem a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos [TIDH].

## **Conclusão**

A democracia não é baderna. Mas compromisso humanitário universal. Os objetivos [art. 3º], a isonomia [art. 5º], os direitos sociais [art. 7º], a improbidade administrativa [art. 37], a responsabilidade objetiva [art. 37, § 6º], enfim, a Constituição Federal de 1988 é uma Lei de Papel, assim como qualquer outra lei. Inspiram e exigem o nacionalismo, mas com apelos emotivos e saudosos dos tempos das senzalas, da aristocracia e oligarquia, do militarismo, dos dogmas e tabus religiosos.

Ser cidadão, no contexto vigente, é atuar conforme a cartilha do contrato social antropofágico. Para ser reconhecido como cidadão, e até patriota, é necessário participar inconsciente e involuntariamente aos direitos e deveres da cartilha antropofágica. Quem quiser se emancipar do domínio da cartilha é considerado “inimigo” do Estado e da nação. Qualquer manifestação popular, contra atos de improbidade administrativa, principalmente quando imorais, não se reveste de “direito”, mas atos de “desordeiros” e “antipatriotas”. Se o cidadão, que teve alguma recaída, e deixou de seguir o contrato antropofágico, poderá ter algum perdão das autoridades e da sociedade [classe dominante] para retornar no grupo.

O contrato social antropofágico:

- a) O domínio de poucos sobre muitos;
- b) A escravidão disfarçada pelo piso salarial mínimo ou regional;
- c) Os aumentos imorais dos subsídios, dos auxílios e dos monarcas [políticos, juízes];
- d) A ineficiência na Administração Pública;
- e) Os crimes contra a Administração Pública;
- f) As fobias: gordofobia; gayfobia; gaygayfobia; magrofobia; etc.];
- g) A educação Prussiana: doutrinação e não livre raciocínio dos alunos ou dos filhos;
- h) O voto de cabresto;
- i) As obras públicas beneficiando lobistas e classes sociais minoritárias;

j) As obras públicas expulsando os párias para bem longe dos cidadãos considerados como “sangue azul”.

São tantas as formas de antropofagia que não caberiam aqui, neste símplice artigo. Se há vontade em mudar o Brasil, para que atinja os objetivos fundamentais [art. 3º, da CF/88], é necessário a universalização dos direitos humanos e a sua aplicação em todos os setores sociais e políticos. Direitos humanos não coabitam com corrupções, “fobias”, Tribunais de Exceção, privilégios monárquicos, doutrinações, tabus.

O cenário sociopolítico sempre foi articulado para favorecer minorias, as quais obedecem à cartilha antropofágica. Nada mudaram, enquanto houver o endeusamento desta cartilha.

## CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DO DIREITO AUTORAL E DO COMPARTILHAMENTO LIVRE DE OBRAS INTELECTUAIS NA INTERNET

**LARISSA ANDRADE TEIXEIRA PEREIRA:** Advogada graduada pela UFBA com interesse nas áreas de Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica, Direito Civil e Direito Autoral.

**RESUMO:** Este artigo problematiza os principais argumentos apresentados pela doutrina autoralista e pela mídia no combate à prática de compartilhamento livre de obras intelectuais na Internet (“pirataria online”). A apresentação foi dividida de acordo com os três grupos sociais abarcados pelo Direito Autoral: o intermediador de conteúdo, o autor e o público. Numa análise que parte das premissas da Teoria dos Sistemas Sociais, observou-se a preponderância da proteção jurídica a interesses econômicos dos intermediadores de conteúdo, em detrimento dos interesses econômicos do autor e interesses relativos à Arte, à Ciência, associados à figura do autor e do público. Concluiu-se pela necessidade de reinvenção do Direito Autoral, a ser considerada também pelo aplicador do direito, de modo a torna-lo responsivo às demandas sociais no âmbito da difusão cultural.

**Palavras-chave:** direito autoral; crítica; downloads; pirataria online; internet.

---

### 1 INTRODUÇÃO

A crescente digitalização e o compartilhamento de conteúdo na era da Internet criou um contexto de tensão entre as práticas sociais e o Direito Autoral, ameaçando a exclusividade dos direitos de reprodução e distribuição de obras intelectuais. O enfrentamento desta questão, no Brasil, ainda foca essencialmente na necessidade de modificação da lei

nacional, deixando em segundo plano a aplicação de diretrizes internacionais ratificadas pelo Brasil e a conformação constitucional da LDA/98. Estas alternativas não centralizam, no entanto, a possível força normativa do fenômeno social referido, capaz de trazer, por si, implicações jurídicas.

Neste artigo, buscar-se-á trazer à tona o contexto social relativo ao compartilhamento livre e gratuito de obras na internet, desconstruindo algumas ideias tradicionais propagadas pelos veículos comunicativos e pela doutrina autoralista. Objetiva-se, assim, elucidar possíveis novas leituras do Direito Autoral, de modo a conferir-lhe maior funcionalidade, tornando-o mais responsivo às demandas da Arte e da Ciência e menos corrompido pelas demandas da Economia.

## **2 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DO DIREITO AUTORAL E DO COMPARTILHAMENTO LIVRE DE OBRAS INTELECTUAIS NA INTERNET**

É possível perceber, no direito brasileiro e internacional, uma orientação maximalista voltada a conter as novas práticas sociais relativas à transmissão de cultura em um contexto histórico marcado pelas tecnologias digitais e pela Internet. O reforço da repressão jurídica na matéria vai ao encontro de uma campanha antipirataria maior, propagandeada por grandes indústrias de conteúdo. Observa-se, no entanto, que mesmo após anos de combate em diversas frentes que ultrapassam o controle jurídico, a prática de compartilhamento livre de conteúdo no Brasil mantém-se crescente. Nesse sentido, para que o Direito Autoral não se torne disfuncional frente a uma nova realidade e novas demandas sociais, é necessário reinventá-lo. A reinvenção de uma área do Direito impõe, assim, a sua destruição simbólica, que se dá mediante o questionamento de ideias tradicionais, as quais podem ser sistematizadas em torno de três grupos sociais contemplados pelo Direito Autoral: o autor, o intermediador e o público.

### **2.1 O Intermediador**

Um primeiro aspecto a ser desconstruído diz respeito ao interesse dos intermediadores dos bens intelectuais. A premissa sustentada por este setor no combate ao compartilhamento não autorizado de obras na internet é a de que tal prática atinge negativamente as vendas no mercado de conteúdo[1] e que pode levar ao aniquilamento da produção cultural, pois afetaria, reflexamente, os interesses dos autores, ao supostamente dificultar a sua remuneração[2].

Mizukami (2007, p. 105-108) aponta, nesse sentido, alguns estudos sobre os efeitos do fenômeno referido nas vendas da indústria fonográfica, os quais chegam a conclusões diversas[3]. Enquanto algumas pesquisas concluíram haver uma efetiva desestabilização das vendas em razão dos downloads, outras sustentaram a quase inexistência de impacto direto dos downloads no declínio de vendas constatado nos últimos anos. Outros estudos destacaram que o compartilhamento de arquivos, de um lado, prejudica os artistas mais populares e as grandes produtoras e, do outro, favorece os artistas menos populares e produtoras independentes. Um estudo feito em 2009 pela *BI Norwegian School of Management* apontou que aqueles que realizam downloads “ilegais” de música são também os maiores consumidores de música pelos meios legais, em número dez vezes superior ao consumo de música por quem não realiza downloads (CHENG, 2015). No mesmo sentido, outro estudo de 2009 feito no Reino Unido (SHIELDS, 2015) apontou que pessoas que realizam downloads “ilegais” de música são também as que mais gastam com música. O Centro de Tecnologia e Sociedade, da Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio (FGV-CTS, 2011, p. 95 e ss.), também aponta a carência de pesquisas transparentes, rigorosas e imparciais sobre os efeitos da “pirataria” nas questões atinentes à propriedade intelectual[4].

Observa-se, pois, que o compartilhamento livre de conteúdo pode tanto desmotivar quanto motivar a aquisição física ou digital da obra[5], sendo de difícil aferição o balanço exato dos efeitos negativos e positivos desta prática, em razão de um sem número de variáveis que devem ser consideradas. Ante a ausência de uniformidade nos resultados dos

estudos, não há como se afirmar o decréscimo linear das vendas em razão do aumento do número de *downloads*. Mesmo na hipótese de que os downloads ocasionem a redução do número de vendas, daí não se constata, necessariamente, a ascensão de prejuízo (saldo negativo) para as produtoras, as quais continuam se sustentando no mercado, mesmo após cerca de 16 anos do estabelecimento da prática de compartilhamento virtual de arquivos.

Alguns estudos chamaram atenção, ainda, para a existência de uma pluralidade de interesses dentro de um mesmo grupo social: em geral, artistas muito populares demandam a coibição da prática, enquanto artistas menos populares beneficiam-se dela; da mesma forma, dentre os intermediadores de conteúdo, grandes produtoras acusam terem seus lucros afetados, enquanto às pequenas produtoras interessa a divulgação ampla das obras intelectuais.

Há, em verdade, diversas estratégias possíveis para a produção e distribuição de bens intelectuais, como mostra o panorama apresentado por Benkler (2006, p. 43), dividido em três grandes grupos: a) exclusão + mercado, destacando-se a criação para o mercado em busca de *royalties* e a exploração de um catálogo de títulos pelas empresas de conteúdo; b) não exclusão + mercado, destacando-se a atuação de autores que entendem a livre circulação de suas obras como um meio para outras plataformas nas quais podem obter lucro, a exemplo dos músicos que apoiam o compartilhamento livre e obtêm lucro da sua atividade artística por meio de apresentações ao vivo (lucro não relacionado à exploração dos direitos de exclusividade); c) não exclusão + fora do mercado, destacando-se a produção e distribuição por razões não comerciais, como a reputação ou amor à arte ou à ciência. Observa-se, assim, a multiplicidade de formas de distribuição de informação, a exemplo de: (i) alternativas que não dependem da exclusividade de direitos sobre a propriedade intelectual e ainda assim têm em vista o mercado, por meio de benefícios indiretos; (ii) alternativas que se colocam fora do mercado, isto é, não objetivam a venda dos produtos, não negando, contudo,

contrapartidas, que podem existir sob a forma de financiamentos ou de estímulo à cooperação intelectual, a exemplo de licenças que impõem para as obras derivadas a adesão ao mesmo regime de licença da obra originária. Neste cenário, Lessig (2004, p. 9) enxerga as tecnologias digitais como um estímulo à criação intelectual:

Tecnologias digitais atreladas à Internet podem produzir um mercado enormemente mais competitivo e vibrante para criar-se e distribuir-se cultura; esse mercado poderia incluir um número muito maior e mais diversificado de criadores; esses criadores poderiam produzir e distribuir uma gama muito maior de expressões criativas; e dependendo de alguns poucos fatores importantes, esses criadores poderiam ganhar mais do que a média do que eles ganham no sistema atual.

Não se pode olvidar que, no campo informacional do cenário chamado de “nova mídia”, emergem novos atores intermediários – um conglomerado de indústrias de computação, telecomunicação e conteúdo, em “convergência digital” – com interesses econômicos que ameaçam a hegemonia dos atores tradicionais da indústria de conteúdo. Marília Moncau adverte, nesse sentido, que “(...) o amadurecimento das tecnologias digitais tem demonstrado que ela não está imune à concentração econômica e a práticas que podem reduzir a diversidade de conteúdo e opiniões em circulação, com consequências importantes para a formulação de políticas públicas de comunicação” (MIZUKAMI; REIA; VARON; 2014, p. 10)[\[6\]](#). Não se trata, pois, de um embate de interesses apenas entre os três grandes grupos divididos em autores (ligados principalmente ao sistema da Arte ou da Ciência, mas também à Economia), intermediadores (ligados ao sistema da Economia) e público, pois dentro de um mesmo grupo é possível constatar interesses contrários ou favoráveis ao compartilhamento livre de conteúdo na internet.

Evidencia-se, assim, a divergência de interesses no grupo de intermediadores (produtores, editoras, nova mídia online etc.), cuja resolução não depende necessariamente das estratégias repressivas empreendidas por meio do sistema jurídico, tal como se tem buscado fazer em favor de apenas uma parcela economicamente interessada, pois diz respeito diretamente ao sistema da Economia (desenvolvimento de modelos mais competitivos no cenário da internet). Nesse sentido, o estudo *“Piratería de Medios en las Economías Emergentes”* (KARAGANIS, 2012), que apresenta um relatório sobre a pirataria no Brasil, aponta a insuficiência de medidas jurídicas repressivas e medidas políticas educativas, na esteira do que tem sido feito no país, sugerindo um deslocamento da análise e solução do problema para o campo econômico. O Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV (2011, p. 100) subscreve tal conclusão, destacando que “um dos pontos mais importantes levantados pelo estudo *Media piracy in emerging economies* é o de que a pirataria é um problema econômico, que deve ser resolvido por meios econômicos”.

Com efeito, o relatório aponta diversas barreiras de acesso à cultura que justificariam, em parte, a prática da pirataria. Constatou-se, por exemplo, que os preços praticados pela indústria fonográfica e cinematográfica nos países em desenvolvimento são equivalentes, em absoluto, aos preços dos países desenvolvidos; assim, os valores relativos para o consumidor brasileiro, considerando o seu poder aquisitivo, corresponderiam a mais do que o triplo dos valores para o consumidor estadunidense. Outra barreira de acesso seria a distribuição desigual ou ineficiente de bens culturais pelo país, havendo, por exemplo, uma carência de salas de cinema, bibliotecas e livrarias em localidades menos desenvolvidas do Brasil (FGV – CTS, 2011, p. 100). O diálogo sobre as medidas econômicas, no entanto, resta bloqueado no Brasil, preso entre o que o setor público aponta como problema de modelo de negócios e o setor privado como um problema de remédios fiscais (KARAGANIS, 2012, p. 315).

Como leciona Mizukami (2007, p. 109), a guerra travada contra o compartilhamento de arquivos volta-se, muito mais, a preservar uma posição hegemônica viabilizada por um modelo específico de circulação dos bens informacionais[7] (que favorece a concentração da exploração econômica nas mãos de poucas empresas) do que a efetivamente coibir uma suposta desvalorização dos artistas, desestímulo à produção criativa e aniquilamento das mídias tradicionais de obras[8].

## 2.2 O Autor

Um segundo aspecto a ser elucidado diz respeito aos interesses dos autores ou, ainda, ao discurso da indústria de conteúdo e da retórica autoralista, que se lauda sobre a figura dos autores.

A primeira desconstrução a ser feita diz respeito à romantização que se faz sobre os sistemas de *Droit d'Auteur* (a exemplo do Brasil). Em linhas gerais, o discurso desta tradição vale-se de fundamentação jusnaturalista para colocar o autor, ao menos simbolicamente, no centro do Direito Autoral, reconhecendo-lhe, ao lado dos direitos patrimoniais, direitos morais inalienáveis e perpétuos. Entretanto, tais sistemas não diferem daqueles que seguem a tradição de *Copyright*, pois em ambos prevalece, na prática, a alienabilidade plena dos direitos patrimoniais[9], baseada em uma liberdade contratual irrestrita que dá espaço a um domínio de fato da parte mais forte (a indústria de conteúdo). Nos sistemas de *Droit d'Auteur* (mas também nos de *Copyright*) a figura do autor é invocada, de modo instrumental, para legitimar uma proteção que se direciona, cada vez mais, em um sentido maximalista. Dessa forma, os direitos morais funcionam principalmente como uma concessão simbólica ao autor para sustentar um determinado modelo de aproveitamento econômico que depende da produção artística.

O domínio de fato dos intermediadores industriais no âmbito da circulação informacional é sustentado pelo sistema jurídico, tanto na tradição de *Droit d'Auteur* quanto na de *Copyright*, na medida em que são protegidos aspectos que, quando vistos de modo conjunto, terminam por

favorecer a indústria de conteúdo. Nesse sentido, a alienabilidade total dos direitos patrimoniais sobre a obra passa a ser um imperativo, quando aliada à liberdade contratual plena; paralelamente, as limitações aos direitos autorais para um uso lícito do público são tímidas, de modo a não atingir os interesses do titular do direito de reprodução (que não é, via de regra, o autor, em razão da liberdade contratual e alienabilidade patrimonial plena). Como aduz Mizukami (2007, p. 319-320), “em um sistema de produção industrial de conteúdo, os detentores dos meios de produção e distribuição de informação têm enorme controle sobre a atividade autoral, e exercem este controle por via contratual. Trata-se de uma questão de poder de fato, instrumentalizado contratualmente, suplantando, em última análise, todo um núcleo de direitos consagrado por lei”. A conjunção de direitos morais inalienáveis e de direitos patrimoniais completamente alienáveis acaba por criar, na tradição de *Droit d’Auteur*, sistemas esquizofrênicos, que geram incongruências<sup>[10]</sup>. Como observa Figueira Barbosa,

Os direitos morais permitem ao autor, por exemplo, retirar sua obra de circulação, limitando os direitos dos editores, ou seja, dos proprietários dos meios de reprodução. Mas a questão se complica quando os meios de reprodução, pertencentes ao editor, são também os meios de produção da própria obra, como é o caso das formas de expressão artísticas mais recentes – o cinema, a televisão, etc. A inadequabilidade do direito de autor, mantendo a tradição dos direitos morais no texto da lei, configura-se nos inúmeros contratos em que ‘ilegalmente’ o autor aliena seus direitos morais, sem os quais os editores não possibilitariam a reprodutibilidade da obra. (BARBOSA *apud* MIZUKAMI, 2007, p. 226-227)

Portanto, frente a uma estrutura macro que agrega o sistema jurídico, o sistema econômico e o sistema político, o mero

reconhecimento de direitos morais, nos sistemas de *Droit d'Auteur*, não é suficiente para atender os interesses dos autores, vigorando também nesta tradição o mesmo modelo de exploração que favorece essencialmente os atores industriais.

Ademais, deve-se perceber que o compartilhamento livre de obras intelectuais na internet não atinge os direitos morais (como o de integridade e paternidade), que representam o único reconhecimento diferencial ao autor na tradição de *Droit d'Auteur*, mas sim o direito de reprodução, que em tudo é igual ao da tradição de *Copyright*. Com isso se quer dizer que a invocação da tradição francesa e dos direitos morais para a coibição ao compartilhamento livre de obras na internet não socorre a indústria de conteúdo, pois tal prática atinge os direitos patrimoniais, no mais das vezes totalmente alienados a este setor, tal qual na tradição de *Copyright*, atingindo os autores apenas de modo reflexo e inexpressivo, no repasse de baixos percentuais da venda.

Ultrapassado o discurso da indústria como porta-voz do interesse do autor, que seria supostamente violado pelo compartilhamento livre de conteúdo na internet, é necessário saber o que pensa o autor mesmo a respeito do seu interesse frente à questão. Não é possível, obviamente, apresentarmos uma opinião padronizada do autor – há, sim, autores com opiniões diversas, alguns defendendo a reprodução livre e outros reproduzindo o discurso da indústria. É possível, no entanto, traçar um padrão, consoante a pesquisa empreendida por Mizukami (2007, p. 243 e ss.): os artistas consagrados e que mantêm uma forte relação com a indústria<sup>[11]</sup> costumam a ser contra a reprodução livre, enquanto artistas mais jovens, os quais cresceram na era da reprodução digital, e artistas menos populares, em regra, mas não exclusivamente, costumam ser a favor da difusão livre.

Importa, aqui, mencionar entendimentos dissonantes ao do discurso tradicional, que combate o compartilhamento livre de conteúdo sob o argumento de que os artistas seriam prejudicados em sua remuneração, o que geraria um desestímulo à produção cultural. Na área da música, são

inúmeros os artistas[12] que defendem abertamente o compartilhamento livre de suas obras – tanto os que produzem seus discos de modo independente quanto aqueles que contrataram com gravadoras[13]. Os discursos dos autores enfatizam, em regra, a inexpressividade do repasse dos ganhos econômicos pelas produtoras, de um lado, e, de outro, o intuito de que a arte ou conhecimento seja livremente apreciado e a contribuição ao processo cultural.

Para ficarmos em um plano local, veja-se a posição do compositor e instrumentista alagoano Hermeto Pascoal que decidiu, em 2009, disponibilizar *online* e gratuitamente a sua vasta obra musical, desafiando, pois, a regra geral de que são os mais jovens que apoiam o compartilhamento livre. O artista publicou em seu site uma declaração em formato lúdico (escrita à mão, pintada e com desenhos do próprio Hermeto) autorizando os músicos do Brasil e do mundo a regravarem as suas obras. Nas palavras do músico,

Se as gravadoras não levam meu trabalho para as rádios, se ele não toca em nenhum lugar, para que eu faço música? Não tive e nem vou ter nenhum retorno financeiro por minha obra, mas meu prazer, minha alegria, continua sendo tocar. Por isso, as minhas músicas eu quero mais é que sejam pirateadas. Quero mais é que as pessoas toquem, ouçam, a conheçam. E, pra mim, quem reclama da pirataria é quem faz música apenas para vender. Meu valor não são as notas [de dinheiro]. São as notas musicais.(PASCOAL; RODRIGUES; PEDUZZI, 2015)

E ainda,

Quem quiser piratear os meus discos, pode ficar à vontade. (...) Mesmo o meu trabalho em

gravadoras, o povo tem mais é que piratear tudo. Isso não é revolução. O que queremos é mostrar essa música universal. (...) Crescei e multiplicai-vos (PASCOAL; YODA, 2015)

No campo do cinema, destacamos o posicionamento de Jean-Luc Godard, um dos principais expoentes da *Nouvelle Vague*. Para o cineasta, o Copyright não é viável, pois “não há nada como a propriedade intelectual” (PFANNER, 2015). Godard fez questão, ainda, de manifestar o seu apoio e enviar contribuição financeira ao fotógrafo francês James Climent<sup>[14]</sup>, condenado a pagar uma multa de 20 mil euros às associações de gestão de direitos do autor Sacem e SDRM por baixar ilegalmente cerca de 13788 músicas na internet (HERVAUD, 2015). Em famosa entrevista concedida à revista *Les Inrocks*, o cineasta francês manifestou a sua oposição à lei francesa HADOPI (MORSA, 2015), a qual é considerada uma das legislações mais restritivas do mundo em matéria autoral.

Um terceiro ponto ainda quanto ao interesse dos autores diz respeito à desconstrução da figura do Autor, no sentido romântico construído a partir da Modernidade com base na doutrina jusnaturalista e nos ideais do iluminismo. Esse movimento, classificado por Compagnon (2000) como “pós-estruturalismo” ou “desconstrução”, passa a compor o cenário da teoria literária dos anos 70, tendo como principais referências um artigo de Michel Foucault (1969), intitulado “*Qu’est-ce qu’un auteur?*” (“O que é um autor?”) e um artigo de Roland Barthes (1968), intitulado “*La mort de l’auteur*” (“A morte do autor”). A abordagem breve dessas ideias se faz necessária, porquanto a figura jurídica do autor, colocada, em tese, no centro da proteção dos sistemas de *Droit d’Auteur*, parte de uma concepção estética da autoria.

Segundo Compagnon (2000), estes teóricos opunham-se à literatura entendida na relação com o seu autor ou como expressão do seu autor, conforme a abordagem da crítica literária tradicional (eram comuns as teses intituladas “X, o autor e a obra”), que buscava desnudar a vida do autor para melhor entender a sua obra. Como observa o professor, “o

século XX começou pelas transgressões na literatura (e portanto na noção de autor) pelos vanguardistas, e terminou com a dissolução dos limites da literatura (e portanto na noção de autor) pela pós-modernidade” (COMPAGNON, 2000, pt. 1, tradução nossa). Em um cenário no qual a mídia digital tem substituído paulatinamente a mídia física como suporte para a circulação artística e informacional, Compagnon (2000, pt. 1) coloca a seguinte questão: qual acepção podemos ainda dar a uma noção crítica como a de autor quando ela encontra-se confrontada pela variedade e diversidade de experiências e práticas culturais? Nesse sentido, as ideias apresentadas a seguir iriam compor a literatura de vanguarda, que decretou o desaparecimento do autor, a compreensão da obra escrita pelo neutro (COMPAGNON, 2000, pt. 1).

Para o escritor, semiólogo, crítico literário e filósofo francês Roland Barthes, a figura romântica do Autor como alguém que cria pelo dom da sua imaginação passa a ser substituída pela figura do *Scriptor*, o qual promove, em verdade, um novo arranjo artístico fundado em convenções textuais e culturais pré-existentes. Barthes nos diz que, como instituição, “(...) o autor está morto: sua pessoa civil, passional, biográfica, desapareceu; ele não exerce mais sobre a sua obra a formidável paternidade cuja história literária, o ensino, a opinião se encarregaram de estabelecer e renovar a narrativa” (BARTHES, 1973, tradução nossa)[15].

De modo semelhante, em paráfrase a Beckett (não mencionando de modo intencional), Foucault afirma: “*qu'importe qui parle (...) quelqu'un a dit qu'importe qui parle*”, proclamando, assim, o anonimato da expressão literária contemporânea. Foucault questiona o mito da unidade da criação, falando em “grandes textos coletivos” e “discursos transindividuais”, em oposição às “unidades habituais do livro, da obra e do autor” (COMPAGNON, 2000, *deuxième leçon*).

A noção de lugar do autor é, pois, uma das mais controvertidas nos estudos literários e, sob o ponto de vista histórico, é possível dizer os fenômenos sociais recentes confirmaram as ideias de Barthes e Foucault[16] (COMPAGNON, 2000, pt. 1). Os questionamentos

apresentados, derivados do próprio sistema da Arte, devem ser considerados pelo Direito Autoral – porquanto este se volta, em parte, à regulação do sistema artístico – no sentido de flexibilização da noção jusnaturalista do autor (especialmente em sua vertente propriedade-personalidade) que sustenta a doutrina autoralista em seu projeto de maximização de direitos autorais. Já é possível observar no meio artístico, como pontuado acima, um discurso em favor de direitos autorais mais flexíveis, que se voltem essencialmente à integridade artística e que dê mais espaço aos modos alternativos de difusão informacional, integrados à prática de livre compartilhamento na internet (MIZUKAMI, 2007, p. 348).

### 2.3 O Público

Por último, cumpre apenas mencionar o terceiro setor de interesse social que compõe o ambiente dos direitos autorais, a saber, o público, em geral, porquanto mesmo os artistas e os intermediadores da propriedade intelectual integram tal grupo. Algumas alternativas digitais da indústria de conteúdo, talvez em razão do acesso prático a uma vasta biblioteca de conteúdo a baixos custos, têm conseguido angariar o público, tal como o Netflix, na área cinematográfica, e o Spotify, na música. Ainda nesses casos, no entanto, os valores auferidos pelos intermediadores de conteúdo são questionados frente ao baixo valor revertido aos autores (LELLO, 2015). Entre tal alternativa e a distribuição voluntária e gratuita de conteúdo, alguns artistas, especialmente músicos, terminam por preferir esta última opção.

Atente-se, ainda, para o fato de que, da mesma forma que a indústria de conteúdo, nos sistemas de *Droit d’Auteur*, ampara-se na figura do autor, vale-se também do interesse público na tradição de *Copyright* (que se refere constantemente ao utilitarismo) para a defesa das garantias que terminam por sustentar um modelo específico de exploração dos bens informacionais. Nesta tradição, especialmente forte Estados Unidos, “(...) sob a égide de uma propalada ‘livre circulação de ideias’ (...) [visa-se] a garantir, em primeiro lugar, a livre utilização e exploração comercial das

obras, não pelo público em geral, mas pelos editores, produtores e outros proprietors (...)” (FRAGOSO, 2012, p. 209).

Não é de hoje que se tem a contestação da ideia de propriedade intelectual. Em que pese a fundamentação jusnaturalista (em sua vertente propriedade-trabalho ou propriedade-personalidade) que sustenta o vínculo indissociável do autor e a sua obra, tal conceito se deveu a uma construção específica emergente de um dado contexto social. A noção de propriedade intelectual não é, pois, intuitiva, como resta bem ilustrado pelo comentário de Cavalcanti sobre o dispositivo da Constituição de 1891:

Proprietário de uma idea?! dono de um pensamento?! [...] o mundo das idéas é uma communhão, e accumula o que lhe hão legado, a titulo gratuito, as cogitações dos doutos, dos sábios, dos genios de muitas e muitas gerações. D’esse repositorio commum e inesgotavel, desse patrimonio intellectual da humanidade tiram seos elementos fornecedores as novas concepções no domínio das sciencias, das letras, das artes. Os modernos têm assim a collaboração, gratuita, desinteressada, franca, dos antigos pensadores; e, o que é mais, sem ella bem pouco fariam, além de tacteios, ensaios e tentames. (CAVALCANTI *apud* MIZUKAMI, 2007, p. 242)

Da mesma forma, para Le Chapelier (*apud* MIZUKAMI, 2007, p. 269-279), “uma vez publicada a obra, (...) o trabalho era entregue ao público: o princípio ordenador das normas de direito autoral não era a propriedade autoral, mas sim o domínio público, ao qual aquela era exceção e não regra. (...) uma obra publicada é, essencialmente, propriedade pública e não propriedade do autor”. Observa-se, assim, que a proteção tradicional da propriedade intelectual, voltada especialmente para os direitos de reprodução, sempre foi questionada no plano teórico e, no plano dos

fatos, sempre ocorreu o empréstimo dos bens intelectuais – as tecnologias digitais e a internet apenas reforçaram tais questões, amplificando as práticas sociais que vão de encontro à proteção absoluta dos direitos autorais. Nas palavras de Mizukami (2007, p.16), “a facilidade da reprodução e distribuição global de materiais protegidos por normas de direitos autorais em meio digital reforçou antigas e tradicionais normas sociais de troca cultural informal, de modo que o que antes ocorria apenas entre vizinhos e conhecidos passou a ocorrer em escala mundial”.

Para Compagnon (2000, pt. 11, tradução nossa), do ponto de vista institucional, “(...) a tensão atual é evidente. O autor, o direito de autor são desafiados pelas novas tecnologias e pela cultura digital. Mas ao mesmo tempo, resultado paradoxal dessas contestações, jamais fomos tão sensíveis (...)”. A solução intentada por Mizukami (2007, p. 301), no sentido de remunerar o artista, garantir o retorno do capital investido pelos produtores, e promover o amplo acesso à cultura, volta-se à canalização destes múltiplos interesses sociais na interpretação da LDA/98 à luz da Constituição, no sentido de “(...) contrastar esses discursos ao discurso da Constituição, para não incorrer em vícios interpretativos”.

Importa perceber, ao final, que há, hoje, em decorrência dos imperativos de flexibilidade de negócios e de práticas sociais, uma nova estrutura social substitutiva do modelo industrial, designada pelo sociólogo espanhol Manuel Castells como “sociedade em rede”, cujo funcionamento depende da tecnologia digital<sup>[17]</sup>. Em decorrência desta nova morfologia social, que centraliza a informação e o conhecimento, observa-se a mudança dos hábitos de circulação de bens intelectuais, os quais compõem o interesse social do público sobre o mercado informacional. Fala-se, pois, em uma nova demanda social sobre a circulação de informações e de cultura, a qual se ampliou de modo notório com o advento da internet, no final do século XX.

### **3 CONCLUSÃO**

Ao longo da exposição, foi possível perceber a existência de interesses sociais diversos (autor, intermediador e público) sobre as obras intelectuais, os quais se relacionam principalmente ao campo da Economia, da Arte e da Ciência. O Direito Autoral, tal como se mostra historicamente e até hoje, no Brasil e no mundo, tem funcionado em acordo com os ditames da Economia, deixando em um segundo plano as demandas da Arte e da Ciência. Mesmo a Economia, no entanto, apresenta demandas diversas àquelas que guiam o Direito Autoral, como se nota a partir dos interesses econômicos de pequenas produtoras de conteúdo e do autor, pouco contemplados diante do poder de fato assegurado às grandes indústrias de conteúdo, em parte, por essa área do direito.

Evidencia-se, assim, que a guerra travada contra o compartilhamento de arquivos na Internet volta-se, muito mais, a preservar uma posição hegemônica viabilizada por um modelo específico de circulação dos bens informacionais (que favorece a concentração da exploração econômica nas mãos de poucas empresas) do que a efetivamente coibir uma suposta desvalorização dos autores, desestímulo à produção criativa e aniquilamento das mídias tradicionais de obras, uma vez que os interesses econômicos desse grupo social são intimamente alcançados pelo modelo atual de proteção das obras intelectuais. É possível concluir, portanto, que a ideia de que a ausência de coibição do fenômeno de compartilhamento livre de obras intelectuais na internet implicará a supressão total dos interesses de editores e autores é questionável.

Tais percepções abrem o horizonte do Direito (via legislativa ou judicial) para outras formas de conciliar os diversos interesses sociais no campo dos direitos autorais. A proposta deste estudo não é, pois, a desconsideração de interesses socioeconômicos, mas a responsividade do sistema jurídico a outras irritações sociais, para além da Economia, e o bloqueio de eventuais corrupções sistêmicas aferidas na relação Economia-Política-Direito-Arte-Ciência. Tais circunstâncias, observáveis

no ambiente social que circunda o Direito Autoral, devem ser consideradas pelo aplicador do Direito em razão do imperativo da responsividade às demandas sociais.

Vimos, nesse sentido, que há uma multiplicidade de estratégias de difusão de conteúdo, desconstruindo-se as ideias difundidas a respeito da suposta necessidade de um modelo unívoco de aproveitamento das obras. A ascensão da nova mídia e a perda de força do modelo industrial tradicionalmente hegemônico de difusão de conteúdo revelam um conflito de natureza econômica, cuja resolução não depende necessariamente das estratégias repressivas empreendidas por meio do sistema jurídico, tal como se tem buscado fazer em favor do modelo tradicional, pois se trata de preocupação afeta ao sistema da Economia, que se propõe, por exemplo, ao desenvolvimento de modelos mais competitivos difusão cultural no cenário da internet e à desobstrução de barreiras econômicas ao acesso à cultura.

A partir da percepção da ineficácia das estratégias repressivas e da reinvenção dos mecanismos de compartilhamento de obras intelectuais, conclui-se pela força do referido hábito, o que indica a necessidade de adequação do Direito Autoral às novas demandas sociais. Assim, em um cenário em que há um verdadeiro costume nacional de difusão livre de obras intelectuais na internet, que não dá sinais de regredir diante de estratégias repressivas, uma possível forma de sustentação do Direito enquanto sistema, no campo autoral, seria garantir as condições de igualdade necessárias para que todas estas alternativas econômicas e não econômicas, sintetizadas por Benkler (*v. supra*), fossem potencialmente possíveis de destacarem-se, auxiliando reflexamente na manutenção da autopeiose dos sistemas dos quais derivam os bens intelectuais aqui estudados (Arte e Ciência). Essa seria uma estratégia de regulamentação para que o sistema jurídico, no que toca às normas de direito autoral, garantisse a própria existência em meio ao conflito social apontado, que irrita diversos sistemas e reclama respostas em todos eles.

#### 4 REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS. Perguntas e respostas. Disponível em: <http://www.abdr.org.br>. Acesso em: 25 mai. 2015.

BENKLER, Yochai. **The wealth of networks**: how social production transforms markets and freedom. New Haven/London: Yale University Press, 2006. Disponível em: [www.benkler.org/Benkler\\_Wealth\\_Of\\_Networks.pdf](http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf). Acesso em: 22 mai. 2015.

CASTELLS, Manuel; FONTES, Malu. “A comunicação em rede está revitalizando a democracia”. **Correio da Bahia**, 11 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.fronteiras.com/entrevistas/manuel-castells-a-comunicacao-em-rede-esta-revitalizando-a-democracia>. Acesso em: 19 mai. 2015.

CHENG, Jacqui. “Study: pirates biggest music buyers. Labels: yeah, right”. **Ars Technica**, 21 abr. 2009. Disponível em: <http://arstechnica.com/tech-policy/2009/04/study-pirates-buy-tons-more-music-than-average-folks/>. Acesso em: 15 mai. 2015.

COMPAGNON, M. Antoine. **Cours de Théorie de la Littérature**, Paris (Paris IV), 2000. Disponível em: <http://www.fabula.org/compagnon/auteur.php>

FGV-CTS. **Direitos autorais em reforma**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011.

FRAGOSO, J. H. R. **Direito de autor e copyright**: fundamentos históricos e sociológicos. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

HERVAUD, Alexandre. “Jean-Luc Godard soutient un pirate”. **Libération**, 13 de setembro de 2010. Disponível

em:[http://ecrans.liberation.fr/ecrans/2010/09/13/jean-luc-godard-soutient-un-pirate\\_948808?page=article](http://ecrans.liberation.fr/ecrans/2010/09/13/jean-luc-godard-soutient-un-pirate_948808?page=article). Acesso em: 18 mai. 2015.

KARAGANIS, Joe (ed.) **Piratería de Medios en las Economías Emergentes**. Social Science Research Council: Estados Unidos, 2012.

LELLO, Michael. “Spotify and music streaming: the system is broken, musicians and industry insiders say”. **HNGN**, 1º de dezembro de 2014. Disponível em:<http://www.hngn.com/articles/50910/20141201/spotify-and-music-streaming-the-system-is-broken-musicians-and-industry-insiders-say.htm>. Acesso em: 15 mai. 2015.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade**. Creative Commons, 2004. Disponível em: <https://www.ufmg.br/proex/cpinfo/educacao/docs/10d.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP), 2007.

\_\_\_\_\_; REIA, Jhessica; VARON, Joana. **Mapeamento da mídia digital no Brasil**. FGV Direito Rio: Rio de Janeiro, 2014.

MORSA, Maxime. “Godard confirme son opposition a hadopi en aidant un pirate”. **Les Inrocks**, 14 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.lesinrocks.com/2010/09/14/actualite/godard-confirme-son-opposition-a-hadopi-en-aidant-un-pirate-1125834/>. Acesso em: 18 mai. 2015.

PASCOAL, Hermeto; RODRIGUES, Alex; PEDUZZI, Pedro. “Aos 75 anos, Hermeto Pascoal diz querer compor ‘a música livre de adjetivos’”. **Agência Brasil**, 02 de julho de 2011. Disponível

em:<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-07-02/aos-75-anos-hermeto-pascoal-diz-querer-compor-%E2%80%9C-musica-livre-de-adjetivos%E2%80%9D>. Acesso em: 20 mai. 2015.

\_\_\_\_\_ ; YODA, Carlos Gustavo. “‘Deus disse: ‘Crescei e multiplicai-vos’; pirateiem meus discos’, clama Hermeto Pascoal”. **Carta Maior**, 25 de janeiro de 2006. Disponível em:<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia/%27Deus-disse-%27Crescei-e-multiplicai-vos%27-pirateiem-meus-discos%27-clama-Hermeto-Pascoal/12/9071>Acesso em: 18 mai. 2015.

PFANNER, Eric. “Film director comes to the defense of a convicted internet pirate”. **New York Times**, 21 de setembro de 2010. Disponível em:[http://www.nytimes.com/2010/09/22/technology/22iht-godard.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/09/22/technology/22iht-godard.html?_r=0). Acesso em: 18 mai. 2015.

SHIELDS, Rachel. “Illegal downloaders ‘spend the most on music’, says poll”. **The independent**, 1º de novembro de 2009. Disponível em:<http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/illegal-downloaders-spend-the-most-on-music-says-poll-1812776.html>. Acesso em: 15 mai. 2015.

## NOTAS:

[1] A título de exemplo, veja-se o posicionamento do representante da gravadora EMI, que afirmou que “There is one thing we are not going away, and it is the consumption of music increases, while revenue declines. It can not be explained in any way other than that the illegal downloading is over the legal sale of music” (CHENG, 2015). Também a British Phonographic Industry (BPI) credita aos downloads “ilegais” a redução de receita da indústria fonográfica em milhões de libras (SHIELDS, 2015).

[2] Conforme a linha maximalista de direitos autorais, a “pirataria” seria, ademais, “(...)fonte de desemprego, alimentaria o crime organizado, esvaziaria os cofres públicos em razão de tributos não arrecadados, atuaria como incentivo negativo para a criação de

novas obras intelectuais, prejudicaria os comerciantes brasileiros, afastaria investimentos estrangeiros, e faria o Brasil ter uma má imagem internacional, como um paraíso de ilegalidade que não confere à propriedade intelectual o prestígio que ela merece” (CTS, 2011, p. 95).

[3] Ressalva-se, contudo, que os estudos referidos não abarcam o impacto do fenômeno para outros tipos de obras intelectuais (ex: livros e filmes), as quais seguem lógica diversa da lógica do âmbito musical.

[4] “Todas as pressuposições a respeito dos malefícios da pirataria dependem, em grande grau, de sustentação empírica. Essa sustentação empírica, infelizmente, tem se provado frágil, infundada (quando não simplesmente inexistente), e tendenciosa. Basta identificar quem encomenda as pesquisas, o que é demandado do Estado, e o quanto isso reflete o interesse público diretamente, ao invés de refleti-lo apenas indireta e teoricamente, por meio do atendimento de interesses privados” (CTS, 2011, p. 96). Para um estudo mais detalhado sobre pirataria, v. “Piratería de Medios en las Economías Emergentes” (KARAGANIS, 2012).

[5] Algumas pesquisas demonstram que o usuário que adquire conteúdo digital de modo livre e gratuito também paga por música digital (CHENG, 2015). Gregory Butler, um veterano da indústria musical, entende, no entanto, que os usuários que fazem download estão mais suscetíveis a pagarem pela mídia física, pois entendem haver ali um valor agregado de tecnologia e de trabalho envolvendo uma vasta mão-de-obra, do que pela mídia digital, a qual extingue os custos de distribuição (LELLO, 2015).

[6] Destaca-se, ademais, que “o Brasil se tornou muito dependente de tecnologias e plataformas estrangeiras no ambiente digital. Facebook, Google, Apple e Amazon são os responsáveis por vários serviços fundamentais à distribuição de conteúdo, hospedagem, redes sociais e mecanismos de busca, e acabam definindo gradualmente o consumo de mídia no país. Além da vulnerabilidade econômica, a privacidade é também um problema (...)” (MIZUKAMI; REIA; VARON, 2014, p. 164).

[7] No mesmo sentido, Lessig (2004, p. 9): “Esse protecionismo não visa proteger os artistas. Na verdade, esse é um protecionismo que visa proteger certas formas de negócio. As corporações ameaçadas pelo potencial da Internet em mudar a forma como tanto a cultura comercial quanto a não comercial é feita e compartilhada se uniram para induzir os legisladores a usarem a lei para as protegerem”.

[8] Sobre os prejuízos causados pela pirataria, veja-se o que a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos aduz em seu site (ABDR, 2015): “Tudo isto se traduz em pouca atratividade para gerar e publicar conteúdos, o que acabará resultando numa possível interrupção do processo de disseminação do conhecimento acadêmico em língua portuguesa”.

[9] Como aduz Fragoso (2012, p. 191), “seja em um sistema ou outro, não há limitações para a exploração patrimonial das obras, uma vez autorizada por seus autores (...), não sendo este ou aquele sistema jurídico-autoral que faz a diferença”. No mesmo sentido, Mizukami (2007, p. 271) sustenta que “a realidade dos negócios jurídicos habituais entre autor e editor, entretanto, torna os direitos morais uma mera concessão simbólica à figura do autor, cínica por um lado, e útil munição retórica para maximização de direitos, por outro”.

[10] No exemplo trazido por Mizukami (2007, p. 319): “Na Lei de Direitos Autorais brasileira, um bom exemplo é o direito sobre a criação de obras derivadas. O art. 24, dispõe em seu inciso IV que é direito moral do autor “o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra”. O inciso V do mesmo artigo, a seu turno, dispõe que é direito moral do autor “o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada”. Tanto um como outro incidem no caso de traduções e outras obras derivadas: podem muito bem ser ofensivos à reputação do autor uma tradução ou arranjo musical malfeitos. Ocorre que o art. 29, inserido no capítulo III da Lei (“Dos direitos patrimoniais do autor e de sua duração”), preceitua em seu inciso IV, como direito patrimonial, “a tradução para qualquer idioma”. O

inciso III do mesmo artigo, a seu turno, dispõe como direito patrimonial: “a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações”. Traduções e outras obras derivadas, desta maneira, ficam em uma zona de penumbra moral/patrimonial, com o elemento patrimonial saindo-se vencedor no caso de uma cessão de direitos que transfira ao editor a totalidade dos direitos patrimoniais.”

[11] “Autores que se encontram em grau de dependência e vinculação profissional intensa com a indústria do conteúdo tendem a repetir o discurso da indústria. É o caso emblemático da banda Metallica, de Britney Spears e de Daniela Mercury” (MIZUKAMI, 2007, p. 344-345).

[12] Como exemplo: Jeff Tweedy, da banda Wilco, Courtney Love, Woody Guthrie, Björk, a banda Radiohead, Arctic Monkeys, Mombojó etc.

[13] Segundo Mizukami (2007, p. 345), “(...) mesmo autores inseridos no sistema de produção industrial não raramente demonstram insatisfações com a indústria, e defendem regimes de direito autoral não-maximalistas”.

[14] O recurso de James Climent à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) não foi conhecido.

[15] Contudo, segundo Barthes (1973, tradução nossa), o autor ainda existe no universo criado pelo próprio leitor: “no texto, de uma certa forma, eu desejo o autor: eu preciso da sua figura (que não é nem a sua representação, nem a sua projeção), como ele precisa da minha”. Para Compagnon (2000, pt. 11, tradução nossa), “o autor designa, talvez mal, desajeitadamente, a necessidade de uma epistemologia e de uma ética da leitura; o autor é o nome de uma norma para a interpretação”. Trata-se, no campo literário, de uma categoria hermenêutica.

[16] Com a ressalva de Compagnon (2000, pt. 11, tradução nossa): “De outro lado, jamais os manuscritos foram vendidos tão caros (...) O cânone, a hierarquia são claros, sem dúvida, entre os

grandes escritores e os outros. É difícil dizer com isso que o autor está morto.”

[17] Nesse sentido, a afirmação de Manuel Castells em entrevista concedida neste ano para o Correio da Bahia (CASTELLS; FONTES, 2015): “a rede é uma realidade generalizada para a vida cotidiana, as empresas, o trabalho, a cultura, a política e os meios de comunicação. Entramos plenamente numa sociedade digital (não o futuro, mas o presente) e teremos que reexaminar tudo o que sabíamos sobre a sociedade industrial, porque estamos em outro contexto”.

## UM ESTUDO SOBRE MEDIAÇÃO COMO FORMA AUTOCOMPOSITIVA DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL TRAZIDA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**THÍFANI RIBEIRO VASCONCELOS DE OLIVEIRA:**

Advogada. Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

**RESUMO:** O presente trabalho parte do pressuposto de que o atual modelo de justiça processual apresenta-se imerso em uma crise de legitimidade, resultado do monopólio Estatal dos meios de resolução dos conflitos e da sua incompetência em administrar este poder-dever, o que gerou a ineficácia das decisões e a ineficiência dos procedimentos adotados, apresentando a sociedade um total descrédito quanto ao Poder Judiciário. Assim, frente a este cenário, o novo Código de Processo Civil, regulamentou o ideal proposto pela Resolução n. 125 do CNJ e encarta o princípio de estímulo a resolução dos conflitos através das medidas autocompositivas. Trazendo para a sistemática processual um modelo de multipostas, em que o litigante poderá escolher qual o método que quiser adotar, que melhor se acomodar com os seus interesses e anseios.

**PALAVRAS-CHAVE:** Monopólio da jurisdição. Crise. Novo CPC. Estímulo à autocomposição. Mediação.

**ABSTRACT:** This paper assumes that the current procedural justice model presents itself immersed in a crisis of legitimacy as a result of the State monopoly of resolution means of conflict and its incompetence in managing this power and duty, which generated the ineffectiveness of the decisions and the inefficiency of the procedures adopted, with the company a total discredit on the judiciary. So, against this background, the new Civil Procedure Code, regulated the ideal proposed by Resolution no. 125 CNJ Encarta and the principle of encouraging the resolution of disputes through autocompositivas measures. Bringing the procedural systematic one

multipostas model, in which the plaintiff can choose which method they want to adopt that best accommodate your interests and desires .

**KEYWORDS:** Monopoly of jurisdiction. Crisis. New CPC. Encouraging autocomposição. Mediation.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O conflito: compreendendo o conceito e as formas para solucioná-lo; 2. Mediação: mecanismo de efetivação da autocomposição; 3. A mediação no novo código de processo civil - CPC – o princípio do estímulo da solução do litígio por autocomposição; Conclusão; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O conflito é um fenômeno que têm um potencial de desagregação, pois é o cerne para a mudança pessoal e social, além de ser um sinal de aviso, sobre as insatisfações e os problemas que permeiam a sociedade. Por isso que lhe deve ser dada atenção a fim de evitar o comprometimento da paz social e da estrutura estatal.

E o modo como o Estado brasileiro encontrou para pacificar a sociedade, mantendo-a unida, coesa, regulada, e, também, extrair do conflito as suas melhores consequências foi trazendo para si a atribuição de dar as soluções aos litígios, através do Poder Judiciário, investido como o Estado-Juiz, utilizando-se da jurisdição e do processo como instrumentos. Ao fazer isso, passou a monopolizar a Jurisdição e ditar o direito para cada caso concreto de forma impositiva, ou seja, tenta-se neutralizar o conflito com a aplicação forçada do direito.

Todavia, o atual sistema processual pautado na retribuição, baseando-se no mero encerramento do conflito, apresentou-se com o passar do tempo cada vez mais desatualizado, aleatório à realidade vigente e extremamente burocrático o que o transformou em um aparato ineficaz, ineficiente, chegando-se ao ponto de em alguns casos serem obsoleto.

Atento a este cenário, o novo Código de Processo Civil, inspirado pela Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça propõe a utilização de outras modalidades de resolução dos conflitos, visando desafogar o judiciário e dar a solução adequada para cada caso concreto, exalta, para tanto, a mediação como um modelo inteligente e útil para resolver os conflitos.

Assim, o objetivo do presente estudo é analisar o instituto da mediação com foco na sua vocação para a resolução de conflitos, além das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil. A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, parcialmente exploratória, e que parte-se de um escorço histórico sobre o conflito e as formas como este foi resolvido no decorrer da história, além de informar as outras modalidades existentes de resolver o conflito.

## **1. O CONFLITO: COMPREENDENDO O CONCEITO E AS FORMAS PARA SOLUCIONÁ-LO**

O convívio harmonioso e pacífico, em que o direito de todos seja respeitado igualmente, é um ideal ainda a se alcançar, pois os bens imprescindíveis para a sobrevivência e para a satisfação dos desejos sociais são limitados, em oposição às necessidades humanas, que são ilimitadas. Esta discrepância faz surgir os embates entre os indivíduos e/ou grupos que compõem determinada sociedade.

Conceituar o que seria um conflito é uma tarefa difícil, pois este é composto por diversas variantes, já que os embates podem ser sociais, políticos, familiares, internos, externos, étnicos, religiosos ou, ainda, envolvendo os valores. É um processo em que duas ou mais pessoas divergem, em função de pontos de vista, metas, interesses ou objetivos que são, entre si, inconciliáveis.

Corroborando o exposto acima, Jose Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 45) acrescentam:

De fato, a noção de conflito não é unânime. Nascido do antigo latim, a palavra conflito tem como

raiz etimológica a ideia de choque, ou a ação de chocar, de contrapor ideias, palavras, ideologias, valores ou armas. Por isso, para que haja conflito é preciso, em primeiro lugar, quer as forças confrontastes sejam dinâmicas, contendo em simplórias o sentido da ação, reagindo umas sobre as outras.

Na tentativa de uma explicação mais esmiuçada para a palavra conflito, tem-se que consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito o dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito. Para manter esse direito, afirmá-lo ou restabelecê-lo, muitas vezes lançam mão da violência, o que pode trazer como resultado o aniquilamento de um dos conflitantes.

Segundo Ada Pellegrini (CINTRA, 2010, p. 26), os conflitos podem surgir entre os indivíduos e *“caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão”*.

Neste cenário surge um conflito quando uma parte almeja determinada condição ou coisa que, imediatamente, exclui a desejada pela outra, ou seja, quando há a resistência de uma das partes ou, ainda, quando há divergência entre posicionamentos e ideias.

E quando a pretensão de uma das partes envolvidas no conflito opõe-se à outra, afrontando, existindo, assim, uma pretensão resistida, o conflito assume as feições de lide (do latim, *lis, litis*) ou litígio.

Sendo a lide uma modalidade de conflito de interesses mais qualificada, Carnelutti (CARNELUTTI, 2000, p. 78) definiu-a como: *“um*

*conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida). O Conflito de interesses é o seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal”.*

A ideia inicial que permeia este tema é que tal desordem seria um fenômeno negativo nas relações sociais, pois proporciona perdas para uma das partes envolvidas. Entretanto, como ele está intrinsecamente relacionado com a natureza humana, não se deve restringi-lo a uma conotação negativa. Afinal, dependendo do modo como é tratado, pode ser uma fonte importante de mudança e evolução. Por isso que, atualmente, é visto como um fenômeno positivo para a comunidade, claro, desde que o Estado consiga mantê-lo sob o seu controle a sua potencialidade destrutiva e desintegradora.

Ressaltando a importância dos conflitos e o seu aspecto positivo, Jose Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 47 e 53), contribuem:

Em resumo, o conflito é inevitável e salutar (especialmente se queremos chamar a sociedade na qual se insere de democrática), o importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo fugindo da ideia de que seja um fenômeno patológico e encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo conforme os valores inseridos no contexto social analisado. Uma sociedade sem conflitos é estática!

[...]

Nestes termos, conflito e desacordo são partes integrantes das relações sociais e não necessariamente sinais de instabilidade e rompimento. Invariavelmente, o conflito traz mudanças, estimulando inovações. Lewis Coser, inclusive, aponta o conflito como um dos meios de manutenção da coesão do grupo no qual ele explode. As situações

conflituosas demonstram, desse modo, uma forma de interação intensa, unindo os integrantes do grupo com mais frequência que a ordem social normal, sem traços de conflitualidade. (pág. 53)

Por isso que, incumbe ao Estado, portador do *ius puniendi*, através dos mecanismos de heterocomposição, regular os conflitos que permeiam à comunidade e podem acarretar em desagregação social, dando-lhes a melhor solução para o caso (manutenção estatal), pois as desordens sempre traduziram as necessidades e as fragilidades dos indivíduos e, via de consequência, do grupo, devendo, assim, ficar sob o controle estatal.

Todavia, nem sempre foi assim. Nos primórdios da civilização dos povos, a vingança era o modo utilizado para solucionar os conflitos, já que eram os próprios particulares e integrantes de cada grupo que regiam as ofensas, prevalecendo, sempre, as reações espontâneas, os impulsos de retaliação, que implicavam no emprego da força de um em desfavor do outro e em uma exacerbada violência.

A autodefesa é a forma mais antiga de solução dos conflitos, pois antes dos Estados se estabelecerem e monopolizarem a atribuição de dar a resposta aos conflitos, ficava a cargo do próprio interessado solucionar os embates que se envolveu, utilizando-se do emprego da força ou de outros meios violentos, prevalecendo, sempre a vontade do mais forte.

Alerta Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, 2015, p. 5) que:

Por “força” deve-se entender qualquer poder que a parte vencedora tenha condições de exercer sobre a parte derrotada, resultando na imposição de sua vontade. O fundamento dessa força não se limita ao aspecto físico, podendo-se verificar nos aspectos afetivo, econômico, religioso, etc.

Conhecida como a forma mais rudimentar e selvagem de resolução dos conflitos, a autodefesa, também chamada de autotutela, é definida

como um método de resposta aos litígios, caracterizado pela ausência de um juiz independente e imparcial e pela imposição da vontade de uma parte sobre a outra. E ocorre quando o próprio sujeito (ofendido) busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o em detrimento da parte contrária.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro há uma proibição expressa, constante no artigo 345 do Código Penal, que tipifica a conduta de “*fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite*”, pois não se admite que o próprio interessado por suas forças, realize a justiça. Todavia, como o Estado não é onipresente, não podendo estar tutelando os indivíduos e os bens jurídicos em todo lugar e a todo o momento, excepciona hipóteses em que o titular de um direito possa se valer desta modalidade.

Somente a partir do momento em que se ampliaram os meios de subsistência é que se abandonou o ímpeto vingativo, tornando-se possível a realização de uma composição pacífica dos conflitos. Passou-se, paulatinamente, de um modelo de vingança privada ilimitada, para um baseado na proporcionalidade da vingança em relação à ofensa produzida. Tal transição ocorre de modo espontâneo e natural, em virtude do processo de sedentarização.

Em descompasso à autotutela, a autocomposição aparece como resultado de uma atitude altruísta de um ou ambos os envolvidos, pois se manifesta através da celebração de um acordo, renúncia ou reconhecimento a favor da parte contrária.

Na autocomposição o que determina a solução do conflito não é a utilização da força, como na autodefesa, mas a vontade das partes envolvidas, o que é, ressalte-se, mais coerente com os objetivos do Estado democrático de direito. Inclusive, atualmente, tal modelo é visto pelos doutrinadores como um excelente meio de pacificação social porque inexistente uma decisão impositiva e coercitiva, valorando-se, tão somente, a autonomia da vontade das partes. Alguns autores destacam que a conciliação e a mediação seriam os modelos primordiais de autocomposição.

Ensina José de Albuquerque Rocha (ROCHA, 2009, p. 13) que a autocomposição é:

O modo de tratamento dos conflitos em que a decisão resulta das partes, obtida através de meios persuasivos e consensuais, residindo nisto sua diferença da autotutela, em que a decisão é imposta por uma das partes. Na autocomposição, como a decisão é produzida pelas partes, seu grau de eficácia é elevado.

Como modelos de autocomposição, podemos citar a transação, a submissão e a renúncia. A **Transação** – é caracterizada como uma forma bilateral de resolução dos conflitos, pois se exige uma participação ativa de ambas as partes. O acordo se dará através de concessões recíprocas, há um sacrifício mútuo dos interesses, ou seja, as partes envolvidas negociam cada uma abdicando de parte dos seus interesses, para se alcançar a solução do conflito. A **Submissão** – é considerada uma modalidade unilateral, pois há a participação ativa apenas de um dos envolvidos. Nesta espécie uma parte admite a procedência das alegações da outra, reconhecendo, assim, a pretensão alheia. E a **Renúncia** - também chamada de desistência, aqui, o exercício de vontade, também, é unilateral, pois conforme diz o próprio termo, ocorrerá quando alguém renunciar a sua pretensão. Aqui, o titular da pretensão, desiste de pleiteá-la, renuncia-se o direito do qual é titular.

Com a civilização, a justiça privada, realizada individualmente pelo homem, cedeu lugar à justiça estatal, que se caracteriza como sendo a jurisdição, e corresponde ao poder de julgamento dos indivíduos reunidos em sociedade.

Sobre esta transição ensina Jose Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 57/58):

Paulatinamente, conforme iam se sofisticando as relações sociais, a instituição estatal de monopólio e aplicação do direito – jurisdição – aparece, ainda que primitivamente, e mune-se do poder de coerção. Esse

fato, proporcionalmente, vai afastando a justiça privada, ora considerada como garantia e execução pessoal do direito. Oriunda da ausência de um poder central organizado, é geradora de intranquilidades comprometedoras do convívio social, afinal, nesses conflitos tratados mediante a defesa privada, não há como saber, quem realmente detinha razão ou quem fora mais forte, mais astuto, no desenrolar da lide.

A partir da formação dos Estados modernos, o processo judicial passou a disciplinar as condutas dos indivíduos, em face da necessidade de pôr fim às relações litigiosas privadas que constituíam um verdadeiro perigo comum. A ofensa, gerada pelo conflito, em vez de vingada, passou a ser indenizada, compensada, por força da transação ou conciliação e de decisão confiada a um juiz designado pelo Monarca.

Quando o Estado trouxe para si o poder-dever de dar as respostas adequadas e justas para todos os conflitos que afligem a sociedade, atuando como terceiro imparcial consagrou a heterocomposição como a forma prioritária de resolução das questões, considerando as demais modalidades como primitivas.

No Brasil, a atuação do Estado para a resolução dos conflitos é resguardado pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, também chamado de princípio da ubiquidade da justiça, que determina que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da CF/88).”*

Tal princípio é considerado direito fundamental pela Constituição da República e se apresenta como uma das maiores realizações do Estado Democrático de Direito, uma vez que concretiza um dos seus pilares de sustentação, qual seja a universalização da participação popular.

Ao assegurar a todos os cidadãos a possibilidade de resolver o seu litígio, sem qualquer obstáculo, através do Poder Judiciário, o Estado

sustenta que a prestação jurisdicional é a forma mais segura para a resolução das querelas, devendo ser a única a ser utilizada, criando, assim, uma dependência.

Na lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, 1993, p. 33):

O direito à jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, da outra, dever do Estado.

A partir do momento em que o Estado trouxe para si o monopólio da jurisdição, coibindo as práticas de autotutela, autocomposição, vingança privada e meios extrajudiciais, passou a ter o dever de promover a justa pacificação das querelas e proporcionar a todos o ingresso em juízo para que haja a proteção dos bens jurídicos tutelados.

Com tal postura, o Estado, buscou evitar, dentre outras coisas, (i) que novos conflitos fossem instaurados; (ii) a utilização da força como instrumento; (iii) o agravamento das diferenças e divergências se acentuem; (iv) a prevalência da que a vontade do mais forte e (v) a instauração e perpetuação da velha política da vingança de sangue e do “*olho por olho e dente por dente*”.

E, para alcançar tais fins, utilizou uma política de desestímulo à busca de práticas alternativas para a resolução dos conflitos, e de condutas ativas dos cidadãos em resolver sozinhos os problemas que estejam envolvidos. Para tanto, defende que os litígios devem ser apreciados detidamente pelos Estados e, este, deverá impor a solução que mais adequada para o caso, tudo em prol de uma sociedade saudável e igualitária.

Em verdade, esta preocupação estatal nada mais é do que um controle, o medo de que os conflitos se catalisem e se transforme em fator de desagregação e, por sua vez, de enfraquecimento das classes dominantes é mascarado pela busca da pacificação, igualdade e unidade.

Neste cenário, o direito de acesso à justiça, aparece como um importante mecanismo utilizado pelo Estado, na medida em que se prega a abertura das portas do Poder Judiciário, como uma forma de inclusão e de preocupação com as desigualdades, enquanto que, na verdade busca-se ter o controle quase que absoluto sobre o cotidiano e as mazelas que afligem à população e as soluções que devem ser dadas, utilizando-o como um instrumento de reafirmação do seu poder.

Assevera Canotilho (CANOTILHO, 2008, p. 433) que:

O direito de acesso aos tribunais, agora substituído pelo direito à tutela jurisdicional efetiva, visa-se não apenas garantir o acesso aos tribunais, mas, sim e principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um ato de *jurisdictio*.

Em aversão às formas como os povos primitivos resolviam os conflitos, firmaram-se dois entendimentos *(i)* cabe somente ao Poder Judiciário o dever de resolver as disputas que afligem a sociedade e *(ii)* só compete ao Estado o poder de dirimir os problemas da população, não tendo esta a capacidade de solucioná-los sem criar traumas que prejudiquem o desenvolvimento saudável da sociedade.

Ressalta José Augusto Delgado (DELGADO, 1993, p. 69) que:

A abertura da via judiciária como meio de proteger os direitos fundamentais do cidadão deve ser concebida como uma garantia sem possibilidade de acolher lacunas. É o que exprime o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao determinar que "a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A repulsa às formas alternativas de resolução dos conflitos imprime às pessoas a equivocada sensação que o conflito só está encerrado se a

solução for fruto de uma sentença proferida por um juiz que substitui o Estado.

O resultado deste sistema é a criação de uma dependência na prestação jurisdicional que, atrelada à cultura do conflito, provoca uma multiplicação de demandas repetitivas, o abarrotamento dos tribunais, o retardo nos julgamentos e nos desfechos das causas, além da falta de participação dos cidadãos em tentar solucionar o conflito em que estão envolvidos e, por fim, o mais grave, a dificuldade de concretizar o efetivo acesso à justiça.

A postura do Estado em pregar que os indivíduos não podem resolver sozinhos os seus conflitos, necessitando, sempre, da atuação estatal, acaba criando uma dependência que prejudica a implementação de meios alternativos de pacificação, pois se vê apenas a figura do juiz e, por sua vez, no Poder Judiciário como o responsável em garantir a segurança jurídica e a efetiva resolução dos litígios.

Entretanto, ao falhar no desempenho do seu papel como Estado Juiz, abre espaço para que outras medidas apareçam.

Por isso que os meios alternativos de resolução pacífica dos conflitos afiguram-se como mecanismos importantes para a resolução dos problemas, já que a atuação do Poder Judiciário, por mais imprescindível que seja não pode ser vista como o único modelo de resolução dos litígios.

Ressalte-se que as medidas alternativas, além de resolver o conflito, trazem consigo a possibilidade de mudança na mentalidade da sociedade, na medida em que ampliam o diálogo e permitem que os próprios envolvidos sejam os responsáveis pela resolução de suas controvérsias.

## **2. MEDIAÇÃO: MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO**

Pois bem, fixadas algumas premissas fundamentais e indispensáveis para o entendimento do sistema processual e da jurisdição, bem como demonstrada a importância e a necessidade de métodos alternativos de

solução de conflitos; cabe, agora, ingressar em um estudo acerca da mediação, buscando compreender suas especificidades e, ao mesmo tempo, proceder a uma análise crítica de alguns pontos polêmicos sobre o tema.

Para tanto, importante fazer um esboço sobre como a mediação está sendo conceituada e os seus elementos.

Conforme assevera Francisco Amado Ferreira (FERREIRA, 2006, p.73.), como forma de intermediação humana voluntária e espontânea:

Tem uma origem que se perde nos primórdios da Humanidade. Desde que dois indivíduos entraram em conflito e surgiu um terceiro a tentar estabelecer entre eles uma comunicação, no sentido de discutirem as soluções possíveis para o conflito, eis que surgiu a mediação.

Segundo alguns autores a mediação é um exemplo de solução autocompositiva de conflito, em que as partes, utilizam-se de um terceiro, para através do diálogo, pactuarem a melhor solução para o caso concreto. Sendo, por isso, uma alternativa à jurisdição e à atuação e regulação estatal.

Neste sentido, Francisco José Cahali (CAHALI, 2013, pág. 63), entende que:

*“A mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito”.*

A mediação é uma modalidade de resolução de conflitos não adversarial, que prescinde da jurisdição e da atuação estatal, nestes aspectos se aproxima da autocomposição, mas, com ela não se confunde, seja porque, de certa forma, assemelha-se à heterocomposição, em virtude da atuação de um terceiro imparcial que, aqui, apenas auxiliará as partes a

chegarem elas próprias a um acordo ou, seja porque não implica, necessariamente, em concessões recíprocas ou renúncias.

Assim alerta Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, 2015, pág. 7):

A mediação é uma forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, mas não se confunde com a autocomposição, porque, enquanto nesta haverá necessariamente um sacrifício total ou parcial dos interesses da parte, naquela a solução não traz qualquer sacrifício aos interesses das partes envolvidas no conflito. Para tanto, diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas.

Já segundo Fernanda Tartuce (TARTUCE, 2008, pág. 208):

A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. A proposta de técnica é proporcionar um outro ângulo de análise aos envolvidos: em vez de continuarem as partes enfocando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos.

Em contrapartida, Jose Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 131) ensinam que:

A mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma

terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações pessoais envolvidas no conflito.

A mediação é geralmente definida como a interferência – em uma negociação ou em um conflito – de um terceiro com poder de decisão limitado ou não autoritário, que ajudará as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Dito de outra maneira, é um modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram ou a reconheceram livremente. Sua missão fundamental é (re) estabelecer a comunicação.

Vale anotar, ainda, a definição de mediação dada pelo Projeto de Lei n. 517 de 2011, aprovado na última terça-feira, dia 02.06.2015, no Senado:

Art. 1º *omissis*

§1º Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Assim, de um modo geral, a mediação é vista como um instrumento que pode ser utilizado pelas pessoas que estejam envolvidas em algum tipo de conflito, seja ele de cunho familiar, social, econômico, emocional, em que se busca solucioná-lo através do diálogo e do restabelecimento dos canais de comunicação que foram rompidos com a ocorrência do litígio.

A mediação é entendida como um processo em que se aplicam técnicas autocompositivas e que, em regra, não há restrição de tempo para

sua realização, ou seja, pode ser utilizado em qualquer fase do conflito. Resumidamente a mediação é uma negociação orientada por um terceiro imparcial.

José Maria Rossani Garcez (GARCEZ, 2004, p. 39) afirma que:

Quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se, surge, em primeiro lugar, a mediação como fórmula não adversarial de solução de conflitos.

Este método precisa da atuação de um terceiro imparcial, que atuará apenas para supervisionar o diálogo, em nada influenciando na construção de uma solução consensual, pois esta deve ser feita pelas próprias partes litigantes.

O terceiro imparcial é chamado de *mediador*, e exerce uma função de mero orientador, coordenando as atividades e incitando os envolvidos a desenvolverem a dialética e comunicação, permitindo falar sobre o conflito, as consequências e ofensas causadas, além de fornecer elementos para que haja o reconhecimento dos valores relevantes.

Neste contexto, a figura do mediador representa, segundo André Gomma de Azevedo (Azevedo, 2012, p. 60):

Uma pessoa selecionada para exercer o *múnus* público de auxiliar as partes a compor a disputa. No exercício dessa importante função, ele deve agir com imparcialidade e ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra – pois não está ali para julgá-las e sim para auxiliá-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades. O mediador, uma vez adotada a confidencialidade, deve enfatizar que tudo que for dito a ele não será compartilhado com mais

ninguém, excetuado o supervisor do programa de mediação para elucidações de eventuais questões de procedimento. Observa-se que uma vez adotada a confidencialidade, o mediador deve deixar claro que não comentará o conteúdo das discussões nem mesmo com o juiz. Isso porque o mediador deve ser uma pessoa com que as partes possam falar abertamente sem se preocuparem e eventuais prejuízos futuros decorrentes de uma participação de boa fé na mediação.

O mediador não pode dar sugestões, e deve ter a sensibilidade de encontrar o real motivo do conflito, a origem da desavença, além da capacidade de levar as partes a esta percepção. Ou seja, este terceiro não tem a função de decidir, cabe, tão somente, auxiliar os envolvidos na obtenção de uma solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e consigam removê-los de forma consciente e harmônica, como manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

Com o auxílio do mediador as partes buscarão compreender o seu problema por completo, com todas as peculiaridades, com o intuito de tratar o conflito de forma satisfatória.

Na mediação, por ser um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal em que este poder é delegado àqueles investidos das funções jurisdicionais.

Como princípios informadores da mediação, dentre outros, podemos citar: a) a *autonomia da vontade das partes* que deverá regular todo o trabalho a ser desenvolvido; b) a *imparcialidade* do mediador; c) a *independência* tanto do mediador com as partes, como das partes no decorrer do desenvolvimento dos trabalhos; d) a *credibilidade* que deve ser depositada no mediador escolhido e e) a *confidencialidade*, tudo que acontecer nas reuniões deve permanecer ali.

Apresentam-se como as principais características do processo de mediação: a privacidade; a economia financeira e de tempo; a oralidade; a reaproximação das partes; a autonomia das decisões; a voluntariedade; a eleição do mediador; cooperação entre as partes; informalidade; conhecimentos específicos do mediador; reuniões programadas pelas partes; acordo mútuo; ausência do sentimento de vitória ou de derrota e o equilíbrio das relações entre as partes.

Por se fundar na livre manifestação de vontade das partes e na escolha por um instrumento mais profundo de solução de conflito, mesmo ainda não tendo sido convertida em modelo oficial de resolução dos litígios, a mediação é amplamente difundida no Brasil, sendo utilizada, inclusive, pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário.

Ademais, impende esclarecer que na mediação não se busca uma decisão que ponha um fim na controvérsia, como dito, a mediação pode se satisfazer apenas por permitir que os canais de comunicação antes interrompidos pelo cometimento de um conflito tenham se (re) estabelecido.

Para que exista um processo de mediação, imprescindível a presença de três elementos básicos: *(i)* a existência de partes em conflito, *(ii)* uma contraposição de interesse e *(iii)* um terceiro imparcial neutro e capacitado a facilitar a composição.

No tocante às partes, estas podem ser pessoas físicas ou jurídicas, entes despersonalizados, menores, desde que assistidas por seus representantes e gestores. Quanto ao conflito, este delimitará a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. E o mediador, como já dito, deve ser neutro, equidistante das partes e apto a interagir com elas.

A mediação é entendida como se fosse um trabalho artesanal, visto com base no diálogo e na cooperação entre as partes, de forma que por meio do qual se busca preencher as lacunas existentes nas relações, atingindo-se um consenso, ou, no mínimo, um compromisso. Por isso que cada caso

é único, demandando tempo e estudo já que o mediador deve enxergar os interesses por trás das posições externalizadas pelos envolvidos.

Assim, atualmente, o elemento central para se compreender a mediação é a formação de uma cultura de pacificação, pautada no diálogo, em contraposição à cultura existente em torno da imprescindibilidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.

Deve-se aqui, abrir um parêntese, para que seja esclarecido que a mediação não é sinônimo de conciliação. São instrumentos de gestão de conflitos, porém, completamente diferentes. A mediação é entendida como um meio alternativo e voluntário de resolução de conflitos no qual um terceiro imparcial orienta as partes para a solução das controvérsias, sem sugerir. Na mediação, as partes se mantêm autoras de suas próprias soluções.

Enquanto que a conciliação é uma alternativa de solução extrajudicial de conflitos. Aqui, um terceiro imparcial intervirá para buscar, em conjunto com as partes, chegar voluntariamente a um acordo, interagindo, sugerindo junto às mesmas. O conciliador pode sugerir soluções para o litígio, entrando no mérito da causa.

Ou seja, com a mediação, visa-se recuperar o diálogo entre as partes. Por isso mesmo, são elas que decidem. As técnicas de abordagem do mediador tentam primeiramente restaurar o diálogo para que posteriormente o conflito em si possa ser tratado. Só depois se pode chegar à solução, enquanto que a conciliação pode ser mais indicada quando há uma identificação evidente do problema, quando este problema é verdadeiramente a razão do conflito – não é a falta de comunicação que impede o resultado positivo. Diferentemente do mediador, o conciliador tem a prerrogativa de sugerir uma solução.

Ressalta Leonardo Sica (SICA, 2007, p. 50) que na conciliação, o terceiro neutro não tem o poder de decidir sobre o problema trazido pelas partes, mas tem um papel ativo na resolução da disputa: na tentativa de

chegar a um acordo entre as partes o conciliador tem uma função diretiva na promoção da conciliação e no controle e orientação da discussão sobre elementos tidos como úteis. Enquanto que a mediação, ao inverso, é um processo de resolução dos conflitos no qual é deixado às partes, o poder, e conseqüentemente a responsabilidade, de decidir se e como encontrar uma solução ao conflito, sendo o mediador um mero facilitador da comunicação.

Humberto Pinho e Karol Durço (PINHO e DURÇO, 2010, p. 382), sobre a diferença entre conciliação e mediação complementam:

Podemos, então, estabelecer três critérios fundamentais:

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver abrangentemente o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

Quanto aos métodos, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação.

Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador. Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos Poderes Públicos. Mesmo a mediação paraprocessual mantém a característica privada, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no Tribunal para o fim de ser indicado para atuar nos conflitos levados à Justiça.

Assim, passada a diferença entre conciliação e mediação, insta frisar que a partir dos resultados positivos extraídos com o uso da mediação como modo de resolução dos conflitos, olhou-se a autocomposição com outros olhos, agora, sob a ótica da satisfação do usuário por meio da utilização de técnicas apropriadas, adequada ao ambiente dos debates e da relação social entre mediador e partes que favoreça o entendimento do dano causado e dos seus efeitos.

A sistemática da mediação implica na prática de uma negociação assistida por um terceiro, por isso que algumas orientações da teoria da negociação devem ser atendidas. Por exemplo, podem-se citar as estruturas alternativas de resolução de problemas que podem ser utilizadas pelo mediador durante o processo autocompositivo, aqui a proposta consiste em abandonar, quando possível, formas rudimentares de negociação, como a chamada negociação posicional, a fim de se buscar resultados mais satisfatórios aos interesses das partes em negociação. (Azevedo, 2012, p. 79)

O processo de mediação, basicamente, pauta-se em uma estrutura informal, simplificada e acessível para todos, uma vez que há a flexibilização dos procedimentos, a prática de sessões individualizadas, para cada caso é dada uma atenção específica e direcionada e, por fim, o tom informal, para que tal modelo seja acessível.

Por fim, impende esclarecer que a informalidade do processo de mediação, não implica no desatendimento dos direitos e garantias processuais do indivíduo, pelo contrário, como método apropriado de resolução de controvérsias, traz o contraditório, permitindo-se, que todos os envolvidos possam atuar de modo a tentar resolver o conflito, além da ampla defesa.

Deste modo, como a mediação é exercitada através de um processo que engloba os interesses e sentimentos das partes, existindo a figura do mediador um personagem que exerce um papel importante, porém, como coadjuvante, na medida em que fornece a estrutura e a proteção necessárias

para aproximar as partes, permitir que estas percebam o conflito de forma mais positiva, apresenta-se como o novo modelo de justiça compatível com os novos conflitos e anseios da sociedade.

### **3. A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC – O PRINCÍPIO DO ESTÍMULO DA SOLUÇÃO DO LITÍGIO POR AUTOCOMPOSIÇÃO**

Ao passo em que o Estado monopolizou o dever de dar a solução aos litígios, acabou por sufocar e desestimular a adoção da mediação como uma alternativa.

Todavia, diante da crise de eficácia em que está imerso o sistema processual brasileiro, pois a mera aplicação de uma penalidade ao infrator não é satisfatório para, efetivamente, solucionar o litígio.

E mais. O aparato processual, no decorrer do tempo, apresentou-se cada vez mais desatualizado, aleatório à realidade vigente e extremamente burocrático o que o transformou em um sistema ineficaz, ineficiente, chegando-se ao ponto de, em certa forma, ser obsoleto.

Outro fator que contribui para esta crise é a postura que o Estado adota ao solucionar o conflito, visando, sempre, dar a melhor resposta que atenda aos seus interesses e aos fins colimados, olvidando-se, completamente, das pessoas envolvidas, dos aspectos sociais, psicológicos, emocionais e mentais que podem estar envolvidos.

Ao condenar uma parte em detrimento de outra, declarando uma parte vencedora e a outra derrotada pode até compensar o dano causado, mas, não necessariamente, encerra o conflito.

Frente a todos esses problemas a mediação, antes considerada como uma forma primitiva de resolução dos conflitos ressurgiu, como uma alternativa ao sistema processual, em que se pretende buscar a melhor solução para o caso concreto e não apenas para a parte agredida, além de

ser um modelo que possibilita a análise de todos os aspectos que o litígio pode apresentar.

Desde o ano de 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, editou a Resolução n. 125, a mediação passou a ser vista com outros olhos. Abandonou-se a visão de que a mediação iria prejudicar a hegemonia estatal e criar respostas aos conflitos que seriam prejudiciais para a sociedade, passando-se a visualizá-la como uma alternativa para desafogar o Poder Judiciário e como um modelo que, efetivamente, soluciona o problema, em sua completude, todos os aspectos e peculiaridades.

Fredie Didier Jr. (DIDIER JR, 2015, p. 273) assevera que com a Resolução n. 125 do CNJ *“instituiu-se, no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição”*.

Todavia, em que pese a Resolução nº 125, do CNJ ter trazido normas acerca da mediação e da conciliação, estimulando a utilização destas medidas desde o ano de 2010, como até então, no ordenamento jurídico brasileiro não existiam regras para concretizá-las tais disposições ficaram perdidas e sem muita efetividade.

Assim, diante desta carência normativa, o novo Código de Processo Civil ao trazer a valorização das formas alternativas de solução dos conflitos, encartadas desde o seu artigo 3º, merece aplausos, pois, enfim, regulamentaram-se os ideais trazidos na referida resolução do CNJ, ratificando as tentativas do Poder Judiciário em incentivar a resolução dos conflitos através da autocomposição, e, acima de tudo, reforçou esta nova tendência.

Nos precisos termos do §2º do citado artigo, *“o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”*, complementando, no §3º, há a previsão de que *“a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser*

*estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.*

Este artigo 3º reproduz uma exigência constitucional de que não se excluirá da apreciação judicial a ameaça ou a lesão a direitos. Neste mesmo artigo assegura-se a arbitragem e se estabelece um dever de estímulo a autocomposição (mediação, conciliação e outros métodos de composição) pelas partes.

Através deste artigo criou-se um *modelo multiportas do Poder Judiciário*, pois traz outros modos para se solucionar os conflitos. O que antes eram meras medidas alternativas, atualmente, são adequadas e integradas, deixando o modelo judicial como uma alternativa e não mais o método principal. O nome do sistema é uma metáfora, pois a depender do seu problema haverá um direcionamento para a arbitragem, mediação, conciliação ou para o próprio o judiciário.

A demanda será separada a depender das suas características e peculiaridades e será um sistema integrado, se um método não funcionar poderá ser utilizado outro mecanismo. O novo CPC traz como um método eficiente para resolver as demandas.

A *mens legis* deste dispositivo e do novo CPC como um todo, no tocante à inclusão da mediação como forma legitimada a resolver os conflitos, visa dar a solução adequada para cada caso, resolvendo o litígio na sua completude. O foco não é a diminuição do número de processos que chegam aos Tribunais.

Neste sentido, Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., 2015, p. 280), faz o seguinte alerta:

A autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no judiciário ou como técnica de aceleração dos processos. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos

jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento.

Diante de tais normas, agora é um dever do Estado promover a resolução dos conflitos através das técnicas da conciliação e da mediação, abandonando-se o monopólio da jurisdição e abrindo o leque de atuação para novas possibilidades.

Tal promoção deve acontecer não visando o desafogamento do judiciário, mas, sim, a satisfação das partes envolvidas no conflito, a resolução do conflito na sua completude. Pois a medidas autocompositivas possuem uma essência mais construtiva. A diminuição no número de demandas deverá vir como uma consequência e não como foco principal.

Insta frisar que o novo CPC, não trouxe apenas uma base principiológica de estímulo à utilização da mediação. Há uma efetiva regulamentação acerca da mediação, quando traz uma seção inteira de um capítulo destinada a regulamentar a atividade dos conciliadores e dos mediadores judiciais (artigos 165 a 175).

A partir desta nova sistemática processual, surge, também, um novo princípio – o princípio do estímulo da solução por autocomposição -, que deverá orientar toda atuação estatal na resolução dos litígios.

Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., 2015, p. 273) ao defender a importância deste princípio, aduz o seguinte:

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como

um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.

O aparato trazido pelo novo CPC é de certa forma, completo, pois previu os órgãos que devem se criados, os mecanismos que podem ser utilizados, além de estipular as atribuições concernentes à atuação do conciliador e do mediador, os distinguiu, acabando com as interpretações dúbias da doutrina. Agora, o conciliador e o mediador são elevados à categoria de auxiliares da justiça, consoante expressamente consta no rol do art. 149.

Traz, ainda, determinação expressa dirigida aos Tribunais para criarem setores de conciliação e mediação (artigo 165, *caput*), como, também, outros programas estimuladores da autocomposição.

Esclarece Fredie Didier Jr. (DIDIER JR, 2015, p. 278) que “*estes centros serão preferencialmente responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação. Além disso, estes centros têm o dever de atender e orientar o cidadão na busca da solução do conflito.*”.

O modelo trazido pelo novo CPC traz a conciliação e a mediação para o centro das preocupações do sistema processual, pois a todo tempo diz que antes de se buscar a resolução do litígio através de uma decisão judicial, deve o magistrado buscar uma solução consensual, construída pelas partes, mediante as concessões recíprocas.

No novo código há diversos dispositivos que visam estimular a resolução dos conflitos através das técnicas da mediação e da conciliação, dentre eles podemos citar: *(i)* capítulo inteiro que regula a mediação e a conciliação (arts. 165 a 175); *(ii)* estrutura o procedimento de modo à por a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 a 695); *(iii)* permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III e art. 725, VIII); *(iv)* permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do

processo (art. 515, §2º); (v) permite acordos processuais (sobre o processo) atípicos (art. 190); (vi) a possibilidade da audiência de conciliação se desdobrar em mais de uma sessão, fixando o limite temporal de 2 meses para as tentativas de autocomposição (art. 334, §2º); (vii) o intervalo mínimo estabelecido entre as audiências, fixado em vinte minutos (art. 334, §12º); (viii) a imposição de sanção para a parte que injustificadamente não comparecer à audiência de conciliação, enquadrando a falta como ato atentatório à dignidade da justiça, sancionada com “*multa até dois por cento, ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado*” (art. 334, §8º).

Neste diapasão, o incentivo a utilização da autocomposição é um reforço ao princípio participativo, pilar do Estado Democrático de Direito, em que é concedido às pessoas o poder de solucionar os seus litígios.

Assim, em função deste novo princípio, haverá uma alteração nas políticas processuais, agora, focando-se na adoção de artifícios que visarão estimular a mudança da mentalidade litigiosa da sociedade brasileira, além de um conseqüente alargamento do centro judicial de resolução dos conflitos, abrindo, agora, espaço para os métodos de autocomposição, primordialmente, para a conciliação e para a mediação.

Tal princípio é interessante porque valoriza a forma de resolução de conflito que valoriza a capacidade das partes envolvidas chegarem à solução do seu conflito, como, também, passa para elas a percepção de capacidade, o que contribui significativamente com a obtenção da pacificação social. E como a mediação possui essa grande vantagem, pois visa restaurar os laços rompidos com o conflito e promover a convivência futura, apresenta-se como o modelo mais apropriado.

Entretanto, alguns doutrinadores já apresentam uma resistência contra a propagação deste estímulo à adoção das formas autocompositivas, alegando, em resumo, que há um sério risco dos acordos celebrados serem inexecutáveis e antissociais, em que se busca tão somente a obtenção de um

dado em um plano estatístico de casos, supostamente, resolvidos ou que ofereçam uma falsa sensação de apaziguamento.

Acrescentando, Daniel Amorim Assumpção Neves, (NEVES, 2015, p. 9) critica tal estímulo por acreditar que está em descompasso com a realizada prática, para tanto, sustenta o seguinte:

Por outro lado, em especial em determinadas áreas do direito material, como o direito consumerista, a distância econômica entre o litigante contumaz (fornecedor) e o litigante eventual (consumidor) gera transações – ou conciliações a depender da tão propalada pacificação social. Se parece interessante por variadas razões para o fornecedor, para o consumidor a transação é muitas vezes um ato de necessidade, e não de vontade, de forma que esperar que ele fique satisfeito pela solução do conflito é de uma ingenuidade e, pior, de uma ausência de análise empírica preocupantes.

E há mais, porque, a se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm direito e estrutura para aguentar as agruras do processo e sabem que do outro lado haverá alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera. O desrespeito ao direito material passará a ser resultado de um cálculo de risco-benefício realizado pelos detentores do poder econômico, em desprestígio evidente do Estado Democrático do Direito.

Frente a estas críticas, impende fazer o seguinte esclarecimento, conforme explicitado, linhas atrás, o objetivo de se estimular o uso das

medidas autocomposivas para solucionar os conflitos não é para desabarrotar o Poder Judiciário, muito menos, encerrar os processos que estão se arrastando há anos de qualquer jeito ou, pior ainda, resolver de qualquer jeito os conflitos novos, com o mero intuito de se evitar a provocação da jurisdição estatal e a demora no desenrolar do processo.

Com o estímulo a utilização da mediação, busca-se enxergar o conflito não só como um fenômeno jurídico, mas, também, como social, psicológico, emocional, valorativo, ou seja, como ele é de verdade, na sua inteireza, para que a solução ser construída atente para todos esses vieses e busque resolvê-los, também.

E mais. Não se utilizará destes mecanismos para cumprir as metas impostas pelo CNJ.

Por fim, importante deixar claro que, consoante às normas insculpidas tanto na Resolução 125/2010 do CNJ como no novo CPC, o mediador e o conciliador deverão ser profissionais preparados para diante de uma desigualdade material entre os litigantes não permitir que isso transcenda e influencia na composição celebrada. Como explicado quando foi dito sobre a figura do mediador, este deverá ter formação para atuar nesta qualidade, e deverá ser aceito por ambos os contendores.

Através deste novo modelo, as pessoas conseguirão resolver os problemas por uma via alternativa, pois é mais fácil resolver definitivamente um conflito através do diálogo do que por uma sentença impositiva, cuja execução demora um longo tempo e consome significativo volume de dinheiro público.

Procura-se criar mais um serviço organizado do Judiciário no sentido de resolver e prevenir litígios. O fundamental na resolução é criar uma mentalidade sobre tudo isso, uma cultura de que a mediação também é uma coisa muito boa do ponto de vista social e, por consequência, também é muito boa do ponto de vista dos serviços estatais.

## CONCLUSÃO

Assim, em decorrência da monopolização pelo Estado das formas de resolução dos conflitos, houve uma diminuição, acentuada, na credibilidade e confiança depositadas pela sociedade no Poder Judiciário, surgindo, neste panorama uma crise de efetividade.

Como consequência desta crise houve uma redução no acesso à justiça e um aumento na utilização das práticas de vingança privada, o que só aumenta o problema da litigiosidade no Brasil.

Frente a esses problemas, o direito processual começa a buscar uma justiça que, efetivamente, seja mais acessível aos cidadãos e que dê uma solução satisfatória às querelas, de forma a evitar a morosidade e o formalismo exacerbado do atual sistema, proporcionando a todos o um, efetivo, acesso à justiça.

Neste contexto, estrutura-se um novo modelo que pretende trazer para o campo processual, as respostas autocompositivas para os conflitos, apresentando-se a mediação como o principal exemplo, pois a procura de meios consensuais atinge, sobretudo, aos ditames democráticos.

Tal modelo começou a ser estruturado desde 2010 com a Resolução n. 125 do CNJ, apresentando, agora, um passo muito importante com o novo CPC, que trouxe a regulamentação que faltava.

Encartado pelo princípio do estímulo da solução do litígio por autocomposição, o atual modelo, visa dar ao litígio uma resposta efetiva e completa, englobando todos os seus vieses.

Assim, com a mediação visa-se gerar uma democratização no acesso à justiça, pois ao minimizar as deficiências do sistema processual, conseqüentemente sanam-se as carências com uma humanização do processo, promovendo a abertura da mentalidade e evolução da população, abandonando-se a cultura de litigiosidade.

Por derradeiro, conclui-se que o novo CPC, ao prever e, também, repita-se, regulamentar os meios alternativos de resolução de conflitos, como uma opção à jurisdição, veio em harmonia com o Estado Democrático de Direito e a caça pela superação dos obstáculos que impedem a concretização do direito de acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AZEVEDO, André Gomma de. **Perspectivas Metodológicas do Processo de Mediação: Apontamentos Sobre a Autocomposição no Direito Processual**. In, André Gomma de Azevedo (org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 151/172.

\_\_\_\_\_. **Autocomposição e Processos Construtivos: Uma Breve Análise de Projetos-Piloto de Mediação Forense e Alguns de seus Resultados**. In André Gomma de Azevedo (org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 137/160.

\_\_\_\_\_. **Manual de Mediação Judicial**. 3. ed. Brasil: Ministério da Justiça, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acessado em: 08 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>.  
Acessado em: 08 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acessado em: 08 de dezembro de 2015.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: volume 1.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal: orientado para a vítima de crime.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil.** Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil, c. II.** 2. ed. Campinas: Bookseller: 2000,

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DELGADO, José Augusto. **A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão**. In Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.), *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil, volume 1: tomo I: processo de conhecimento convencional e eletrônico**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009.

DEUTSCH, Morton. **A Resolução do Conflito: Processos Construtivos e Destrutivos**. In André Gomma de Azevedo (org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, vol 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 29-98.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. v.1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

\_\_\_\_\_, PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil: comparativo com o código de 1973**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra, 2006, p.73.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GRINOVER. Ada Pellegrini. **Conciliação e Mediação Judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil**. In Morgana de Almeida Richa e Antônio Cezar Peluso (org.), *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 171/179.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativa à jurisdição! 3. ed. rev. e atual. com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NEVES, Daniela Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. **A Mediação e a Solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional.** In Fredie Didier Jr. (org.), Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial, vol 2. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. p. 363/391.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito Constitucional à Jurisdição.** In: Sávio de Figueiredo Teixeira (org.), As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROMÃO, José Eduardo Elias. **A Mediação como Procedimento de Realização de Justiça no Âmbito do Estado Democrático de Direito.** In André Gomma de Azevedo (org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 49/68.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis.** Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Fernanda. **Conciliação e Poder Judiciário**. Disponível em: <[www.fernandatartuce.com.br](http://www.fernandatartuce.com.br)>. Acessado em: 08 de dezembro de 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 1. v. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

## **A INÉRCIA NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO E FISCALIZAÇÃO NO ÂMBITO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SUA COLABORAÇÃO NA DIVERGÊNCIA PRESCRICIONAL EM RELAÇÃO ÀS PRETENSÕES DE REPARAÇÕES POR ACIDENTES DE TRABALHO**

**JOKSHAN CARVALHO ALVES E SILVA CORTEZ:**  
Bacharel em Direito - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Maceió - FAMA.

**RESUMO:** Teve como proposta maior o prazo a ser aplicado com relação às pretensões de reparações de acidentes de trabalho em face do empregador ou do tomador de serviços, ante a divergência referente à natureza a partir da competência da Justiça do Trabalho, mediante Emenda de nº. 45/2004 e as variadas decisões e correntes de entendimento. Sua subdivisão asseverou na preocupação visível que se iniciou no início do século XX, tanto em medidas preventivas e protetivas, quanto na aplicação de sanções indenizatórias para os danos causados, são eles o moral individual e coletivo, material e estético, bem como a evolução histórica perante a precaução e prevenção dos riscos ao meio ambiente de trabalho na proteção a saúde do trabalhador, o conceito e a fiscalização interligada ao Ministério Público do Trabalho e sua atuação.

A metodologia empregada na preparação deste estudo recorreu à análise bibliográfica, alcançada através da apreciação e comparação das informações coletadas em doutrinas, acervos virtuais, artigos publicados, trabalhos acadêmicos, estudos e teses de pesquisadores, como também, jurisprudências dos Tribunais, a fim de evidenciar a discrepância de diferentes regiões das decisões proferidas em reclamações trabalhistas e a necessidade de atualização legislativa no meio processual trabalhista e sua insegurança jurídica.

**Palavras chave:** Meio Ambiente do Trabalho; Precaução e Prevenção; Fiscalização; Ministério Público do Trabalho; Reparação de Danos: Moral Coletivo e Individual, Material e Estético; Prescrição; Acidente de Trabalho.

**ABSTRACT:** Resulted in improvements proposed the term to be applied with respect to claims for reparations against accidents at work in the face of an employer or policyholder services before the divergence concerning the nature from the jurisdiction of the Labour Court, by amendment of paragraph. 45/2004 and the various decisions and current understanding. Subdivision asserted in the visible concern that began in the early twentieth century, both in preventive and protective measures, as in the application of sanctions indemnification for damages, they are individual and collective moral, material and aesthetic, as well as the historical evolution before the precaution and prevention of risks to the working environment to protect workers' health, the concept and connected to the Ministry of Labor and monitoring its performance.

The methodology used in preparing this study resorted to bibliographical analysis, achieved through assessment and comparison of the information collected on doctrines, virtual collections, published articles, academic papers, theses studies and researchers, but also jurisprudence of the Courts in order to highlight the discrepancy of different regions of the decisions in labor claims and the need for legislative update on labor legal remedy and legal insecurity.

**Keywords:** Environment Labour; Precaution and Prevention; supervision; Ministry of Labour; Reparations: Collective and Individual Moral, Material and Aesthetic; prescription; Accident.

---

## INTRODUÇÃO

A proteção ao meio ambiente que pode ser reconhecido como materialmente um direito fundamental, é um direito de todos, à defesa que assegura também uso comum dos trabalhadores e a qualidade de vida, como reza os artigos 196, 170 VI e 225 da Constituição Federal de 1988. Acarretando, dessa forma, a importância do meio ambiente do trabalho saudável, condizendo o direito ambiental, fundamental, tanto quanto, o enquadramento legal do acidente de trabalho e dos riscos na qual deve se incorporar na participação dos trabalhadores por serem os principais agentes, tendo em vista o papel principal na identificação, eliminação e controle dos riscos; cujo objetivo é a proteção do meio ambiente do trabalho, a preservação da saúde, a higiene e a segurança do trabalhador, evitando a acumulação da indenização com os benefícios acidentários, as hipóteses de exclusão do nexo causal e cabimento da responsabilidade objetiva e a prescrição aplicável, ou seja, a proteção e o exercício de seu direito de ação, em relação ao prazo prescricional para indenizações.

O meio ambiente do trabalho é um conjunto de fatores relacionados às condições dos trabalhadores em seu labor. O desrespeito a segurança é uma agressão não só ao trabalhador como para toda sociedade, por ser um dos mais importantes e fundamentais direitos. Dessa maneira, não existindo a proteção e fiscalização devida, principalmente por parte do Ministério Público do Trabalho por ser o defensor da ordem jurídica perante aos interesses de toda sociedade, dessa maneira, se não existir como tal, acarretará em danos aos trabalhadores que pode ser de ordem patrimonial-material ou extrapatrimonial e moral. Não existindo a possibilidade de reparar, aplica-se sanção indenizatória compensatória. Surgindo a grande problemática que é a divergência referente à natureza das pretensões de reparação em face de acidentes de trabalho, tendo como alvo a vasta variação de correntes e decisões referente ao prazo prescricional a ser aplicado.

Todo esse emblemático conjunto tem como alvo a proteção que possui caráter estrutural e dispõe como um dos objetivos do Estado, restando, assim modelo jurídico de proteção do trabalhador no seu ambiente de trabalho, tendo em vista o baixo ideal moderno e mais sólido, inclinado pelo conceito de um direito ambiental do trabalho; pois, o risco nos locais de trabalho não possui dificuldade exclusivamente técnica, é também de natureza política e ética. A proposta é contribuir para a emergência desse paradigma no cenário brasileiro.

## **1 O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E SUA APLICAÇÃO**

### **1.1 Evolução Histórica**

A historiografia contemporânea pautada na preservação do ambiente do trabalho nos permite uma análise a partir da premissa dos riscos do tipo profissional com o propósito do homem de conseguir sua permanência, bem como preservar a saúde e vida.

Os trabalhos no período da antiguidade, antes de Cristo, eram desenvolvidos manualmente. Hipócrates em seus manuscritos relata doenças entre metalúrgicos e mineiros, Galeno no século II com relatos de doenças de trabalhadores das Ilhas do Mediterrâneo, começando por Paracelso e Georgius Agrícola a preocupação de descrever os sintomas das doenças, entre outros. Porém, destaca-se Bernardino Ramazzini que publicou uma obra pela qual destrinchou de maneira diversa as profissões e os riscos de cada uma, observadas a partir do seu próprio estudo (ROSEN, 1994).

Com o desenvolvimento moderno industrial, surgiu o êxodo rural e a preocupação com a urbanização crescente, modificando todo sistema econômico do mundo, gerando grandes reflexos sociais, principalmente na saúde pública. Por esse aspecto, teve início a revolução industrial, que uniu o capital e o trabalho - muitas

fábricas sem a estrutura necessária, máquinas de difícil manuseio e muitos trabalhadores sem qualificações - proporcionando condições humanas degradantes e ocasionando vários problemas de doenças ocupacionais.

No Brasil, a revolução industrial se iniciou por volta de 1930, não muito diferente dos europeus com grandes problemas de acidentes de trabalho. Por volta da década de 70, o País, foi considerado o campeão mundial dos acidentes de trabalho. Devido a esses problemas de ordem negativa, o Ministro do Trabalho Arnaldo Pietro, em discurso, relatou a drástica constatação sobre a problemática (BONCIANI, 1994, p.53-58).

Para tanto, voltemos nossa atenção para 1974, quando o total de acidentes do trabalho atingiu a cifra de 1.796.761, com uma média de 5.891 acidentes por dia útil de trabalho, sendo que daquele total resultaram 3.764 mortes e 65.373 incapacitados permanentemente [...] acarretando perdas de oito (8) bilhões de cruzeiros.

Devido a severas críticas pelo reflexo da própria degradação da saúde do trabalhador, à época, foram criadas medidas intervencionistas que tinham como ponto de partida a aplicação de punição aos adeptos contrários aos permitidos à dignidade e saúde do trabalhador. Com medidas avaliativas de riscos e limites, obtivera-se êxito que acarretou em mudança da própria legislação, promovendo a teoria do risco social, bem como, o amparo da vítima do acidente (MENDES, 1980).

Surge na Inglaterra na primeira metade do século XIX com a revolução industrial a Medicina do Trabalho, enquanto especialidade médica, para tratar as doenças, e, até mesmo, como uma forma para ampliar o campo de pesquisa para o bem estar

mental, físico, social e higiene pessoal dos trabalhadores. Nos últimos tempos, especialmente nos países da América do Norte e da Europa, tem existido uma modificação substancial no aspecto dos profissionais que se submetem aos riscos nos locais de trabalho, atuando no controle e eliminação destes na fonte no sistema preventivo, e não após a ocorrência de acidentes e doenças (MENDES & DIAS, 1991). As práticas gerenciais e a organização do trabalho passaram a ser distinguidas como importante foco de apreciação, seja como causativas de acidentes, doenças e sofrimento, ou como integrantes fundamentais das políticas de segurança e saúde nas empresas.

## **1.2 Meio Ambiente do Trabalho e sua Natureza Jurídica**

O conceito de meio ambiente no âmbito jurídico é aberto e definido de maneira ampla, para criar uma ligação e aplicação da norma legal. O advento da Constituição Federal de 1988 consagrou parte específica, em seu Capítulo VI, ao meio ambiente, tratando como condição de norma de direito fundamental no seu artigo 225, como também no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.938/91, em que adota a saúde, a segurança e o bem estar do cidadão e a qualidade do meio ambiente em todos seus aspectos, como assevera Norberto Bobbio (1992, p.63), “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra é garantir-lhes proteção efetiva”.

Para o ilustre doutrinador, José Afonso da Silva (2003, p.5), o meio ambiente do trabalho corresponde: “ao complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados, e de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o frequentam”.

Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 584) entende que:

O meio ambiente de trabalho é, exatamente, o complexo máquina-trabalho; as edificações, do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho etc.

Diante das acepções citadas, o tema meio ambiente de trabalho é autônomo, não se trata de um mero direito trabalhista pela existência de um vínculo contratual, sendo o seu objeto a preservação do homem no seu ambiente de trabalho contra as formas de deterioração da sua saudável qualidade de vida, como atesta o artigo 196 da Constituição Federal. Portanto, esse conceito é estimado nos campos: doutrinário, legal e constitucional. Sua natureza é difusa, com eficácia imediata, individual e conseqüentemente para toda coletividade.

### **1.3 Proteção ao Meio Ambiente**

A grande problemática dos riscos causados nos ambientes de trabalho no Brasil e, principalmente, no nosso Estado trata-se diretamente com a prevenção e a relação com a responsabilidade civil. O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2003) a qualifica como a mais importante inovação em matéria de responsabilidade no Código, embora registre que exigirá um cuidado extremo da nova jurisprudência diante do alargamento do seu conceito e por representar norma aberta. Podendo assim ser diferenciada, representa transferir para a jurisprudência a tarefa de

conceituar o que seja atividade de risco no caso concreto e a torna, ainda segundo o seu pensamento, de discutível conveniência.

É visível a grande preocupação que se iniciou no final do século XX, levando o governo investir em medidas protetivas, bem com empresas privadas se incluírem a gestão ambiental com as licenças necessárias. Para orientação e prevenção de futuros riscos, determinam e atestam os artigos 60, 157, 160 da CLT e Súmula de nº. 349 do TST que, para Raimundo Simão de Melo (2010, p.73) dispõe o seguinte:

Os empresários, quanto à prevenção do meio ambiente de trabalho e proteção da saúde do trabalhador, podem ser classificados em três categorias: a primeira é daqueles ignorantes que chegam mesmo a desconhecer os riscos ambientais e regras de prevenção, muitas vezes colocando a sua própria vida em perigo, como acontece com pequenos agricultores rurais, que, juntamente com outros trabalhadores e familiares, labutam em condições totalmente inseguras e também se acidentam; a segunda engloba que, imbuídos unicamente do objetivo de lucrar a qualquer custo, mesmo sabendo dos riscos eminentes em que se encontram seus empregados e da possibilidade de ter que arcar com futuras reparações de várias ordens, nada investem na segurança e medicina do trabalho. Estes, na conceituação de Aristóteles são os avarentos, os quais sofrem da deficiência do dar e excesso no tomar (Ética a Nicômaco, livro I, p.304); a terceira é dos racionais, que friamente analisam as possibilidades lucrativas com e sem investimento na preservação de riscos

ambientais, adotando sempre a alternativa que lhes proporcione lucro ou a menos evite perdas. Estes, que podem até não agir movidos por nenhum aspecto humanitário ou social, mas, norteados pela obtenção do lucro, estão aumentando no mundo capitalista, porque, efetivamente, como já aludido mais de uma vez, investir na saúde do trabalhador dá lucro e evita gastos e aborrecimentos futuros.

A Carta Magna é emanada por um conjunto de regras ou preceitos que se fixam aos princípios que norteiam especificamente ao Meio Ambiente de Trabalho, como no princípio da dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa, privilégios para obter, sobretudo, a vida, a qualidade com proteção e liberdade.

Vale ressaltar os artigos 170 e 225 da Constituição Federal, onde se encontra a ampliação, tornando-se acessível à ordem econômica direcionada à dignidade da pessoa humana, à valorização do trabalho em si e à participação da coletividade na defesa do meio ambiente. Cabe também ressaltar, que existe dispositivos no tocante a esfera penal em relação ao meio ambiente do trabalho, onde criminaliza o ato de exposição de trabalhadores a perigo e iminente, como atesta o artigo 132 do Código Penal. No plano internacional, existem várias Convenções de Organização Internacionais do Trabalho – OIT - em que o Brasil promulgou, com o compromisso de que os objetivos do emprego pleno sejam produtivos e um trabalho decente para todos.

A medicina do trabalho no Brasil mostrou-se declinada aos avanços do mundo moderno, tanto que foi editada a Lei nº. 6.514/77 que modificou os artigos 154 a 201 da CLT mediante Portaria nº. 3.214/70 onde destrinchou sobre serviços especializados em segurança, operações insalubres e perigosas, concomitantemente,

com instrumentos de defesa e tutela de cunho administrativo e processual, como: Programa Internacional para Melhoramento das Condições do Meio Ambiente do Trabalho – PIACT; Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP; Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA; Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA; Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO; Dissídio Coletivo, entre outros. Tendo como base princípios como o de precaução e prevenção, levando principalmente em consideração as empresas que têm como obrigação mediante ao artigo 157 da CLT cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; instruir os empregados, por meio de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar para evitar acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais; adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente (MELO, 2010).

#### **1.4 Fiscalização do Meio Ambiente de Trabalho**

A fiscalização, a adoção de medidas de proteção e aplicação de penalidades é prevista no Capítulo V da Consolidação das Leis Trabalhistas, em que se aborda a segurança e medicina do trabalho, dessa maneira, representou grandes avanços na prevenção, na melhoria das condições de trabalho e na democratização das relações laborais. Vale ressaltar que, por força dos artigos 155 e 200 da CLT, o Ministério Público obteve a criação da Portaria n. 3.214/77, com várias Normas Regulamentadoras que são essenciais e passaram a ser revisadas de forma tripartite como método de resolução de conflitos.

Inicialmente, como previsão legal à inspeção do trabalho, por força do artigo 21, XXIV da Constituição Federal, em que “compete a União: organizar, manter e executar a inspeção do Trabalho”, bem como, mediante artigo 626 e seguintes da Consolidação das Leis Trabalhistas, onde prevê a competência da regulamentação pelo

Ministério do Trabalho, ainda mantém o respaldo legal nas diversas portarias editadas ao longo dos anos: Portarias: 3.158/71; 3.159/71; 3.292/71; 27/77 - Lei 7.855/89; Instrução Normativa 28/2002; Decreto 55.841/65. A fiscalização na relação entre empregador e empregado, pode ser fiscalizada pelo Ministério da Previdência Social ou pelo Ministério do Trabalho, já no âmbito regional tem sua representação pelo Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS e pela Delegacia Regional do Trabalho – DRT.

Carmem de Almeida Simões (2013, **internet**) em um trabalho sobre a ressocialização do trabalhador escravizado à luz do Projeto Lei nº.5.139/09 elucida a denúncia e órgãos competentes:

O Ministério Público do Trabalho atua, no primeiro momento, como órgão interveniente e agente em conformidade com a Constituição Federal e a Lei Orgânica do Ministério Público da União. No assunto em questão, este Ministério atua como órgão agente, instaurando inquéritos civis e propondo Ações Civis Públicas e outras ações; na Justiça do Trabalho defende a ordem jurídica dos direitos e interesses sociais dos trabalhadores, menores, incapazes e indígenas. As Procuradorias Regionais têm sua atuação nas Coordenadorias da Defesa dos interesses Individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos – CODIM-, por meio delas recebem as denúncias que serão analisadas pelo Coordenador, sendo distribuída como Representação. Após a análise o Procurador do Trabalho instaura o inquérito civil para proceder às investigações necessárias. O Procurador do Trabalho poderá firmar Termo de Ajuste de Conduta (Lei nº 7.347/85), com a anuência do

empregador, caso não seja aceito, será proposta uma ação judicial perante a Justiça do Trabalho. No Termo de Ajuste de Conduta constam as correções, as irregularidades trabalhistas encontradas, elencadas pela Auditoria Fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego e impõe valores monetários pelo descumprimento das infrações.

No ano de 2013, no âmbito regional, comparando o estado de Alagoas com o de Pernambuco, em uma estatística que demonstra operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo do Ministério do Trabalho e Emprego juntamente com a Secretaria de Inspeção do Trabalho – SIT, Departamento de Fiscalização do Trabalho – DEFIT e a Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo – DETRAE, disponibilizaram o seguinte: foram efetuadas 2 (duas) operações em 3 (três) estabelecimentos com 82 (oitenta e dois) autos de infração lavrados, com nenhum contrato formalizado na ação fiscal, sem nenhum trabalhador resgatado e nenhum pagamento de indenização, em Alagoas, já em Pernambuco, foram efetuadas 4 (quatro) operações em 8 (oito) estabelecimentos com 70 (setenta) autos de infração lavrados, com 17 (dezessete) contratos formalizados na ação fiscal, com 8 (oito) trabalhadores resgatados e com R\$ 20.446,02 (vinte mil quatrocentos e quarenta e seis reais e dois centavos) de pagamento de indenização (2014, internet).

Cabe enfatizar a Competência mencionando a ementa:

Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar recurso envolvendo penalidade administrativa imposta aos empregadores por Órgão de fiscalização das relações de trabalho, quando houver sentença de mérito proferida antes da promulgação da Emenda

Constitucional 45/2004 (STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 171927 SC 1998/0029750-2 (STJ)).

Dessa maneira, frisa-se que a penalidade administrativa imposta ao empregador pela fiscalização antes da Emenda de nº. 45/2004, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar os recursos.

#### **1.4.1 Diferença entre a fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego e Ação do Ministério Público do Trabalho e programas nacionais**

O Ministério do Trabalho e Emprego é empregado através do corpo de auditores fiscais do trabalho, que exercem a verificação do cumprimento da legislação trabalhista, com uma atuação que tem o caráter mais repressivo no sentido de aplicar as multas cabíveis por descumprimento das normas de proteção do trabalho, e também, possuem um diferencial por terem a competência para levantar os débitos do fundo de garantia por tempo de serviço, dentre outras atribuições, como atesta o artigo 162 da CLT, já os procuradores do trabalho os membros do Ministério Público do Trabalho tem uma atuação mais promocional, não se dá só na esfera administrativa, atua-se também judicialmente requerem na justiça do trabalho, por exemplo, Ação Civil Pública para promover a defesa dos direitos sociais e individuais dos trabalhadores.

Podem-se citar Programas Nacionais do Ministério Público do Trabalho que é totalmente transparente e acessível, no entanto, ainda falta uma apreciação na melhoria da legislação e principalmente na fiscalização (2014, internet). Vejamos:

##### **1.4.1.1 Obras de Construção Civil**

As fiscalizações integram o Programa Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Indústria da Construção Civil do MPT que teve surgimento a partir da grande necessidade por ser um dos ramos que mais provocam acidentes de trabalho. Buscando como fonte de pesquisa dados da Previdência Social e do Ministério Público do Trabalho encontra-se em evidência um aumento de 13,4% comparado os acidentes ocorridos nos anos de 2007 e 2008, mesmo com toda essa atuação preventiva e repressiva. Com a criação do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), cujo objetivo é verificar e estimular o crescimento, visando aperfeiçoar a expansão da infraestrutura e investimentos produtivos, o País teve um grande aumento no setor, pelo qual concomitantemente ao risco e a constatação de uma frágil fiscalização, como exemplo, as construções de estádios para copa do mundo, onde ocorreram mortes dos operários, pela falta de equipamentos. Recentemente no dia 29 de março de 2014 Fabio Hamilton da Cruz, jovem de apenas 23 anos que trabalhava nas instalações de arquibancadas provisórias, sofreu um acidente na arena do Corinthians, levando a morte (2014, internet).

De acordo com os últimos dados do levantamento feito pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Civil (Sintracon-SP), o setor de construção civil é o sétimo colocado no ranking de ocorrências de acidentes de trabalho no País. Segundo o especialista e advogado Mauro Scheer Luís, para diminuir esses números é necessário mais normativas, fiscalização e segurança (2014, internet), afirma que:

É necessário que haja maior fiscalização, com atuação educativa por parte do Ministério do Trabalho e sindicatos de empresas, que hoje é deficitária e contribuiria para a tomada de medidas de melhoria. Embora as Normas Regulamentares para o setor deixem claro que a

fiscalização é obrigatória, o número de agentes estaduais e municipais de saúde do trabalho é pequeno.

Existem leis, regulamentações e normas, mas não estão sendo suficientes. É necessária uma habitual fiscalização, renovação de treinamento e segurança adequada para os trabalhadores evitando os números de acidentes que são elevados no setor.

#### 1.4.1.2 Frigorífico

Este trabalho exige uma grande necessidade de ser mais humanizado, obterem pausas de recuperação térmica, pausa de recuperação da fadiga porque são atividades repetitivas que tem causado lesões por esforços repetitivos, doenças osteomusculares relacionadas ao trabalho, o índice de depressão muito alto, tanto quanto o afastamento relacionado às duas citadas, já se presume relacionado ao trabalho que é o *Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário* no caso da indústria frigorífica.

A necessidade era tamanha que através da Portaria MTE nº. 555, de 18 de abril de 2013 foi publicada a Norma Regulamentadora Frigorífica NR-36, segundo estudo na Revista Proteção o diretor de Produção e Técnico Científico da Ubabef Ariel Antonio Mendes (2013, internet) esclarece:

Os principais objetivos da NR 36 são a adequação dos frigoríficos para proporcionar melhores condições de trabalho e de segurança aos colaboradores e a elevação da qualidade e da segurança dos produtos. Dessa forma, as empresas terão que se preparar para oferecer espaços específicos para esses profissionais. Em alguns casos, os frigoríficos terão que

investir, também, na construção de salas para atender a essa determinação.

Um documentário transmitido em 2013 pela globo news, “carne e osso” demonstra a difícil rotina de trabalhadores em frigoríficos e a legislação aplicada no Brasil, relatando que o índice de adoecimento é muito alto em relação aos demais seguimentos do trabalho.

Exemplo disso está a recente decisão do TRT da 4ª Região do Rio Grande do Sul. Decisão esta, que se aplica, quanto à questão da violação dos direitos trabalhistas nos frigoríficos, ao caso em exposto (2014, internet). Vejamos:

TRT-RS condena frigoríficos por violação reiterada de direitos trabalhistas

A Doux Frangosul S.A. e a JBS Aves Ltda. devem pagar R\$ 100 mil de indenização por danos à sociedade (dumping social). Este tipo de dano consiste na violação reiterada de direitos trabalhistas com o objetivo de obter vantagens econômicas, já que, no seu conjunto, os descumprimentos caracterizam concorrência desleal com empresas que seguem a lei. A decisão é da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) e confirma sentença do juiz Evandro Luís Urnau, da 3ª Vara do Trabalho de Passo Fundo [...]

No embasamento de sua decisão, o juiz ressaltou que o reiterado descumprimento da legislação trabalhista prejudica toda a sociedade, e que apenas a regularização do

pagamento de verbas contratuais individuais não inibe a conduta danosa por parte das empresas. "Infelizmente, as indenizações deferidas ao próprio trabalhador neste processo são flagrantemente insuficientes a reparar esse agir da empresa e, sobretudo a incentivá-la a não mais descumprir direitos fundamentais", afirmou.

O magistrado também fez referência a um enunciado elaborado durante a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho em 2007. O texto explica que os fundamentos para a reparação do dumping social encontram-se nos artigos 186, 187, 404 e 927 do Código Civil Brasileiro, além de previsão anterior pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Para o juiz, o processo não pode mais ser visto apenas como uma lide entre duas partes, ignorando-se os efeitos sociais nocivos de práticas reiteradas de descumprimento por parte dos empregadores.

[...] O voto foi seguido pelos demais integrantes do Órgão Julgador.

As empresas recorreram da decisão ao Tribunal Superior do Trabalho.

Processo nº 0000983-94.2012.5.04.0663.

Ainda existe pouca fiscalização e análise das condições de trabalho nas áreas de abate e processamento das carnes, ainda

existe um grande índice de acidentes e principalmente doenças ocupacionais dos profissionais deste setor.

#### **1.4.1.4 Sucrialcooleiro**

Em 2008, o Estado de Alagoas alcançou um projeto piloto, onde, a partir dele foi criado o Programa Nacional de Promoção do Trabalho Decente no Setor Sucrialcooleiro do Ministério Público do Trabalho, para evitar que a expansão do setor se dê em perda de condições de trabalho decentes, bem como, evitar aplicações de sanções que foram assinados por meio do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TACs). Segundo nota da Procuradoria Regional do Trabalho da 19ª Região (2008, internet):

Em apenas seis dias, de 26 de fevereiro a 3 de março, 88 trabalhadores da usina Santa Clotilde, localizada em Rio Largo, município da grande Maceió, foram afastados por acidentes de trabalho. Diante dessa situação, a força-tarefa do Ministério Público do Trabalho (MPT) entrou com pedido de reconsideração da decisão do juiz Alan Esteves, da 7ª Vara do Trabalho da capital, que suspendeu a interdição do corte da cana naquela empresa.

Em pleno século XXI, é inadmissível ainda que se possa morrer por causa do trabalho. A grande característica do ramo sucrialcooleiro é remuneração por produção, onde o trabalhador é obrigado a cortar muitas canas em um ambiente bastante insalubre, exposto a um calor escaldante, ou seja, jornadas exaustivas. Existe uma grande resistência aos equipamentos de proteção individual, não existe o cumprimento das normas de segurança e saúde, concomitantemente a falta de fiscalização para que se tornem obrigatórios e substituídos sempre que necessário.

A FUNDACENTRO informa que "o excesso de trabalho em condições adversas provoca frequentes câimbras nas mãos, nos pés, nas pernas dos trabalhadores". Além disto, durante a ação fiscal, o Auditor constatou um grande número de acidentes de trabalho decorrente do corte de cana (Dissolvendo a Neblina: O Encontro dos Trabalhadores Canavieiros da Região Sudeste: Saúde, Direito, Trabalho. Internet, 2004), afirma que:

Acidentes de trabalho ocorrem frequentemente no corte da cana. Os cortes são mais frequentes nas pernas e nas mãos para onde está direcionada a lâmina cortante do facão no ato do corte da base da cana e no aparamento das ponteiras. Também ocorrem acidentes nos olhos.

É perceptível a necessidade de se tomar medidas preventivas como repressivas, para que o trabalho seja feito de maneira mais humana. É uma escravidão moderna, onde feriu a dignidade da pessoa humana. As condições dos trabalhadores no âmbito social e financeiro são de miséria, dessa maneira, os empregadores se aproveitam e exploram os empregados, com situações degradantes do trabalho, muitas vezes sem carteira assinada, e início de dívidas para obter moradia, produtos e alimentos.

Vale ressaltar, que servidão por dívida é uma modalidade que tipifica o trabalho em regime análogo por abstrato. Vejamos o artigo 149 do Código Penal onde relata que:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada

pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003). Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

A Carta Magna concomitante com os seus princípios fundamentais garante a proteção máxima para os trabalhadores, desta forma, qualquer conduta contrária a organização do trabalho é crime.

### **1.5 Equipamento de Proteção Individual e Uniformes.**

O Equipamento de Proteção Individual – EPI - é o principal componente no meio ambiente do trabalho para evitar danos à saúde e facilitar a segurança, pois impede alguns riscos que são capazes de ameaçar a proteção do trabalhador, vale ressaltar, a existência da responsabilidade civil e criminal dos responsáveis, caso seja comprovado dolo ou negligência.

Em relação ao uniforme não é considerado EPI. Mediante precedente administrativo do Ministério Público do Trabalho e Emprego sob nº 99 o uniforme simples tem como finalidade servir de vestimenta para o trabalho e não proteger o trabalhador de acidentes ou exposição a agentes nocivos, já o não fornecimento de uniforme pode configurar transferência indevida do custo da atividade econômica ao empregado e não infração à Norma Regulamentadora nº 6. Tendo este, tem item, que ser fornecido pela empresa para o trabalhador, pois é necessário para que o trabalhador desempenhe suas funções de forma segura, quando tiver algum desconto ou vale pelo equipamento para o trabalho não pode ser cobrado, não pode ter descontos do salário, a não ser o desconto simbólico. Vejamos publicação do Diário Oficial do TST (2014, internet):

Processo N° AIRR-0001385-41.2010.5.04.0019

[...] A Turma ratificou a condenação quanto à devolução dos descontos efetuados a título de "ADIANT. SALÁRIO FL. 10" , "EXTRAVIO EPI" , "VALE FÍSICO" , "VALE FINANCEIRO" e/ou "VALE FÍSICO/FINANCEIRO" . Consta da decisão: "Segundo o art. [462](#) da [CLT](#)," ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivo de lei ou de contrato coletivo". Há autorização para descontos salariais no contrato individual de trabalho, como se observa da respectiva cláusula sexta, in verbis:" DOS DESCONTOS NOS SALÁRIOS: A CONTRATANTE, quando comprovada a responsabilidade do CONTRATADO, descontará de seu salário os vales financeiros decorrentes de inexistência de numerários e/ou produtos entregues a sua guarda, descontos de refugos (vasilhame fora do padrão) e qualquer outro prejuízo que causar à empresa ou a terceiros, conforme preceitua o artigo 462 da CLT". (fl. 138 dos autos). Em relação aos descontos por prejuízos causados pelo empregado ao patrimônio da empregadora ou a terceiros, mesmo que autorizados, a empresa deve comprovar os fatos que motivaram tal ressarcimento [...] em que pese se entenda possível haver descontos salariais relativos a equipamentos de proteção individual (EPI) extraviados pelo empregado, no caso em exame não há documentos nos autos que demonstrem a entrega de EPI ao autor,

tampouco há documentos descritivos de EPI extraviados. Pelo exposto, mantém-se a sentença no particular. Nega-se provimento. Considerando os fundamentos expostos, não verifico contrariedade à Orientação Jurisprudencial mencionada: **DESCONTOS SALARIAIS. AUTORIZAÇÃO NO ATO DA ADMISSÃO. VALIDADE.** Inserida em 26.03.99 É inválida a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade.

Não detecto violação literal ao dispositivo de lei invocado, circunstância que obsta a admissão do recurso pelo critério previsto na alínea c do art. [896](#) da [CLT](#). À luz da Súmula 296 do TST, aresto que não revela identidade fática com a situação descrita nos autos ou que não dissente do posicionamento adotado pela Turma não serve para impulsionar o recurso.[...] A parte apenas discorre acerca das razões de sua insurgência e propugna a reforma da decisão. Não traz aresto para confronto, não indica dispositivo legal ou constitucional que entenda violado, tampouco aponta contrariedade a Orientação Jurisprudencial de Seção de Dissídios Individuais ou a Súmula do TST. A ausência de situação prevista no art. [896](#) da [CLT](#) obsta o prosseguimento do recurso de revista.

A legislação que trata de EPI é estabelecida por lei, Lei de nº 6514 de dezembro de 1977, que alterou o Capítulo V do Título II da

Consolidação das Leis do Trabalho, relativo à segurança e medicina do trabalho e dá outras providências, mediante os artigos 166 e 167, estabelecem a obrigatoriedade à empresa fornecer o EPI gratuitamente ao trabalhador, e a obrigatoriedade de que o EPI deverá estar em conservação e sem nenhum tipo de danificação e só é seguro ser utilizado apenas com o Certificado de Aprovação - CA emitido pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, bem como, a necessidade de haver sempre fiscalização de uso efetivo, bem como providenciar instrumentos de uso e substituição. Vale ressaltar, que a regulamentação sobre o uso do EPI é estabelecida pelas Normas Regulamentadoras 6 e 9, mediante Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE.

## **2 REPARAÇÃO DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO**

### **2.1 Conceito e características**

Dano é todo resultado que altera de um estado para o outro, acarretando prejuízo, com melhor definição De Plácido Silva (2008, p.2):

Dano, do latim *damnum*, significa um mal ou ofensa que uma pessoa causa a outrem que possa resultar numa deteriorização da causa ou prejuízo do patrimônio. Juridicamente, dano é o prejuízo causado, em virtude de ato de outrem que venha a causar diminuição patrimonial.

Entretanto, pode-se afirmar que a etimologia da palavra no âmbito jurídico resulta em um significado mais amplo, a ofensa de um bem juridicamente protegido, ou seja, dano moral e extrapatrimonial ou a diminuição do patrimônio material.

Em se tratando de dano ambiental, desde a preocupação com as gerações futuras e utilização de um meio ambiente adequado,

previstos nos artigos 16 e 17 da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos até a afirmação e a aplicação e preocupação do artigo 225 da Constituição Federal, que trata o bem de uso comum, difuso e fundamental com mínimo existencial, artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, tendo como base o princípio da participação entre o poder público e a coletividade.

O meio ambiente do trabalho é um conjunto de fatores relacionados às condições dos trabalhadores em seu labor. O cerne desse conceito está configurado na promoção da salubridade e da incolumidade física e psicológica do trabalhador, um pressuposto para configuração da responsabilidade é a existência do dano, por conseguinte, a obrigação de ressarcir só se concretiza onde há o que reparar. O dano ambiental apresenta peculiaridades em relação ao dano ecológico, esse dano pode ser de ordem patrimonial-material ou extrapatrimonial e moral.

Na responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, tem um fundamento diferenciado quando se compara com o geral, pelo fato de não importar se a existência do ato é legal/ilegal ou lícito/ilícito e sem a existência de ato danoso, na qual o causador deve arcar com os prejuízos. Na reparação no âmbito do meio ambiente do trabalho quase sempre existe a possibilidade da reposição, não existindo tal possibilidade, aplica-se sanção indenizatória compensatória. Vale ressaltar que, no âmbito da responsabilidade pelos danos à saúde do trabalhador, seguindo a regra é a existência e impossibilidade de reparação do dano, substituindo esta por indenizações por danos moral, material e estético (NERY, p.133).

## **2.2 Dano Moral Coletivo**

O dano moral coletivo é possível conceituá-lo a partir da premissa do dano moral individual mediante artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal e artigo 186 do Código Civil onde sofreu grandes alterações e mudanças na

teoria que sempre foi limitada e restrita individualmente. Para propósito, considera-se como uma violação transindividual dos direitos da personalidade e em relação a sua aplicação a advogada Juliana Cardoso Nogueira Lei, artigo intitulado Dano Moral Coletivo Trabalhista, publicado em Migalhas (2014, internet), enfatiza que:

*Para a configuração do dano moral coletivo, o ilícito e seus efeitos devem ser de tal monta graves que importem na imediata reação social, extrapolando aquela relativa ao descumprimento pelo agente de determinadas normas de conduta trabalhista. A ofensa, neste caso, alcança os valores fundamentais compartilhados pela coletividade que se vê injustamente lesadas. Os bens ou interesses lesados são metaindividuais, de indiscutível relevância social.*

Para dano moral coletivo *latu sensu* são acolhidas leis que regem e asseguram o direito posto, como exemplo, o artigo 1º e incisos da Lei de Ação Civil Pública de nº 7.347/85, o artigo 6º, VI e VII do Código de Defesa do Consumidor, bem como os artigos 3º, 5º e 17 c/c artigo 201, V, VI e IX da Lei de nº 8.078/90 – ECA (MELO, 2010). De maneira mais ampla Marco Antônio Marcondes Pereira artigo intitulado: Dano moral contra a coletividade: ocorrências na ordem urbanística, (2014, internet) esclarece:

Dano moral coletivo é o resultado de toda ação ou omissão lesiva significativa, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade, considerada esta as gerações presentes e futuras, que suportam um sentimento de repulsa por um fato danoso irreversível, de difícil reparação, ou de consequências históricas.

Apesar da doutrina ainda ser bastante pobre em seus estudos em declínio ao dano moral coletivo, a jurisprudência vem se

reciclando e aplicando de maneira positiva. A ementa a seguir demonstra a ocorrência e reparação de dano moral coletivo no meio ambiente de trabalho:

**DANO MORAL COLETIVO. CARACTERIZAÇÃO.** A caracterização do dano moral coletivo está ligada à ofensa, em si, a direitos difusos e coletivos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial, não havendo, portanto, necessidade de comprovação de um prejuízo material, bem como de uma perturbação psíquica da coletividade. Com efeito, o que deve ser analisado é a gravidade da violação cometida frente à ordem jurídica, sendo prescindível a demonstração da repercussão de eventual violação na consciência coletiva do grupo social, uma vez que a lesão moral sofrida por este decorre, exatamente, da injusta lesão a direitos metaindividuais socialmente relevantes. Portanto, não é qualquer desobediência à legislação trabalhista que caracteriza o dano moral coletivo. Nesse passo, no plano coletivo, assim como no âmbito individual o exame do dano moral deve ser realizado com cautela, inclusive para evitar a sua banalização. Por exemplo, quando o descumprimento da legislação trabalhista está relacionado a normas de segurança no trabalho, expondo os trabalhadores daquela coletividade a riscos iminentes, ou outro exemplo, no caso de trabalho escravo e infantil, tais violações consistem em lesões a direitos fundamentais constitucionais - como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho - fundamentos do Estado

Democrático de Direito - atingindo toda a sociedade, o que autoriza a imposição de indenização.

(TRT-3 - RO: 00556201309603006 0000556-45.2013.5.03.0096, Relator: Marcio Flavio Salem Vidigal, Quinta Turma, Data de Publicação: 25/04/2014 24/04/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 146. Boletim: Sim.).

Segundo Renato Saraiva e Aryanna Manfredini (2014, p.716) “a possibilidade de condenação em danos morais coletivos encontra-se em perfeita sintonia com o movimento mais recente do Direito, no sentido na coletivização ou socialização”. Dessa maneira, evidencia a coletividade, contrário ao individualismo, surgindo uma concepção inovadora e liberal.

### **2.3 Dano Material**

Dano patrimonial ou dano material, mediante diversos doutrinadores, tem faculdade em ser definido como aquele que abrange, tão somente, o patrimônio do ofendido de forma a diminuí-lo ou torná-lo inexistente, podendo ser direto ou indireto. Como exemplo, em lesões corporais provocadas por acidente de trabalho, pode atingir os bens patrimoniais, como também, os bens extrapatrimoniais, presentes e futuros.

Para o Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região [Alexandre Nery de Oliveira](#) em seu artigo sobre Dano material, dano moral e acidente de trabalho na Justiça do Trabalho, (1999, internet) afirma de maneira ampla e objetiva os danos materiais na relação de trabalho:

No concernente aos danos materiais ocorridos no curso da relação de trabalho, em campo maior que as meras indenizações por término do contrato laboral, ou o pagamento dos salários e outras verbas devidas, regularmente previstas na legislação social, temos, ainda, casos em que a atuação do patrão ou do trabalhador acarreta dano em patrimônio material de um ou de outro, havendo, assim, por parte do prejudicado, a procura da reparação correspondente. Diversamente, contudo, quando o fato relativo ao dano material sofrido por patrão ou trabalhador, por ação ou omissão da parte contrária ou de preposto desta, em decorrência ou no curso da relação de trabalho, ainda que a reparação pretendida tenha cunho civil, a competência será da Justiça do Trabalho, ante os contornos próprios da Constituição Federal, artigo 114, no entendimento inclusive do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Existem hipóteses em que derivam de acidente de trabalho que se enquadra como dano emergente e lucro cessante. A importância da questão de que o dano material pode decorrer da lesão corporal, existente na doutrina francesa, o que segundo Sergio Cavalieri Filho (2003, p. 90-91) relata que:

A doutrina francesa aplicada com frequência pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (perte d'une chance) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha

do advogado etc. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.

Com efeito, em que se contenta o artigo 402 do Código Civil, prevê que deve ser admitido levando em consideração a razoabilidade que, “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”, concomitante, estabelece o artigo 403 do Código Civil que “ainda ele e inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Segundo Raimundo Simões de Melo (2010, p.424) afirma que: “A solução para se aferir o lucro cessante, dependendo da situação, não apresenta grandes dificuldades para o juiz, porque a probabilidade de atingir aquele lucro é quase real, diferente do que ocorre na chamada perda de chance mediante probabilidades incertas”.

## **2.4 Dano Moral**

O dano moral pressupõe a uma lesão ao direito, vinculada ao direito patrimonial moral, havendo, também, omissão ou silêncio no âmbito da relação contratual, e é dever indenizar ao lesado.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do nosso estado de direito, e sua relação com o dano no trabalho é totalmente interligada, pois, quando valoriza o trabalho como valor social, cria-se um propósito de reduzir a desigualdade social. Existe uma característica do contrato de trabalho que é a subordinação jurídica do empregado ao empregador, expressada por meio do poder de ordens, organização e disciplinar, mediante onerosidade; entretanto, causa também, pela existência da dependência

recíproca de obrigações, compatibiliza naquilo que diz respeito às atividades laborais favorecendo qualquer dano causado por empregador a empregado ou vice-versa. Guilherme Augusto Caputo Bastos (2003, p.44) afirma que:

O relacionamento pessoal entre empregado e empregador, conforme abordado alhures, constitui meio propício à ocorrência do dano moral, pois na relação empregatícia torna-se inevitável o confronto entre o poder de direção do empregador, fulcrado no direito de propriedade, que tem assento no art. 5º, XXII, da [Constituição](#) da República de 1988, e os interesses do trabalhador, mormente no que tange ao ius resistendae, ensejador da preservação dos seus direitos personalíssimos, que também são tutelados pelo art. 5º, X, da Lei Maior. Esse confronto, embora seja mais comum a ocorrência de lesão que possa afetar a intimidade, a privacidade, a honra ou a imagem do trabalhador, também é perfeitamente possível que o empregador sofra dano de natureza não patrimonial.

Vale ressaltar, que quando se adere à adesão voluntária do contrato de trabalho, demonstra a oposição entre os poderes das suas partes, ou seja, o poder e o dever das partes se compatibilizam no que diz respeito à atividade e desempenho da atividade funcional, de acordo com o artigo 187 do Código Civil “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”.

Dano moral. Pressupostos. Ao prever a reparabilidade de qualquer dano, sem excepcionar classe ou tipo, o art. 5º, XLV da CF/88 sepultou a dissensão até então reinante na doutrina e na jurisprudência sobre a indenizabilidade do dano moral. Ao estatuir que à Justiça do Trabalho compete conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, o art. 114 ampliou a sua competência material para albergar também o dano moral, desde que decorrente da relação de emprego ou conexo ao contrato de trabalho. Estas são, em rigor, a nosso ver, as únicas exigências para que o dano moral possa ser apreciado no âmbito de um processo trabalhista. Dano é - toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos, ou toda diminuição ou subtração de um bem jurídico. TRT-1 - RO: 00002904220125010551 RJ, Relator: José Geraldo da Fonseca, Data de Julgamento: 09/04/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: 25/04/2014).

O dano moral poderá ocorrer no momento anterior ao da celebração do contrato, durante, na extinção da relação contratual, ou até mesmo após a relação contratual.

## **2.5 Dano Estético**

Dano estético é uma alteração corporal, atingir a aparência da pessoa, por diversas formas, e nos seus mais variados aspectos, pois a integridade corporal abrange a integridade da

aparência física. No mesmo diapasão, por oportuno, o seguinte posicionamento:

**DANO ESTÉTICO. INDENIZAÇÃO.** O dano estético ainda que repercute na esfera subjetiva da vítima, fere principalmente a imagem do trabalhador, porque corresponde à deformidade decorrente do acidente de trabalho, trazendo uma modificação duradoura ou permanente em algum órgão do corpo humano. Portanto este "enfeamento" ou "deformidade" causa angústia, humilhação ou desgosto, originando a dor moral. E este dano, mesmo leve, deve ser indenizado, conforme ensinamentos do professor Sebastião Geraldo de Oliveira, na sua obra Indenização por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. (TRT-3 - RO: 01831201104703007-0001831-50.2011.5.03.0047, Relator: Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida, Quinta Turma, Data de Publicação: 16/06/2014 - 13/06/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 218. Boletim: Não.).

Sua previsão legal dispõe no artigo 5º, V da Constituição Federal, concomitante com o artigo 949 do Código Civil: “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, podendo também aplicar o a artigo 402 do Código Civil, assim vazado: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”, não bastasse o artigo 186 do Código Civil que profere o seguinte: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, dessa maneira é obrigado a reparar o dano decorrente, como atesta o artigo 927 do Código Civil.

Vale ressaltar, que existe uma divergência jurisprudencial, em relação à cumulação entre o dano estético e moral que são oriundos do mesmo fato. Seguindo tal direcionamento, Sebastião Luiz Amorim, José de Oliveira, e, com relatos de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p.691) que dispõe:

Para que se caracterize a deformidade, é preciso que haja o dano estético. A pedra de toque da deformidade é o dano estético. O que se indeniza, nesse caso, é a tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física. Não se trata, pois, de uma terceira espécie de dano, ao lado do dano material e do dano moral, mas apenas de um aspecto deste. Há situações em que o dano estético acarreta dano patrimonial à vítima, incapacitando-a para o exercício de sua profissão (caso da atriz cinematográfica ou de TV, da modelo, da cantora que, em virtude de um acidente automobilístico, fica deformada), como ainda dano moral (tristeza e humilhação). Admite-se, nessa hipótese, a cumulação do dano moral (tristeza e humilhação). Admite-se, nessa hipótese, a cumulação do dano patrimonial com o estético, este como aspecto do dano moral. O que não se deve admitir, porém, é a cumulação do dano estético com o moral, para evitar a caracterização de autêntico bis in idem.

Noutro sentido, sustentam Carlos Alberto Menezes Direito, Sergio Cavalieri Filho (2004, p. 420-421) a orientação que:

O dano estético deve ser autônomo, permitindo a cumulação com outro tipo de prejuízo que o ofendido tenha sofrido, incluindo o dano moral decorrente do mesmo fato. Nessa direção, mesmo aqueles que entendem que o dano estético, em si mesmo considerado, constitui modalidade do dano moral, admitem que isso 'não significa, de sempre e necessariamente, o esgotamento do que seria devido a título de dano moral. Além da dor decorrente do dano estético, pode a lesão acarretar restrições que importem também sofrimento moral. Ambas as manifestações são indenizáveis', como pôs em julgado de que foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro (REsp . n. 94.569-RJ, DJ de 1º.3.99).

Vale ressaltar, que não são todos os casos que aderem à cumulação da reparação por dano estético com outro tipo de dano, mas apenas nas conjecturas em que ambos possuem fundamentos distintos e que são passíveis de apuração em separado, ainda que originários do mesmo fato (MELO,2010).

### **3 APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL E SUA DIVERGÊNCIA**

#### **3.1 Correntes**

Apresenta divergência referente à natureza das pretensões de reparação em face de acidentes de trabalho, tendo como alvo a vasta variação de decisões referente ao prazo prescricional a ser aplicado, surgindo dessa maneira correntes de entendimento sobre o tema.

A primeira corrente ampara a imprescritibilidade dos danos causados durante a atividade laboral, usando como arguição a afetação aos direitos de personalidade, uma categoria de direitos que esta diretamente interligada aos direitos fundamentais, por ter características de ser intransmissível, irrenunciável, inalienável, vitalícios e por fim são imprescritíveis.

Esse entendimento não é muito aceito entre a jurisprudência e doutrina, como exemplo de aceitação, Francisco das Chagas Lima (2006, p.21-22):

[...] A ação seria imprescritível dado ao fato de tratar-se de ação de reparação de danos a direitos da personalidade que, por irrenunciáveis, o seu exercício não está sujeito à prescrição, face aos termos do que disposto no art. 11 do Código Civil (Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária). A ação de reparação de danos morais decorrentes de acidente do trabalho ou de doença profissional - equiparada a acidente de trabalho por força de expressa disposição legal - tem por objetivo indenizar o trabalhador pelos danos à saúde, à vida, à integridade física ou mental enfim, direitos ligados à personalidade e à dignidade do ser humano. Essa categoria de direitos fundamentais constitucionais é garantida ao ser humano enquanto pessoa e não porque ostenta a condição de cidadão trabalhador ou empregado. Por conseguinte de natureza indisponível, não podendo o seu titular a eles renunciar. Assim, são irrenunciáveis por consequência, imprescritíveis. Não se trata,

pois, de direito de natureza trabalhista, nem tampouco civil, mas de direito de índole fundamental que diz respeito à dignidade humana.

Entende-se que o direito da personalidade nunca prescreve, mas o que prescreve é a pretensão reparação dos danos patrimoniais.

A segunda corrente possui um entendimento mais conservador que em ações de reparação civil decorrentes de infortúnios laborais, aplica-se mediante o artigo 206 §3º, V do Código Civil o prazo prescricional de três anos. Esse prazo é aplicado em ações de reparação ao dano patrimonial estrito, não é a proposição aplicável, pelo fato de que acidente de trabalho esta diretamente interligado ao trabalhador, ou seja, danos à pessoa humana que é protegido como um direito fundamental. Prazo adotado para as reparações civis, calcadas nas regras de reparação de dano, como atesta o artigo 186, 187, 927 e 932, inciso III, todos do Código Civil.

A terceira corrente atende a prescrição comum trabalhista, com cinco anos retroativos de garantia dos direitos e com prazo de dois anos após encerramento do contrato de trabalho para adentrar com ações de indenizações, previsto no artigo 7º, XXIX da Constituição Federal, que se refere a créditos trabalhistas das relações de trabalho. Com a alteração do artigo 114 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, firmou a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de responsabilidade civil de danos, na realidade ampliou a sua competência, entretanto a prescrição não deve ser mensurada pela competência, mas sim, pela razão da natureza da violação do direito à personalidade, ou seja,

ações de reparações acidentárias pleiteadas na Justiça do Trabalho por danos a personalidade que é um direito fundamental, como atesta o artigo 5º, V da Constituição Federal, não se trata de crédito trabalhista, como prevê o artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal. Apesar da jurisprudência está pacificada sobre o tema em questão, acolhendo o prazo quinquenal, como também os doutrinadores, Sebastião Geraldo de Oliveira, Sergio Pinto Martins, Alice Monteiro de Barros, entre outros. Como comprova:

PRESCRIÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRABALHO. A prescrição a ser aplicada às ações de indenização por dano moral e material decorrentes de acidente do trabalho é trabalhista e não civil.

(TRT-2 - RO: 733006320085020 SP 00733006320085020315 A20, Relator: ANA MARIA CONTRUCCI, Data de Julgamento: 03/09/2013, 3ª TURMA, Data de Publicação: 10/09/2013).

Indenização por Dano Moral e Material e Prescrição. Nos termos do artigo 114 da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para apreciar pedido de reparação de dano moral e material decorrente de acidente do trabalho, já reconhecido pelo órgão da Previdência Social. A matéria posta em discussão é eminentemente trabalhista comportando a avaliação do dano, bem como da culpa do empregador pelo evento. Não há dúvida, portanto, que a pretensão da autora possui natureza de crédito trabalhista,

estando sujeita, por conseguinte, ao prazo prescricional previsto no artigo [7.º, XXIX](#), da [Constituição](#) da República. Se a demanda foi ajuizada após o decurso do prazo de dois anos contados do término do contrato de trabalho, a ação da empregada com o objetivo de postular a indenização em exame está efetivamente prescrita, devendo o processo ser extinto com julgamento de mérito, na forma determinada pela r. Sentença recorrida (TRT 3ª R., 2ª T., RO 9.203/01, Rel. Alice Monteiro de Barros, DJ MG 17.8.2001, p. 17).

O STF (CC7.204.1-MG) e o STJ (CC51.712-SP) firmaram o entendimento de que, os feitos regidos pela antiga Competência da Justiça Comum Estadual antes da Emenda Constitucional de nº 45/2004, não serão aplicadas somente para os processos que ainda se encontravam sem sentença prolatada, podendo ser de mérito ou não. Caso contrário, serão remetidos para Justiça do Trabalho. (Renato Saraiva e Aryanna Manfredini, 2014). Convém ressaltar a Súmula de nº 367 do STJ “A competência estabelecida pela EC nº 45/2004 não alcança os processos já sentenciados”.

Cabe acentuar o entendimento do STF concernente que não é a natureza da matéria que determina a competência da Justiça do Trabalho, nem a competência define o prazo prescricional (MELO, 2010), vejamos:

À determinação da competência da justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho. Ementa: conflito de

Jurisdição n. 6.959-6 – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – DJU de 22.2.91,p.1.259 – STF.

Não obstante a prescrição trabalhista, o prazo prescricional para regularização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço era de trinta anos, ou seja, o prazo prescricional não era trabalhista, como atesta a Súmula de nº 362 do TST e a Súmula de nº 210 do STJ. Vale ressaltar, que a decisão majoritária para mudança do prazo para quinquenal foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 709212 no dia 13 de novembro de 2014 pelo Supremo Tribunal Federal.

A quarta corrente aplica-se o prazo prescricional de dez anos com sustentação que tal aplicação se dá para as que estiverem sem prazo específico. Tendo como base o artigo 205 do Código Civil com importação permitida no artigo 8º da CLT para pretensões sem prazos previstos em lei, além do que a norma trabalhista visa que o trabalhador é hipossuficiente.

Como é sabido, o Direito do Trabalho é um dos mais novos ramos do Direito e tem como premissa e base os princípios, dentre todos os princípios é pertinente ressaltar que tem como norte de todo sistema laboral é o Princípio da Proteção ao Trabalhador concomitante ao Princípio da Norma mais Favorável ao Trabalhador, no qual, dispõe que a norma, mesmo que esteja hierarquicamente inferior em sua vigência, poderá ser aplicada para o benefício do obreiro no caso concreto. Segundo o doutrinador Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2014, p.95) afirma que:

Existindo mais de uma norma jurídica válida e vigente, aplicável a determinada situação, prevalece aquela mais favorável ao empregado, ainda que esta norma esteja em posição

hierárquica formalmente inferior no sistema jurídico.

Como também é o entendimento:

PRESCRIÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FÁVORÁVEL AO TRABALHADOR. O instituto da prescrição é um instrumento de direito material e, portanto, em razão da sua natureza jurídica, não há como se dissociar a sede normativa da pretensão que repousa no direito material e as normas que regem o respectivo prazo prescricional da lesão ocorrida. Desse modo, a prescrição deve ser aplicada com base nos princípios e peculiaridades que permeiam o Direito do Trabalho. Assim, em prestígio ao princípio da norma mais favorável que informa esse ramo do Direito, é de ser observada, em regra, a prescrição que for mais benéfica ao trabalhador. Recurso do autor a que se dá provimento parcial.

(TRT-2 - RO: 3629020125020 SP 00003629020125020263 A28, Relator: SIDNEI ALVES TEIXEIRA, Data de Julgamento: 03/07/2013, 8ª TURMA, Data de Publicação: 10/07/2013).

Ainda existe uma cultura de que o empregado não pode pleitear seus direitos que foram violados ou os danos pessoais que acontecem em seu labor quando o contrato de trabalho ainda esta vigente, isso é devido ao receio de perder o emprego, e,

levando em consideração ao atual índice de desemprego, segundo o IBGE nos três primeiros meses de 2014, a taxa de desemprego no Brasil ficou em 7,1%, acima da registrada no trimestre anterior, fato que desfavorece ao empregado pela sua insuficiência econômica e pela subordinação, esse receio permeia até depois do término do contrato pela falta de informação (2014, internet). Como é notório, dificulta o cumprimento da reparação em face prescrição trabalhista, que nem seria a aplicada corretamente por ser dano pessoal.

Cabe vislumbrar que as doenças profissionais são o resultado direto das condições de trabalho, como também o acidente de trabalho, para surgimento de ambas, frisa-se a falta de prevenção dos riscos e a proteção devida aos trabalhadores, cita-se a ementa:

ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E MATERIAL. Na ocorrência de acidente de trabalho ou doença profissional desenvolvida dentro das dependências da empresa, esta não pode eximir-se de parte da culpa por ter o dever de diligenciar no sentido de que estão sendo cumpridas as normas de prevenção de doenças laborativas e segurança do trabalho. E, sofrendo a empregada danos materiais e também morais em razão do trabalho que culminaram em sequelas permanentes, faz jus à indenização respectiva" (TRT 3ª Reg. RO 01006-2002-035-03-00-1 (Ac. 8ª T) - Rel. Juiz Paulo Maurício Ribeiro Pires. DJMG 17.04.04, p. 17).

Desse modo, a reparação dos danos são consequência da responsabilidade civil dos empregadores, aplica-se sanção indenizatória compensatória para suprir a lesão do direito, portanto,

a prescrição mais viável seria a que acarretasse mais benefício ao lesado, ressaltando a proteção da vítima.

Segundo Raimundo Simão de Melo (2010, p.526) afirma que: “No caso dos acidentes de trabalho, os danos causados (materiais, morais e estéticos) são pessoais, com prejuízo a vida, à saúde física e/ou psíquica, etc. do trabalhador”, dessa maneira, as reparações por acidentes de trabalho que é um dano totalmente pessoal, não são de natureza civil e nem trabalhista, pela falta de uma regulamentação legal e estudo específico da prescrição deve ser aplicado o prazo geral de dez anos, de acordo com o artigo 205 do Código Civil.

. Enfim, já guisa de conclusão, carreio a jurisprudência construída pelos tribunais acerca do tema desafiado.

### **3.2 No TST**

Existe uma grande variação no TST, as ementas a seguir:

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS MORAIS. AÇÃO AJUIZADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004. DIREITO INTERTEMPORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. REGRA DE TRANSIÇÃO. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. 1. Orienta-se o entendimento recente desta SBDI-I no sentido de que a regra prescricional aplicável à pretensão relativa a indenização por danos morais decorrente de acidente do trabalho é definida a partir da data em que a parte tem ciência inequívoca do evento danoso. Ocorrido o acidente ou cientificada a parte da incapacitação

ou redução de sua capacidade laboral em ocasião posterior ao advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, por meio da qual se definiu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar tais demandas, a prescrição incidente é a prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição da República, porquanto indiscutível a natureza trabalhista reconhecida ao evento. Contrariamente, verificado o infortúnio anteriormente à entrada em vigor da referida emenda constitucional, prevalece a prescrição civil, em face da controvérsia que pairava nas Cortes quanto à natureza do pleito - circunstância que não pode ser tomada em desfavor da parte. 2. Na presente hipótese, a lesão ficou configurada com a expedição da CAT, ocorrida em 9/6/2004 - ou seja, em data anterior à vigência da Emenda Constitucional n.º 45/2004. A prescrição incidente, portanto, é a civil, com a regra de transição consagrada no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, porquanto não transcorridos mais de dez anos até a data da entrada em vigor do referido Código. 3. Assim, em face da regra contida no indigitado dispositivo de lei, forçoso concluir que a prescrição aplicável, no presente caso, é a trienal, estabelecida no artigo 206, § 3º, V, do novel Código Civil, iniciando-se a sua contagem a partir da data da lesão - ou seja, 9/6/2004 - e findando em 9/6/2007. 4. Ajuizada a presente ação em 5/6/2007, não há prescrição a ser decretada relativamente à pretensão à reparação por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho. 5. Recurso

de revista não conhecido. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. O Tribunal Regional, ao fixar o valor atribuído à indenização devida por danos morais em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), levou em consideração a gravidade do dano sofrido pela autora, observando os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Hipótese em que não se cogita na revisão do valor da condenação, para o que se faria necessário rever os critérios subjetivos que levaram o julgador à conclusão ora combatida, à luz das circunstâncias de fato reveladas nos autos. Recurso de revista não conhecido.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRARIEDADE ÀS SÚMULAS N. os 219 E 329 DESTA CORTE UNIFORMIZADORA. Contraria as súmulas de n.ºs 219 e 329 desta Corte superior decisão mediante a qual se defere honorários advocatícios sem a devida consideração quanto ao requisito da assistência sindical. Na presente hipótese, o Tribunal Regional deferiu o pagamento dos honorários, com fundamento na Lei n. o 1.060/50, exclusivamente em face da declaração de pobreza apresentada pelo reclamante. Constatada, no presente caso, a ausência de assistência sindical, exclui-se da condenação o pagamento da parcela. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 440001820075040030 44000-18.2007.5.04.0030, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 14/09/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2011).

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. PRAZO DE PRESCRIÇÃO TRABALHISTA E NÃO CIVIL. Tratando-se de pretensão de indenização por danos morais deduzidos perante a Justiça do Trabalho, sob o fundamento de que a lesão decorreu da relação de trabalho, não há como se entender aplicável o prazo prescricional de 20 anos previsto no Código Civil, porquanto o ordenamento jurídico trabalhista possui previsão específica para a prescrição, cujo prazo, que é unificado, é de dois anos do dano decorrente do acidente de trabalho, conforme estabelece o artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal e o artigo 11 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista de que não se conhece. (TST - RR: 4907003820025120030 490700-38.2002.5.12.0030, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 26/09/2007, 5ª Turma,, Data de Publicação: DJ 11/10/2007.).

Decisões que usaram como aplicação tanto a prescrição trabalhista quanto a prescrição civil, levando sempre em consideração a competência a partir da Emenda de nº45/2004 para julgar reparação do dano, entretanto, frisa-se a apreciação deve ser na sua natureza e não pela sua competência.

### **3.3 Nos TRT's E nas Varas do Trabalho**

Na primeira e segunda instâncias da Justiça do Trabalho, julgados diversos:

RECURSO ORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO.  
DANOS MORAIS E MATERIAIS

DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. Constatada a natureza civil do dano moral, tem-se que a prescrição segue a mesma natureza do direito. Logo, a prescrição a ser aplicada à ação que vise a indenização por danos materiais ou morais decorrentes de acidente de trabalho é a prevista no Código Civil Brasileiro de 1916, artigo 177, vintenária, ou, a prevista no novo Código de 2002, artigo 205, decenal, adequando-se cada caso ao disposto no artigo 2.028 do novo Código Civil, conforme a data em que nasceu o direito à ação. (TRT-1 - RO: 2625004320055010341 RJ , Relator: Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, Data de Julgamento: 29/10/2012, Sétima Turma, Data de Publicação: 2012-11-08).

Publicado em 30/06/2013.

PROCESSO: 0000474-74.2012.5.19.0008 -  
SENTENÇA:

[...] Nesse diapasão, especificamente no que atine aos prazos prescricionais, é interessante notar que, conforme S.375 do C.TST, o auxílio doença ou mesmo a aposentadoria por invalidez não suspenda o prazo prescricional, porquanto a reclamante não estava impossibilitada de se locomover, conforme demonstrou em seu depoimento pessoal. Ademais, cabe esclarecer que, a partir da EC nº 45/2004, o prazo prescricional previsto para pleitos relacionados às indenizações por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho ou situação a ele equiparada é o quinquenal, nos

termos do art.7º XXIX, da CRFB. Pontue-se, ainda, que não há o que se cogitar a respeito de regras de transição para contagem do prazo prescricional, pois, de acordo com o artigo 2028 do CCB, quando da edição do CCB/2003, não havia transcorrido metade do prazo prescricional de vinte anos previsto na Lei anterior (CCB/1916). Desse modo, mesmo que o marco prescricional quinquenal seja iniciado somente com o advento da Emenda Constitucional, a prescrição deverá ser pronunciada, pois a ação somente foi ajuizada no ano de 2012. Logo, extinguem-se com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, os pedidos formulados pela parte autora. [...] Posto isso e tudo mais o que consta dos autos da reclamação trabalhista movida por MÉRI LEITE DA SILVA em face de CAIXA ECONOMICA FEDERAL, decide o juízo da 8ª Vara do Trabalho do Maceió-AL. NILTON BELTRÃO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR JUIZ DO TRABALHO.

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL EM RAZÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. Tendo o Autor sofrido o acidente de trabalho em 29/01/2002, antes, portanto, da vigência da Emenda Constitucional nº 45, há que ser aplicado o prazo prescricional previsto na legislação civil, conforme entendimento pacífico da jurisprudência desta Justiça Especial. Logo, considerando que, quando da data da entrada em vigor do Código Civil de 2002, não havia transcorrido mais da metade do prazo

prescricional previsto no Código Civil de 1916, aplica-se o prazo de 3 (três) anos, contado da vigência do novo Código Civil, de 2002, em face da adoção da regra de transição prevista em seu artigo 2.028. Assim, o prazo para a propositura da ação era até 11/01/2006. Tendo ela sido distribuída em 29/07/2009, ou seja, mais de três anos após o transcurso do prazo, correta a sentença ao acolher a prejudicial de prescrição. (TRT-1 - RO: 00943006320095010008 RJ, Relator: Nelson Tomaz Braga, Data de Julgamento: 04/12/2013, Sexta Turma, Data de Publicação: 12/12/2013).

São evidentes as variações de decisões com orientações diversas. Cabe ressaltar que, também existe um Enunciado de nº. 45 da ANAMATRA que segue o entendimento para prescrição no acidente de trabalho ser aplicado mediante os termos do artigo 205 ou 2.028 do Código Civil.

### **3.4 No STJ**

No Superior Tribunal já existem pronunciamentos sobre a prescrição nas reparações, a seguir ementas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRABALHO. DECISÃO DO JUÍZO SINGULAR QUE DECLARA A PRESCRIÇÃO PARCIAL DA PRETENSÃO DO AUTOR. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. NATUREZA JURÍDICA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL: AGRAVO DE INSTRUMENTO.

INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A decisão que reconhece a prescrição de parte da pretensão do autor, sem por fim ao processo, é interlocutória. Assim, o recurso que a desafia não é o de Apelação, mas sim de Agravo de Instrumento. Não se aplica no caso o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes desta Corte. Aplicação da Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp: 1318312 PR 2012/0071575-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 27/03/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2014)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. As ações de indenização por danos morais em face de tortura praticadas por agentes do Estado durante o regime militar são imprescritíveis. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp: 1301122 RJ 2011/0310565-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 17/09/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013).

No superior Tribunal de Justiça adere o sentido de que se existe lesão a integridade física, é um direito fundamental não podendo ser confundido com efeitos diversos.

## **CONCLUSÃO**

Compreendemos através deste trabalho de curso, que a partir da historiografia contemporânea permitiu uma análise dos riscos do tipo profissional e preservação, influenciando as práticas gerenciais e a organização do trabalho para apreciação, seja como causativas de acidentes ou como integrantes fundamentais nas políticas de segurança e saúde nas empresas.

Em virtude dos fatos mencionados, somos levados a acreditar que se deve buscar a adequação apropriada nos locais laborais mediante a eliminação dos riscos à saúde e integridade psíquica e física dos trabalhadores, com ações individuais e coletivas, evitando dessa maneira, as lesões ao meio ambiente que são danos patrimoniais e extrapatrimoniais. A reparação se dá por meio de indenização de cunho individual como também coletivo, que decorrem da responsabilidade dos empregadores, principalmente por submeter o trabalhador à inadequação laboral, em ambientes insalubres, perigosos e penosos, ou seja, essa inadequação pode ter como causa a falta de medidas coletivas de prevenção ambiental ou pela falta de equipamento individual.

Percebe-se que, a fiscalização possui um papel fundamental, visando o cumprimento das normas de proteção ao trabalho e das obrigações trabalhistas, especialmente por parte dos empregadores, tendo em vista que os trabalhadores são considerados hipossuficiente sob o ponto de vista econômico. A atuação do Ministério Público do Trabalho é sempre em defesa dos interesses individuais e coletivos, com isso diminui as infrações, porém não é o suficiente, como exemplo, em pleno século XXI, é inadmissível ainda que se possa morrer por causa do trabalho ou

manter um trabalhador em condição análoga à de escravo, fato este que ainda ocorre no ramo sucroalcooleiro. É necessário que haja maior fiscalização e seja habitual, que tenha cobranças de renovação de treinamento e segurança adequada.

Em vista dos argumentos, é necessário para a configuração da responsabilidade do empregador ou tomador de serviço, é imperioso a existência do dano, por consecutivo, a obrigação de ressarcir. Dano este que pode ser: moral coletivo que importem na imediata reação social; moral individual que é uma lesão ao direito; material que atinge o patrimônio direto e indireto; e estético que é uma alteração corporal.

Com isso, compreendemos que existe a divergência referente à natureza das pretensões de reparação em face de acidentes de trabalho, pelo fato de existir correntes de entendimento variadas, que são divididas em quatro: a imprescritibilidade; a prescrição da reparação civil, mediante o artigo 206 §3º do Código Civil; a prescrição comum trabalhista, por força dos artigos 7º, XXIX e 114 todos da Constituição Federal; prescrição civil geral, mediante artigo 205 do Código civil; E pela vasta variação de decisões referente ao prazo prescricional a ser aplicado.

Por fim, compreendemos que a corrente a ser seguida, para sanar qualquer óbice, é a que se aplica o prazo prescricional de dez anos para as que estiverem sem prazo específico previstos em lei, mediante o artigo 205 do Código Civil com importação permitida no artigo 8º da CLT. Levando em consideração os princípios pertinentes ao Direito do Trabalho e a hipossuficiência do trabalhador, compreendemos que os acidentes de trabalho são danos pessoais, não são de natureza civil e nem trabalhista, dessa maneira, por falta de regulamentação legal deve ser aplicado o prazo geral de dez anos.

## REFERÊNCIAS

BONCIANI, M. *Contrato coletivo e saúde dos trabalhadores*. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v.45, p.53-58, 1994.

CARVALHO, [José Luciano Leonel de](#). *A auditoria-fiscal do trabalho no combate ao trabalho escravo moderno no setor sucroalcooleiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14741/a-auditoria-fiscal-do-trabalho-no-combate-ao-trabalho-escravo-moderno-no-setor-sucroalcooleiro>> Acesso em: 10 de maio de 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 90-91.

CERTO, Lugar. *Crescimento da construção civil requer mais segurança e fiscalização*. Disponível em: <[http://lugarcerto.com.br/app/402,61/2014/01/22/interna\\_ultimas,47878/crescimento-da-construcao-civil-requer-mais-seguranca-e-fiscalizacao.shtml](http://lugarcerto.com.br/app/402,61/2014/01/22/interna_ultimas,47878/crescimento-da-construcao-civil-requer-mais-seguranca-e-fiscalizacao.shtml)>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentário ao novo código civil*. Rio de Janeiro. Forense, 2004.

EMPREGO, Portal do Ministério Público e. *MTE divulga balanço de trabalhadores resgatados*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/mte-divulga-balanco-de-trabalhadores-resgatados-em-2012/palavrachave/trabalho-escravo-resgatados-2012-trabalho-analogo-a-de-escravo-ranking.htm>>. Acesso em: 28 de junho de 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 8 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

GARCIA, Rebecca; DUARTE, Edson. *Relatório do Grupo de Trabalho da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento*

*Sustentável da Câmara dos Deputados destinado à análise das implicações do uso do amianto no Brasil - Dossiê Amianto Brasil.* Disponível em: <<http://camara.gov.br/sileg/integras/769516.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAGES, Izabella Rodrigues; ALMEIDA, Orlando José de. *Dano moral coletivo ou institucional no Direito do Trabalho – breves considerações.* Disponível em: <<http://migalhas.com.br/dePeso/16,MI203256,91041-Dano+moral+coletivo+ou+institucional+no+Direito+do+Trabalho+breves>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. *Suspensão da prescrição trabalhista por doença do empregado.* Jornal Carta Forense. 2010.

MACHADO, Juliano. *TRT-RS condena frigoríficos por violação reiterada de direitos trabalhistas.* Disponível em: <<http://trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=839802&action=2&destaque=false>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2014.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2010.

MENDES, R. (Org) *Medicina do Trabalho: doenças profissionais*. São Paulo. Sarvier, 1980.

MENDES, René; DÍAS, Elizabeth Costa. *Da Medicina do Trabalho à saúde do trabalhador.* Rev. Saúde Pública, São Paulo, 25: 341-9, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *A defesa processual do meio ambiente do trabalho.* Rev. LTr vol.63/pag.584, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de direito do trabalho*. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2003. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Responsabilidade Civil por dano ecológico e ação civil pública*. p.133, Revista de Processo, São Paulo: RT, ano X, nº38, 1985.

NEWS, Globo. *Documentário “carne e osso” mostra a dura rotina de quem trabalha em frigoríficos*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2013/05/documentario-carne-e-osso-mostra-dura-rotina-de-quem-trabalha-em-frigorificos.html>>. Acesso em: 15 de maio 2014.

OFICIAL, DIÁRIO. Página 586. Tribunal Superior do Trabalho (TST) de 24 de Fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://jusbrasil.com.br/diarios/66768611/tst-24-02-2014-pg-586?ref=home>>. Acesso em 10 de junho de 2014.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. *Dano material, dano moral e acidente de trabalho na Justiça do Trabalho - Página 2/2. Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 28, 1 fev. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1207>>. Acesso em: 30 de junho 2014.

OLIVEIRA, Roberto. *A morte de Fábio Hamilton da Cruz: o Brasil perde a Copa pela oitava vez*. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/A-morte-de-Fabio-Hamilton-da-Cruz-o-Brasil-perde-a-Copa-pela-oitava-vez/5/30653>>. Acesso em 10 de maio de 2014.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. *Dano moral contra a coletividade. Ocorrências na ordem urbanística*. Disponível em: <<http://nacionaldedireito.com.br/doutrina/1141/dano-moral-contr-a-coletividade-ocorr-ncias-na-ordem-urban-stica>>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

PROTEÇÃO, Revista. *Norma dos Frigoríficos deve entrar em vigor agora em abril*. Disponível em: <<http://protecao.com.br/noticiasdetalhe/A5jjJ9ji/pagina=5>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. 2 ed. Unesp, 1994.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryana. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 11 ed. Método, 2014.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2 ed. São Paulo. Malheiros, 2003.

SIMÕES, Carmen de Almeida. *A ressocialização do trabalhador escravizado à luz do Projeto Lei nº5.139/09*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/principal.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13575&revista\\_caderno=25](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/principal.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13575&revista_caderno=25)>. Acesso: 30 de abril de 2014.

**TRABALHO, Portal do Ministério Público do. *Meio Ambiente do Trabalho.* Disponível em:**

**<[http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal\\_do\\_mpt/area\\_de\\_atuacao/meio\\_ambiente\\_do\\_trabalho!/ut/p/c5/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN\\_E3cjA88QU1N3L7OgsFBfM6B8pFm8AQ7gaEBA5d-VHPOfhLQnnCQzjbVOppC5PHY5OeRn5uqX5AbURkckK4IAFiz3fc!/dl3/d3/L2dJQSEvUUt3QS9ZQnZ3LzZfQUdTSUJCMUEwTzRHMjBJVDU1Roo2UIY1UjU!](http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/area_de_atuacao/meio_ambiente_do_trabalho!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgsFBfM6B8pFm8AQ7gaEBA5d-VHPOfhLQnnCQzjbVOppC5PHY5OeRn5uqX5AbURkckK4IAFiz3fc!/dl3/d3/L2dJQSEvUUt3QS9ZQnZ3LzZfQUdTSUJCMUEwTzRHMjBJVDU1Roo2UIY1UjU!/)>. Acesso em: 20 de maio de 2014.**

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Responsabilidade Civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.4.

## EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR E O ACESSO À JUSTIÇA

**CAIO DINIZ FONSECA:** Auxiliar Judiciário no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte; bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio; pós-graduando em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; advogado licenciado.

**RESUMO:** O conhecimento e a defesa dos direitos são fundamentais para o exercício da cidadania, de sorte que apenas o cidadão conhecedor de seus direitos é capaz de buscar meios para atingi-los. É neste paradigma que se destaca o direito fundamental de acesso à justiça, o qual se dispõe a ser um vetor de concretização da cidadania, ao possibilitar a participação dos indivíduos na conquista e na efetivação dos direitos e garantias individuais e coletivos. Contudo, o que se tem observado é que a falta de conhecimento ou o descrédito aos direitos e deveres por uma grande parcela da população, somados à extrema burocracia das instituições brasileiras e à forma engessada de transmissão dos conteúdos jurídicos mínimos necessários ao desenvolvimento da Educação Jurídica Popular, finda por gerar uma situação de quase absoluta ineficiência na concretização desses direitos e no cumprimento desses deveres. O que se propõe é uma análise acerca da visibilidade das instâncias jurídicas de participação na sociedade, quais sejam, os órgãos do Poder Judiciários e demais instituições essenciais à Justiça, previstos no texto da Constituição Federal de 1988 e legislações esparsas, titulados como prestadores de um serviço essencial ao reconhecimento do direito fundamental à cidadania, tecendo críticas, quando pertinentes, ao modelo tradicional e engessado de transmissão dos conteúdos jurídicos mínimos necessários ao desenvolvimento da Educação Jjurídica Popular.

**Palavras-chave:** Educação Jurídica Popular. Acesso à justiça. Cidadania.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A primeira forma de defesa dos direitos, diria Jorge Miranda, é a que consiste no seu conhecimento. De fato, não há que se pensar em efetivo acesso à justiça se a população não trava contato com o mínimo de conhecimento em cidadania ou direito. Não o direito acadêmico, mas a ciência de que, enquanto pessoa, goza de garantias e obrigações.

A Educação Jurídica Popular possui, portanto, papel primordial na efetivação do princípio constitucional do acesso à justiça, na medida em que ninguém buscará efetivar um direito seu ou da sua comunidade se não tem a consciência de que este lhe é devido.

O conhecimento e a defesa dos direitos são fundamentais para o exercício da cidadania, de sorte que apenas o cidadão conhecedor de seus direitos é capaz de buscar meios para atingi-los. É neste paradigma que se destaca o direito fundamental de acesso à justiça. Esse é, verdadeiramente, um vetor de concretização da cidadania, que possibilita a participação dos indivíduos na conquista e na efetivação dos direitos e garantias individuais e coletivos.

O presente trabalho objetiva, pois, realizar uma análise acerca da visibilidade das instâncias jurídicas de participação na sociedade, quais sejam, os órgãos do Poder Judiciários e demais instituições essenciais à Justiça, previstos no texto da Constituição Federal de 1988 e legislações esparsas, titulados como prestadores de um serviço essencial ao reconhecimento do direito fundamental à cidadania, tecendo críticas, quando pertinentes, ao modelo tradicional e engessado de transmissão dos conteúdos jurídicos mínimos necessários ao desenvolvimento da educação jurídica popular.

## 2. ACESSO À JUSTIÇA?

A Constituição cidadã vigente no país consagra em seu artigo 5º, inciso XXXV, o que se entende por amplo acesso à justiça, mas é comum restringir-se tal garantia ao simples direito de protocolar petição perante o Poder Judiciário. Ledo equívoco. Simples prova disso é que a mesma carta constitucional garante o direito de petição no inciso anterior:

CF, art. 5º, XXXIV: “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

A garantia a que prezava o constituinte no inciso XXXV, como não poderia deixar de ser, estende os seus efeitos desde o direito a uma educação jurídica básica e fundamental até a razoável duração do processo, por exemplo. A concepção moderna do acesso à justiça se difere do que, anteriormente, costumava-se entender por acesso ao Poder Judiciário, e a orientação da população quanto aos seus direitos e deveres com certeza é corolário desta nova tendência. A orientação é dada pelo professor Leonardo Resende Martins, em artigo disponível na rede mundial de computadores:

Verifica-se, pois, a necessidade de uma concepção ampla de tal princípio, pois a redução do acesso à Justiça ao mero direito de protocolar uma ação perante órgão do Poder Judiciário conduz a uma visão desfocada daquele direito fundamental, cuja concretização está relacionada com a de todos os outros.<sup>[1]</sup>

Na mesma linha de raciocínio, os mestres Cappelletti e Garth nos colocam uma importante lição:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.<sup>[2]</sup>

A necessidade de que seja garantida à população a inafastabilidade da jurisdição passa, necessariamente, pela informação levada a ela de maneira plena, com o objetivo final de se constituir cidadãos. Ora, assim como de nada adiantará dar a um analfabeto um livro de presente, de nada adianta colocar na Constituição Federal que todos podem lutar pelos seus direitos se a grande maioria não conhece, sequer, os seus direitos. É preciso ensinar o analfabeto a ler, para que o livro valha a pena; é preciso educar civilmente a população, para que a garantia que lhe foi dada valha a pena.

As afrontas a direitos fundamentais das pessoas ocorrem cotidianamente e em proporções inestimáveis. Quase sempre, porém, nenhuma providência é tomada por parte do prejudicado, ou porquê não sabem, efetivamente, que aquilo constitui ofensa a algo primordial garantido pelo Estado, ou porquê, quando sabem estar sendo prejudicados, não sabem a quem recorrer, ou porquê não confiam na justiça, enfim, na maioria das vezes as afrontas ou ameaças a direitos passam esquecidas, não obstante a Lei Maior prever o amplo acesso à justiça. Mais uma vez os ensinamentos de Leonardo Martins ilustram bem o dito aqui:

Daí a necessidade de se compreender o acesso à Justiça como direito fundamental, cujo conteúdo se identifica com o princípio de que os outros direitos

fundamentais, em suas diversas dimensões, não são meras exortações morais, mas, ao contrário, devem ser efetivados, concretizados, por todos os meios legítimos, judiciais ou extrajudiciais.<sup>[3]</sup>

Dada a eficácia plena de que desfrutam – ou pelo menos deveriam – as normas constitucionais, já é passado o tempo do Brasil romper com o formalismo tangedor da educação tradicional, identificado por Paulo Freire como Educação Bancária, para acostumar-se a formar cidadãos verdadeiramente, e para isso é condição *sine qua non* a educação jurídica popular. Tanto para consagração da cidadania enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, quanto para a efetivação da inafastabilidade do Poder Judiciário, faz-se mister, portanto, a introdução de conceitos elementares de cidadania, democracia e justiça na educação de todo e qualquer ser-humano.

O que se intenta, dessa feita, é assentar a ideia de que, em absoluto, toda eficácia do acesso à justiça passa pelo estágio inicial de familiarização, conhecimento e reconhecimento dos Direitos Humanos Fundamentais (com o perdão da redundância) consagrados na Constituição. Só então é que fará sentido a garantia de abertura do poder jurisdicional à população. Não há como se lutar por algo que não se conhece ou não se compreende. Que fiquemos mais uma vez, visto que nunca assaz citado, lição de Leonardo Resende Martins:

Constata-se, portanto, que a efetividade dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição está diretamente relacionada ao grau de conhecimento destes pelos cidadãos. No Brasil, onde a maior parte da população não dispõe dos mais básicos direitos, sobrevivendo em precárias situações, revela-se o baixo nível de conscientização jurídica e política, a exigir um programa de educação em direitos fundamentais.<sup>[4]</sup>

### 3. MECANISMOS DE ACESSO À JUSTIÇA

#### 3.1. O papel das vias administrativas

É imprescindível ressaltar, dentro do contexto ora abordado, a importância exercida pelas vias administrativas na efetivação do acesso à justiça. Muitas vezes o princípio do acesso à justiça pode estar sendo prestigiado sem sequer pisar-se em um fórum. Isto acontecerá sempre que uma violação ou ameaça a direito seja coibida em nível administrativo, ou seja, através de atos das repartições, secretarias, ministérios, concessionárias de serviços público, etc.

Quando parte-se do pressuposto de que o amplo acesso à justiça é muito mais do que o direito de peticionar ao Poder Judiciário, e de que, para a efetivação desta garantia, mister é a educação jurídica e cidadã, desagua-se na conclusão de que o que importa, realmente, é a conscientização da população e a conseqüente luta dela para a efetivação de seus direitos, de sorte que se pode atingir tal objetivo por meio de atos meramente administrativos, sem que seja movida qualquer coisa no Poder Judiciário. O mestre Celso Antônio Bandeira de Mello dá uma pequena, porém indispensável, explicação sobre o assunto:

O ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos. É uma espécie de ato jurídico, marcado por características que o individualizam no conjunto dos atos jurídicos.<sup>[5]</sup>

O despertar para a cidadania nas comunidades, principalmente naquelas em que o Estado é mais omissor (periferias e zonas rurais, p. ex.), deve vir acompanhado de certos conhecimentos indispensáveis para a prática dos ensinamentos. A população deve saber as funções desempenhadas por cada um dos três poderes, pelas autarquias, pelas agências reguladoras, etc., de modo que possa, ao deparar-se com algum problema, identificar a quem se deve recorrer.

Algumas vezes são locais simples, próximos e desburocratizados, que precedem as demandas judiciais. Imagine que muitos não sabem que, para a instalação de um telefone público nas cercanias de sua comunidade é imprescindível que se vá até a concessionária dos serviços telefônicos com um abaixo assinado. Caso a Telemar, a título de Rio Grande do Norte, acate a solicitação dos abaixo-assinados e providencie a instalação do telefone, estar-se-á fazendo, sim, justiça, sem que se tenha acionado o Poder Judiciário. É, portanto, no sentido de tornar mais próximo o cidadão de seus direitos, que as vias administrativas possuem papel primordial na ampla concepção de acesso à justiça.

Inúmeros são os procedimentos administrativos que estão diretamente relacionados ao acesso à justiça, na medida em que, repita-se, podem culminar exatamente no mesmo objetivo que uma ação judicial. É bem verdade que hoje, ao contrário do que pregava a Constituição anterior, inexistente a obrigatoriedade de esgotamento das instâncias administrativas para que se possa demandar na justiça, porém, a importância destes procedimentos são inegáveis dada a sua descomplexidade quando em comparação aos processos jurídicos e, principalmente, levando-se em consideração o princípio da economia processual.

A população despertada para a cidadania desenvolve uma consciência crítica muito grande e passa a utilizar-se de todos os meios disponíveis para a conquista de seus direitos. Instrumentos como ofícios, abaixo-assinados, reclamações, audiências públicas, etc., tornam-se extremamente relevantes dentro do contexto de participação popular democrática. Imprescindível se faz, então, o conhecimento dos cidadãos quanto a estes instrumentos, quanto à pessoa ou órgão responsável pelo suprimento daquela falha e, principalmente, quanto à consciência de que a Constituição Federal guarda a eles tal direito. A partir desses três paradigmas é possível alcançar resultados práticos que em muito se aproximam daqueles alcançados com a invocação da jurisdição.

O Estado tido como democrático e de direito deve, ainda, contar com a participação da população em suas deliberações mais importantes. Daí ressalta-se a importância das audiências públicas em nossas casas legislativas, na medida em que aproxima os cidadãos daquelas decisões que modificam, de uma forma ou de outra, as suas vidas, haja vista os trabalhos legislativos que porventura venham a ser elaborados. É necessário, então, um engajamento cada vez maior das pessoas nas assembleias públicas realizadas pelas câmaras municipais, a nível local, pois a solução dos problemas junto aos representantes também constitui exemplo de acesso à justiça. Mariana Montebello, em artigo intitulado *O Princípio da Subsidiariedade e a Constituição da República de 1988*, traz a ideia ora defendida de que é imprescindível a aproximação da população das tomadas de decisões. Veja-se:

Como se percebe, reconhecer a importância das entidades municipais e de sua autonomia significa avançar em direção à ideia da subsidiariedade e de seu propósito de aproximar os indivíduos dos centros de tomadas de decisão (...), significa privilegiar a democracia.<sup>[6]</sup>

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, porém, atenta para o fato de que, para que a participação popular nos atos administrativos seja cada vez mais eficiente, são necessárias algumas mudanças na forma da Administração conduzir seus trabalhos. Isso significa que além de uma melhoria da educação básica com vistas a torná-la mais crítica, é preciso uma linguagem mais acessível e mais direcionada para o povo. Ensina:

Isto [a participação popular], porém, necessita de ajustes; por exemplo, a falta de preparo, de desenvolvimento educacional, da população em relação aos atos do Poder Público: não adianta a Constituição Federal prever (...) que as contas do Município ficarão, durante 60 dias, anualmente, à

disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, a fim de que possa questionar-lhes a legitimidade, se o cidadão comum, indivíduo contribuinte, não tem condições para entendê-las, tal a complexidade técnica com que são elaboradas. A partir da adesão a instrumentos de Democracia Participativa, o orçamento, as prestações de contas e o plano diretor, por exemplo, não podem continuar a ser documentos incompreensíveis para o indivíduo medianamente informado.<sup>[7]</sup>

O instituto do orçamento participativo também é, com toda a certeza, de grande valia na consolidação da cidadania e democracia, e isso tem reflexos diretos na concretização do direito de viver justamente. A população deve sim participar da elaboração dos planos orçamentários dos seus municípios, pois ninguém melhor do que o próprio povo, verdadeiros legitimados para o exercício do poder soberano do Estado, para definir as suas prioridades através da identificação de suas carências. Os cidadãos podem ser verdadeiros gestores e fiscais dos recursos orçamentários que devem ser investidos para a melhoria de suas vidas. Ora, não há como separar-se tal fundamento do que se entende por justiça. Justiça é dar a cada um o que é seu, na medida de sua igualdade ou desigualdade, Aristóteles já ensinava.

### **3.2. As ações judiciais**

Há inúmeros casos, porém, em que o Poder Público não atenta para as reivindicações feitas pelos cidadãos aos órgãos da administração, ou então em que não são matérias administrativas, mas sim conflitos particulares. Nestes casos restará, na maioria das vezes, a opção de ingresso no judiciário com as ações delineadas no complexo ordenamento jurídico brasileiro. As palavras dos ilustres autores Mendes, Coelho e Branco servem para ilustrar o papel da prestação jurisdicional como meio de estabelecer ou restabelecer direitos e garantias burlados ou omissos por parte da administração. Dizem:

Os direitos a prestação partem do suposto de que o Estado deve agir para liberar os indivíduos das necessidades. Figuram direitos de promoção. Surgem da vontade de estabelecer uma “igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política”. São direitos que se realizam por intermédio do Estado. (...) Os direitos a prestação supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil.[\[8\]](#)

Elas são muitas, principalmente em se tratando de tutela individual, e o desconhecimento da população quanto a, pelo menos, aqueles principais instrumentos postos a sua disposição, pode ser extremamente perigoso para a segurança jurídica.

A educação jurídica, portanto, tem o condão de orientar as pessoas na hora de identificar a demanda relacionada ao seu problema, de sorte que elas saibam conjugar imediatamente uma lesão ou ameaça a direito e um tipo específico de proteção judicial, pois a partir daí tudo fica facilitado.

Dentro do quase infinito universo das ações disponíveis no direito brasileiro, iremos destacar aquelas mais recorrentes que entendemos úteis para serem apresentadas no presente trabalho. É o caso, por exemplo, do Mandado de Segurança.

Disposto no direito brasileiro desde a Constituição de 1934, esse remédio constitucional deve ser invocado para a proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, segundo consta no inciso LXIX do art. 5º da Constituição vigente. Trata-se, portanto, de um instrumento de proteção contra ato de qualquer autoridade coatora que viole ou ameace direito posto como definido e inquestionável de um dado cidadão. O professor Luís Roberto Barroso assim define:

Visa o mandado de segurança a atacar quaisquer atos de autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, praticados ilegalmente ou com abuso de poder. Qualquer conduta positiva ou omissiva das referidas autoridades, que viole direito líquido e certo de alguém, enseja a correção por intermédio do *mandamus*[9].

Na prática, porém, não faz sentido tal remédio constitucional, previsto ainda em lei ordinária (Lei 1.533/51), diante do analfabetismo jurídico da parcela maior da população. O cidadão que, por exemplo, tem o fornecimento de água de sua casa interrompido sem um prévio aviso necessita de saber que a ele subsiste o direito de ingressar em juízo com um mandado de segurança contra o diretor da concessionária dos serviços de água e esgoto de seu estado, que, nesse caso, faz às vezes de autoridade coatora. Não se quer dizer aqui que todo e qualquer cidadão deveria saber que nesse caso trata-se de mandado de segurança, que a autoridade a ser demandada é o diretor, que é imprescindível que todas as provas estejam pré-constituídas, etc. Detalhes técnicos são para os operadores do direito. O que importa, aqui, é que o ofendido saiba que a atitude da empresa é inaceitável juridicamente e que a Constituição garante a ele um tipo específico de ação judicial para esse caso. Desse modo, é papel da educação jurídica popular conscientizar a população dessa garantia e, principalmente, convocá-la para lutar sempre pelo que lhe é devido.

O mandado de segurança coletivo, inovação da Constituição cidadã vigente, constitui garantia para resguardar direito coletivo líquido e certo. As palavras do constitucionalista Alexandre de Moraes resumem bem o objeto do mandado de segurança coletivo:

O mandado de segurança coletivo terá por objeto a defesa dos mesmos direitos que podem ser objeto do mandado de segurança individual, porém

direcionado à defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, englobando os direitos coletivos em sentido estrito, os interesses individuais homogêneos e os interesses difusos, contra ato ou omissão ilegais ou com abuso de poder de autoridade, desde que presentes os atributos da liquidez e certeza.[\[10\]](#)

É um instrumento poderoso, portanto, na mão de certos grupos taxativamente previstos. Organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, em funcionamento há pelo menos um ano, são legitimados para a proposição do *writ* mandamental coletivo em interesse à preservação dos direitos de seus membros ou associados. Isso significa que uma coletividade como uma associação de bairro, preenchidos os requisitos, pode se valer do mandado de segurança para pleitear em juízo direitos inquestionáveis de seus membros, beneficiando assim toda uma comunidade. Percebe-se a força que isso deveria surtir dentro do nosso ordenamento jurídico mormente por se tratar de um instrumento dos mais importantes no âmbito da tutela coletiva, essa que tem se tornado, felizmente, a coqueluche do atual direito. Entretanto, é preciso que se faça um trabalho elaborado dentro das comunidades de modo a infiltrar lições jurídicas básicas e consciência cidadã na população menos favorecida economicamente. A educação jurídica popular é, portanto, condição *sine qua non* à concretização dessa garantia constitucional.

A ação popular é um outro instrumento posto pelo constituinte nas mãos dos jurisdicionados que exerce também, ou pelo menos deveria exercer, papel primordial na cotidiana luta dos cidadãos pela concretização dos direitos coletivos e difusos. O artigo 5º, inciso LXXIII afirma que *“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico-cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé,*

*isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*”. Este tipo de ação judicial coloca no cidadão uma responsabilidade grande no que tange à preservação do patrimônio ambiental, cultural, histórico, etc. Passam, os súditos, a deter o “poder” de demandar judicialmente, em nome da coletividade, contra atos, administrativos ou não, que lesem ou ameacem os direitos citados. A lição do ilustríssimo professor José Afonso da Silva mostra-se clara:

Toda ação popular consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, invocar a tutela jurisdicional a interesses coletivos. (...) Trata-se de um remédio constitucional pelo qual *qualquer cidadão* fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular. (...) Ela dá a oportunidade de o cidadão exercer diretamente a função fiscalizadora, que, por regra, é feita por meio de seus representantes.<sup>[11]</sup>

Percebe-se a importância que a Ação Popular confere ao cidadão comum na medida em que delega exclusivamente à pessoa comum em pleno gozo dos seus direitos individuais e políticos o poder de ingressar com esse tipo de instituto. As palavras dos autores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em satisfatória obra de comentário à nossa Carta Magna, transparecem todo o prestígio conferido ao cidadão pelo constituinte originário. Vejamos:

A ação popular somente pode ser proposta por cidadão, isto é, o eleitor que se encontra no gozo de seus direitos políticos, com o objetivo de anular ato ilegal ou ilegítimo lesivo ao patrimônio público (inclusive o meio-ambiente) e consequente condenação dos responsáveis e beneficiários do ato em perdas e danos.<sup>[12]</sup>

Volta-se, entretanto, à questão do poder conferido sem ao menos o mínimo de instrução para manusear tal instituto. Trata-se de uma questão lógica o fato de que um número relativamente pequeno de ações populares correm em nossas comarcas e seções judiciárias. Fácil de se constatar também é que, dentro desse pequeno número de ações, a grande maioria foi proposta por pessoas das classes econômicas mais favorecidas e ainda ligadas, de alguma forma, à atividade jurídica. Ora, não há de se exigir algo diferente quando a maioria esmagadora da população sequer conhece o seu papel na sociedade enquanto agente de transformação. A metodologia paulofreiriana faz-se fundamental no presente momento, haja vista que tem tudo a ver com a necessidade de reconhecimento do indivíduo como ser que age para transformar a realidade, e não para adaptar-se a esta.

O fato é que a população majoritária não possui uma educação jurídica básica que permita surtir efeito no ordenamento jurídico brasileiro um instrumento tão importante quanto a Ação Popular. Tornam-se, institutos como este, ociosos, haja vista a indisponibilidade de consciência cidadã e educação jurídica nas pessoas, principalmente aquelas que, teoricamente, mais sofrem abusos e violações de direitos em seus cotidianos.

O habeas corpus pode ser considerado como a mais antiga garantia jurídica ao direito de ir e vir, remontando suas origens ao Direito Romano. No Brasil, o habeas corpus faz parte (oficialmente) do ordenamento jurídico desde o Código de Processo Criminal de 1832, e desde a Constituição de 1891 vem figurando na nossa Lei Maior. Alexandre de Moraes define de maneira clara o conceito desse instituto:

O *habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação a liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar.<sup>[13]</sup>

A polícia brasileira, bem como outras autoridades, cometem diariamente uma série de abusos contra as liberdades individuais, prendendo ou cessando a liberdade de locomoção das pessoas sem sentença judicial ou prisão em flagrante delito. A população carcerária é, com certeza, aquela que mais sofre com essas ofensas a Constituição Federal.

O art. 5º, LXVIII, expressa que “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. A nossa Lei Maior, portanto, garante ao cidadão comum o direito de permanecer livre, ao menos que sobre ele pese uma decisão judicial transitada em julgado, um flagrante delito ou em casos especiais como prisão temporária, por exemplo.

Como já dito, a população carcerária é aquela que mais sofre com abusos contra sua liberdade individual de locomoção, isso por uma questão lógica. Entretanto, poucos são os que se beneficiam de um habeas corpus quando lhe é de direito, pois muitas vezes não conhecem essa garantia constitucional. Não se intenta fazer qualquer tipo de apologia a impunidade, mas sim chamar atenção para o cerceamento de um direito fundamental imprescindível. O mais curioso, e também o mais importante por hora, é a percepção de que, com um mínimo de educação jurídica, aquela mais básica, a realidade seria outra. Ora, não há como pensar diferente: se há o conhecimento, a educação jurídica básica, há, por consequência, uma luta maior. Isto se torna claro, por exemplo, quando imaginamos um sujeito antes de uma eventual passagem pela polícia e depois desta. Antes de ser encarcerado, ainda como um simples indivíduo acusado de um determinado crime, o cidadão pouco conhece a respeito dos seus direitos, e quase sempre é complacente com os abusos cometidos pela polícia ou qualquer autoridade. Após uma condenação ou mesmo após passar somente alguns dias preso, porém, a realidade é outra, completamente diferente, e o meliante já “desafia” autoridades e repórteres policial expressando seus direitos frente aos

mesmos tipos de abusos. Esse é um exemplo quase metafórico, mas que ajuda a vislumbrar o quão importante é a educação jurídica na constante luta pelo direito. No exemplo supra o delinquente (ou simplesmente acusado), por uma questão de necessidade, aprende, ainda que numa péssima escola, qual seja as instituições carcerárias do Brasil, que possui uma série de direitos que devem ser garantidos pelo Estado, e por isso os pronuncia, por exemplo, quando um policial lhe aborda ou um repórter lhe dirige determinada pergunta.

O direito de petição para tutela de direito individual é, talvez, o mais importante instrumento dentre os já citados, se é que se pode imputar hierarquia de importância em matéria tão delicada. De qualquer maneira, os direitos tidos como de primeira geração, tais como as liberdades e garantias individuais são, dentro do universo jurídico, aqueles mais reivindicados, pois são ofendidos todos os dias, por particulares ou pela administração pública. Não cabe adentrar no mérito de cada tipo de ação, mesmo porque são inúmeras. O mais importante é relacionarmos o direito individual de petição com a educação jurídica popular.

No que tange à proteção dos direitos individuais, a Constituição é bastante analítica e realmente garante ao cidadão regras e princípios que vinculam o Poder Público e também os demais populares. Não resta dúvida de que é consagrada a inafastabilidade da jurisdição, a legalidade, o duplo grau de jurisdição (não expresso e relativo), etc. Ocorre que, mais uma vez tocando no assunto, esses escritos constitucionais não possuem nenhum valor semântico para o senhor que está na roça trabalhando diariamente, ou para a empregada doméstica que não possui sequer o primeiro grau de escolaridade, ou para a mulher que é espancada diariamente pelo esposo... Em resumo, tanto os direitos individuais quanto as suas garantias de aplicação (diretamente relacionado ao Poder Judiciário) de nada valem para os que não travam contato com eles através de uma educação jurídica básica. É preciso que o Direito chegue até a população, principalmente aquela

marginalizada, e para isso faz-se mister a mudança nos paradigmas da educação brasileira, de modo a formar verdadeiras mentalidades críticas, dissimuladas, que tenham certo grau de educação jurídica, mas também sociológica.

A qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário está, acreditem, diretamente relacionado com o grau de conhecimento jurídico da população e com o nível de consciência política desta. A Alemanha não tem melhores diplomas legislativos (pelo menos todos) que o Brasil, assim como a França também não e assim como nenhum país que adote o sistema de direito positivado. Da mesma forma essas nações não possuem melhores juízes ou cidadãos mais inteligentes do que nós. Qual o motivo, portanto, para que o Poder Judiciário funcione melhor – o que não significa que funcione perfeitamente, claro que não – nesses países do que aqui? A resposta está na população. O cidadão francês, alemão, etc., possui uma formação cidadã muito mais desenvolvida do que o brasileiro e provavelmente, conhecendo dos seus direitos e das suas responsabilidades enquanto participante da sociedade, utilizará melhor os serviços da justiça. Essa tendência parece-nos lógica, e é isso que se deve buscar. Encontramos, porém, vários empecilhos, dentre eles a própria estrutura do judiciário, que será tratada em seguida.

#### **4. O PODER JUDICIÁRIO**

A função estatal jurisdicional é responsável por resolver litígios que surgem no seio da sociedade através da aplicação de normas por um órgão independente. Essa simples conceituação define bem, portanto, a tarefa do Poder Judiciário, responsável pelo provimento da função jurisdicional ou, mergulhando na etimologia da palavra, responsável por dizer o direito.

Dentro do contexto de aplicação do direito, o judiciário deve ser visto como o meio através do qual as injustiças são sanadas e os direitos são garantidos. Contudo, não obstante a previsão constitucional do inciso XXXV do art. 5º (“a lei não excluirá da apreciação do Poder

Judiciário, lesão ou ameaça a direito”), o que se tem visto é uma realidade um tanto quanto distorcida, pois todos os dias afrontas e mais afrontas a direitos são cometidas e os lesados, por total ignorância, nenhuma atitude tomam.

Vários fatores, liderados pela carência de uma formação cidadã com o desenvolvimento da mentalidade crítica e da educação jurídica básica, são responsáveis pela não concretização do verdadeiro acesso à justiça em seu caráter substancial. A possível complexidade na estrutura do Poder Judiciário e o seu excesso de formalidade são exemplos que serão tratados a seguir.

#### **4.1. A estrutura do Poder Judiciário, o excesso de formalismo no exercício da jurisdição e as consequências destes fatos**

Quando se pensa na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, logo vem à cabeça a idéia de complexidade. Hoje, a Justiça no Brasil conta com inúmeros órgãos, desempenhando funções que, aos olhos da população leiga, não parecem claras. Isto dificulta muito o acesso dessa população à jurisdição, pois os indivíduos simplesmente a temem. É comum encontrar pessoas que relacionam o Poder Judiciário diretamente ao direito penal e ao fato do juiz “mandar prender e mandar soltar”. Marcelo Ribeiro Uchôa, em belíssima dissertação, leciona a respeito dessa temática:

A estrutura do Judiciário do país é de tal sorte hermética que sequer o constituinte originário da década de 80 foi capaz de imprimir-lhe significativas alterações na forma e na composição. Sua substância manteve-se praticamente inalterada antes e depois da promulgação da Carta de 1988, o que comprova que o modelo tradicional é adaptável tanto ao totalitarismo quanto ao regime democrático.[\[14\]](#)

No capítulo intitulado de “Os gargalos do Judiciário Brasileiro”, Uchôa busca encontrar as razões que tornam a estrutura do Poder Judiciário brasileiro tão complexa e, simultaneamente, a jurisdição excessivamente morosa, lenta. Citando Flávio Dino de Castro e Costa, o autor expõe:

É fácil concluir então que – não obstante as estruturas judiciárias, a produtividade dos juízes e os recursos alocados – os fatores que conduzem à morosidade têm prevalecido, mormente a “explosão de litigiosidade” e a tendência à eternização dos processos. (...) No tocante ao segundo fator, além da permanente defasagem entre novas ações ajuizadas e processos arquivados, merecem menção a enorme cadeia de recursos processuais postos à disposição dos litigantes e as dificuldades que marcam a execução das sentenças no Brasil – especialmente contra o Erário.<sup>[15]</sup>

Demonstrado fica, portanto, a preocupação constante dos juristas brasileiros com as problemáticas envolvendo a complexidade e a lentidão da justiça no Brasil. Essa tendência só tende a afastar ainda mais a população menos esclarecida do acesso à justiça, haja vista a falta de credibilidade que assola a jurisdição. Ora, é mais do que comum deparar-se com um cidadão de baixa renda que faz jus a um benefício previdenciário, por exemplo, mas, apesar de ter conhecimento disso, não acredita que o Judiciário possa resolver o seu problema com a devida justiça e rapidez que se faz necessária.

De acordo com o art. 92 da Constituição Federal, o Poder Judiciário brasileiro é composto dos seguintes órgãos:

I- Supremo Tribunal Federal

II- Superior Tribunal de Justiça

III- Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais

IV- Tribunais e Juízes do Trabalho

V- Tribunais e Juízes Eleitorais

VI- Tribunais e Juízes Militares

VII- Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios

A especialização da justiça em sentido amplo, ou seja, não só com relação aos tribunais e juízes especializados (trabalho, eleitoral e militar) mas também com relação ao constante desenvolvimento de varas, turmas e câmaras especializadas dentro da justiça comum estadual e federal, é uma tendência extremamente positiva para um melhoramento no exercício da jurisdição. Vladimir Passos de Freitas, desembargador aposentado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em artigo intitulado “Especialização é requisito de eficiência na Justiça”, disponível na rede mundial de computadores, oferece-nos uma lição de muita sabedoria:

Em suma, especializar é uma via adequada para uma melhor prestação jurisdicional. Varas do SFH, ambientais, tributárias (...) e outras tantas, conforme a realidade local, constituem caminho seguro para a agilidade da Justiça e a segurança jurídica.[\[16\]](#)

Compartilhamos com a idéia do professor Vladimir Passos de Freitas no que tange à especialização da justiça como requisito fundamental a uma melhor prestação jurisdicional e à segurança jurídica. Ora, parece claro o fato de que uma vara especializada em matéria ambiental, por exemplo, julgará com mais propriedade uma causa envolvendo litígios nesse sentido do que um juízo que trabalha com os mais variados assuntos, desde o direito previdenciário até o ambiental.

A celeridade também é favorecida quando falamos em especialização, haja vista o maior conhecimento do magistrado e servidores a respeito da temática, o que reduz significativamente o tempo dedicado a resolver cada ação (redução do número de perícias, menos tempo de pesquisa, maior facilidade em reconhecer a matéria, etc.).

O acesso da população ao Poder Judiciário também deve ser facilitado com a especialização dos juízos, mas esse é um tiro que pode sair pela culatra. É bem verdade que a partir do momento em que o indivíduo sabe relacionar exatamente determinada demanda a uma vara especializada ele pode ir até o juízo, colher informações, acompanhar o processo, procurar um advogado especializado, pesquisar jurisprudência, enfim, poderá sentir-se mais seguro em acessar o Poder Judiciário, e isto é parte integrante no desenvolvimento do princípio do livre acesso *lato sensu*. Entretanto, a especialização também pode constituir uma verdadeira ofensa a tal princípio. Isto ocorrerá sempre que informações importantes forem omitidas. O que se tem visto atualmente é uma sociedade completamente alheia ao processo de especialização, de modo que fica completamente perdida ao deparar-se com situações que exigem uma relação demanda-juízo, por exemplo.

O formalismo é um outro aspecto que, quando utilizado de maneira irracional, constitui um forte entrave ao acesso da população ao Judiciário. É fato que o direito processual possui formas a serem seguidas na condução de um processo, mas, como diria o grande processualista italiano Carnelutti, “o processo não é um fim em si mesmo”. Um dos grandes desafios do direito processual continua sendo adequar as formas necessárias para o seguimento da ação com a imprescindibilidade de se garantir a tutela do direito material ofendido ou ameaçado.

O que se nota várias vezes, porém, é uma justiça exacerbadamente dotada de formalismos que terminam por prejudicar a tutela de direitos até mesmo fundamentais. Isto é um entrave enorme ao princípio consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal

e também à segurança jurídica. A partir do momento em que um magistrado, por exemplo, prioriza os formalismos em detrimento de prover a tutela ao direito de quem realmente o tem, afasta-se cada vez mais o cidadão do Poder Judiciário, até porque a justiça torna-se mais cara e complexa. Vejamos o que diz o ilustre processualista Humberto Theodoro Júnior a respeito do assunto:

O processo civil deve-se inspirar no ideal de propiciar às partes uma justiça barata, rápida e descomplexa, do que se extrai a regra básica de que deve tratar-se de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual.[\[17\]](#)

O professor Theodoro Júnior enfatiza a necessidade de se buscar uma prestação jurisdicional efetiva com o mínimo de atividade processual possível, o que inclui romper com formalismos desnecessários quando os atos praticados cumpram com sua função.

A instrumentalidade do processo e a economia processual são princípios que os magistrados e os servidores da justiça como um todo devem sempre considerar no curso de uma demanda, mormente em se tratando de litígios envolvendo pessoas leigas e/ou com baixo grau de instrução e recursos. Se o cidadão trabalhador rural não puder participar de uma audiência porque simplesmente está trajando sandálias ao invés de sapatos, estar-se-á rasgando a Constituição ao meio e afastando completamente a idéia de justiça. O rompimento ou pelo menos a mitigação de algumas formalidades de maneira à primar por alguns princípios processuais, tais como adequação, instrumentalidade, economia e efetividade da prestação, é condição fundamental para a aproximação do cidadão com o Poder Judiciário. Entendemos que não é suficiente a possibilidade de contato com o juiz, a isenção de custas ou a disponibilidade de defensores públicos, se o indivíduo comum não se sente nem um pouco à vontade ao chegar num fórum ou não entende absolutamente nada de uma sentença proferida em termos técnicos e não usuais. Sobre o assunto elucida o professor Fredie Didier Jr.:

Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de melhor tutelar o direito material. O excessivo rigor formal talvez tenha sido um dos grandes responsáveis pelo descrédito do sistema de tutela jurisdicional dos direitos.<sup>[18]</sup>

A discricionariedade a que se refere Didier Jr. deve ser uma constante entre os magistrados desse país, de maneira a sempre adaptar o processo, dentre outros elementos, às partes litigantes, ou seja, o cidadão comum deve sentir-se a vontade no decorrer de sua lide, seja ao ler um despacho de seu processo, seja participando de uma audiência com o magistrado. Esta é uma função essencial do judiciário na tentativa de aproximar o cidadão da jurisdição. Nesse sentido a Educação Jurídica Popular exerce, mais uma vez, papel primordial. O indivíduo que recebe instruções básicas acerca de como o Poder Judiciário funciona e aquele que tem consciência de que este órgão está a seu serviço para resolução dos seus conflitos, tende a demandar mais e até melhor do que os ignorantes nessa matéria.

## **5. AS INSTITUIÇÕES ESSENCIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA**

Trataremos, no presente momento, de relacionar três dos institutos que a Constituição Federal coloca como de função essencial da justiça ao acesso dos cidadãos à jurisdição. Ater-nos-emos, deste modo, ao Ministério Público, à Advocacia não pública e à Defensoria Pública.

Ao falar em essencialidade, o constituinte pressupôs àqueles órgãos listados nos artigos 127 – 135 da Lei Maior o caráter de imprescindibilidade ao bom funcionamento do Poder jurisdicional. Significa que esses órgãos devem atuar juntamente ao judiciário de maneira a garantir o provimento de uma jurisdição segura e eficaz. Nas palavras de José Afonso da Silva:

Nisso se acha a justificativa das funções essenciais à justiça, compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos arts. 127 a 135 da Constituição de 1988 (...).[\[19\]](#)

Como ressalta o ilustre professor José Afonso da Silva, as instituições elencadas na Constituição Federal como sendo essenciais à justiça o são porque, em caso de não existirem, comprometer-se-ia o funcionamento do Poder Judiciário. Essa importância faz todo o sentido quando analisamos a participação da Advocacia, do Ministério Público ou das defensorias na luta e efetivação dos direitos dos cidadãos.

Analisaremos, a partir de agora, o papel das três funções supramencionadas na consagração do amplo acesso da população à jurisdição, procurando ressaltar sempre a importância da educação jurídica nesse processo.

### **5.1. O Ministério Público**

Começemos este assunto com uma breve, porém valiosa, citação ao professor Hugo Nigro Mazzilli:

Um dos mais expressivos canais pelos quais o Ministério Público contribui para o acesso à Justiça foi-lhe conferido pela Constituição de 1988, que lhe cometeu o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, podendo promover as medidas necessárias à sua garantia.[\[20\]](#)

Valendo-se da diretriz estabelecida no art. 129, II da Constituição Federal, o professor Mazzilli direciona de maneira muito feliz o entendimento de que um dos maiores desafios do Ministério Público, enquanto órgão essencial à justiça, é promover e facilitar o acesso dos cidadãos à jurisdição. Diferente não poderia ser a interpretação, haja vista o próprio texto constitucional (art. 129 e ss. da Carta Magna). Ora, se é função essencial à Justiça, deve o Ministério Público, sobretudo, lutar pelo amplo acesso da população ao judiciário.

A Ação Pública, seja ela penal ou civil, é hoje o que mais une o Ministério Público e a coletividade no acesso à justiça. Realmente tem sido de grande valia o trabalho desempenhado por este órgão ao longo dos últimos 20 anos de Constituição cidadã. O fato de deter a competência, via de regra, para a iniciativa da ação penal e também a competência (não exclusiva) para Ação Civil Pública, não exime o Ministério Público de suas demais responsabilidades relacionadas com o acesso da população à justiça. Na concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos este *parquet* tem papel mais profundo.

Hugo Nigro Mazzilli aponta a intervenção do Ministério Público em algumas demandas como um relevante papel a ser desempenhado na amplificação do acesso ao Poder Judiciário pelas pessoas. Senão vejamos:

Pois justamente para preservar aqueles valores democráticos de que vimos falando, a ainda para assegurar um adequado equilíbrio tanto na fase pré-processual como dentro da própria relação processual, é que surge o papel do Ministério Público, instituição estatal dotada de autonomia e independência funcional. Destinado constitucionalmente à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público tem

não apenas a iniciativa de algumas ações, como também a intervenção noutras tantas delas.[\[21\]](#)

Assim, cabe ao MP intervir nas ações, cíveis ou penais, em que a lei expressamente declara esta necessidade. É o caso, por exemplo, daquelas em que há interesses de incapazes ou de silvícolas, ou todas aquelas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade.

Porém, não para por aí o compromisso do Ministério Público com o acesso da população à jurisdição. Na esfera extrajudicial pode compor interesses *inter solventes* e até obviar o acesso ao Poder Judiciário. No campo extrapenal, ilustre-se, pode o *parquet* exercitar a chamada administração pública de interesses privados como, por exemplo, na aprovação de acordos extrajudiciais ou de compromissos de ajustamento. É seu dever também atender o público sendo este um dos canais mais adequados para o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal. Este é, sobretudo, o ponto que aqui interessa.

A aproximação do cidadão com o Ministério Público parece ser de extrema importância para que haja um assessoramento daqueles que, de alguma forma, litigam ou pretendem litigar na justiça. Não obstante o papel do advogado, do defensor público ou do assessor jurídico, é mister que o Poder Público, através do MP, interaja com a comunidade para, justamente, prestar todo o auxílio necessário e tornar viável a representação de pessoas de qualquer classe social ou econômica. É bem verdade que o Estado já prevê a figura da defensoria pública (que será abordada posteriormente), mas é sabido por todos que ainda é insuficiente a quantidade de defensores públicos e que, além disso, ainda há muita carência de defensores nas comarcas afastadas dos grandes centros. A falta de um defensor não pode ser óbice ao acesso à justiça pela população, mormente quando se tem o Ministério

Público como função essencial à justiça. A propósito disso, aduz o art. 22, XIII da Lei Complementar nº 40/81 que é dever do Ministério Público prestar assistência judiciária aos necessitados aonde não houver órgãos próprios. O professor Mazzilli mais uma vez leciona:

Este dispositivo [art. 22, XIII da LC nº 40/81] foi editado antes da criação, em sede constitucional, das Defensorias Públicas, destinadas à orientação jurídica e à defesa dos necessitados em todos os graus. Assim, desde que criadas e em funcionamento nos Estados, a elas em regra devem caber os misteres da assistência judiciária. Contudo, a Constituição não lhes deu exclusividade neste mister. Assim, deve ser entendido que, enquanto não haja Defensoria Pública, ou, se seus órgãos efetivamente não assegurem efetivo acesso à justiça (...) deve ser admitido a prestação de assistência judiciária pelo Ministério Público, apenas de maneira excepcional.<sup>[22]</sup>

Imprescindível que esse órgão auxilie, portanto, sempre que procurado por qualquer pessoa. Mais ainda, é fundamental que o próprio MP busque aproximar-se da população, através de iniciativas diversas, a fim de que não reste frustrado qualquer direito, ainda que de âmbito individual, por falta de alguém com capacidade postulatória.

Ademais, a efetiva aproximação do Ministério Público com os indivíduos é algo precioso para a solução dos problemas que envolvem a sociedade. Somente estando próximo ao povo é que este órgão poderá conhecer das possíveis violações aos direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Em assim sendo, é inexorável a relação entre a defesa dos direitos transindividuais e o contato entre o *parquet* e a população, principalmente a mais carente.

## 5.2. A advocacia e as defensorias públicas

A efetiva democratização dos direitos e do Estado pressupõe um amplo e irrestrito acesso à Justiça para todos, em igualdade de condições. Disto decorre e imprescindibilidade de que seja garantido a toda e qualquer pessoa a possibilidade de ser assistida por um profissional no decorrer do processo em que é parte. Esse profissional, titular da capacidade postulatória, é o advogado.

O advogado é, como a lei diz, um profissional liberal. Isto significa, entre outras coisas, que atua com autonomia e liberdade, desde a escolha dos seus clientes até a concretização do seu trabalho.

Há de se destacar o papel da Ordem dos Advogados do Brasil na defesa dos direitos humanos. Através da sua Comissão de Direitos Humanos a OAB tem prestado e deve, sim, continuar prestando, um importante trabalho na promoção de entendimentos com as autoridades e investigação dos fatos, intentando sempre o restabelecimento e reparação à integridade de direito fundamental violado, quer seja este individual ou transindividual. Ocorre que a única maneira de acionar a Comissão de Direitos Humanos da OAB é através de representação direta do interessado, o que dificulta muito o acesso dos leigos e dos desfavorecidos. É mister que tal órgão amplie a sua atuação no sentido de buscar uma aproximação maior com a população que não conhece, sequer, a existência de algo tão importante.

A Constituição Federal de 1988 colocou, como não poderia deixar de ser, a advocacia como função essencial à Justiça. Ora, se fundamental a participação de procurador na maioria quase que absoluta das ações, outro não poderia ter sido o pensamento do constituinte. Disto resulta a simples conclusão de que a falta de advogado pode impedir a concretização do princípio do livre acesso à jurisdição. O acesso ao Poder Judiciário, portanto, depende substancialmente da advocacia.[\[23\]](#)

O trabalho do causídico na construção do acesso à justiça começa com a prestação de assistência jurídica aos que o procura. É

importante que o profissional aja com lhanza e lealdade, de maneira a esclarecer o leigo, sempre com sinceridade, acerca da sua pretensão.

Ocorre que o cidadão mais carente não pode, quase sempre, pagar um advogado para que lute pela sua causa em juízo. Por isso a Constituição Federal inovou ao prever o instituto da Defensoria Pública como, também, função essencial à Justiça. A sistemática da Lei Maior, aliás, ressalva em uma pluralidade de dispositivos o direito dos hipossuficientes financeiramente à prestação jurisdicional gratuita (vide art. 5º, LXXIV; art. 134), tanto no que tange às custas processuais e honorários da sucumbência, quanto no tocante ao direito à assistência judiciária por advogado. Recepcionou por inteiro, deste modo, a Lei nº 1.060/50.

As defensorias públicas exercem papel essencial no ingresso em juízo dos necessitados que não possuem recursos financeiros para contratar advogado. Tal instituição atua em todas as áreas do direito e promove a assistência judiciária gratuita aos financeiramente hipossuficientes. Quando envolve matéria de competência da justiça estadual a defensoria atuante é a do Estado, ao passo que quando envolve matéria de competência da Justiça Federal, a defensoria a ser acionada é a da União.

É notória a carência no número de defensores atuantes, principalmente nas comarcas mais afastadas dos pólos regionais. A Constituição é violada, neste ponto, cotidianamente, haja vista que, ao privar os cidadãos de um defensor público, impede o acesso deste indivíduo ao judiciário, e mantém incólume lesão ou ameaça a direito. O trabalho de universalização dos defensores deve ser prioridade no aprimoramento da Justiça brasileira sob pena de conivência com a restrição a direito constitucional fundamental.

O trabalho da defensoria pública, enquanto função essencial à justiça, não deve se restringir à mera defesa processual dos pobres na forma da lei. Na busca pela amplificação do acesso à justiça, deve

promover também a assistência jurídica no sentido de esclarecer aquele que procura a instituição. Não se pode deixar de mensurar as inteligentes palavras de Raphael Manhães Martins, em brilhante artigo sobre o assunto:

Nessa função [assistência jurídica], cabe ao defensor sentar-se frente a frente com o seu defendido e, tratando-o como um igual, explicar-lhe qual a sua situação jurídica e de que meios dispõe para efetivar seus direitos ou evitar que ocorra qualquer lesão aos que já possui. Trata-se do maior de todos os papéis históricos da Defensoria Pública, qual seja, dar voz a quem historicamente não possui, servindo de ponte para o acesso à Justiça, e, por conseguinte, atuando como um fator de transformação social.[\[24\]](#)

Outra função de suma importância para a atuação da Defensoria Pública no acesso à Justiça dos cidadãos é a promoção de conciliação entre o aquele que vai até a defensoria em busca de assistência e a parte contra quem ele tem a pretensão. Ora, dados estatísticos diversos demonstram que cerca de 80% das causas correntes nos juizados especiais resolvem-se ainda na audiência de conciliação. Nesses termos, não pode a Defensoria Pública andar na contramão desta tendência e, como órgão dotado de autoridade que é, precisa de tentar, *a priori*, a conciliação, sempre. Pode tornar o acesso à Justiça concretizado sem que as partes sequer pisem em um fórum, sem qualquer burocracia. Atuará o defensor não como um juiz, mas como um mediador, um pacificador social, apenas demonstrando às partes os seus direitos e buscando estabelecer um acordo entre ambos, sem qualquer determinação de resultado.

Por fim, ressalte-se o trabalho fundamental da Defensoria Pública na concretização dos direitos que vão muito além dos defendidos que a procuram. Fala-se da atuação de tal instituição na defesa de

direitos transindividuais, uma tendência que surgiu com a lei que estabeleceu a competência das Defensorias para intentar Ação Civil Pública. É importante, então, que tal instituição lute pela defesa dos direitos difusos e coletivos na medida em que estará, deste modo, agindo como função essencial à justiça, haja vista propiciar a defesa de direitos que abrangem a população como um todo, mormente os desfavorecidos.

Mais uma vez cite-se Raphael Martins:

A defesa do hipossuficiente econômico é a forma de atuação que deve ser priorizada pela instituição, considerando, principalmente, a escassez de recursos que ela possui em diversos estados da federação. Entretanto, este deve ser o enfoque mínimo e não o limite institucional, pois, para uma visão mais apropriada do conceito de necessitado, devemos entender.<sup>[25]</sup>

Entende-se, assim, que a atuação da Defensoria Pública deve ser sempre ampliativa, respeitados os limites que a lei estabelecer. Porém, para que haja uma efetiva participação da instituição na concretização do acesso à Justiça dos brasileiros, é imprescindível que haja uma maior aproximação da população com os defensores. Essa aproximação deve partir tanto da própria população, quanto do Poder Público, através de iniciativas como a ampliação significativa do número de defensores, a diversificação dos trabalhos da Defensoria Pública, a investidura da instituição nas Ações Cíveis Públicas, etc.

## 6. CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto, conclui-se que o problemático berço da Educação Jurídica Popular é a falta de conhecimento ou o descrédito aos direitos e deveres por uma grande parcela da população, o que, somada à extrema burocracia das instituições brasileiras e à forma engessada de transmissão dos conteúdos jurídicos mínimos necessários

ao desenvolvimento da referida educação, finda por gerar uma situação de quase absoluta ineficiência na concretização desses direitos e no cumprimento desses deveres.

É preciso debater-se a construção de uma Educação Jurídica com bases populares, capaz de restabelecer ao direito seu papel conscientizador e amplificador da justiça social através da promoção dos direitos humanos assegurados no texto constitucional, mas que decerto carece de implementos.

Dentro do contexto de emergência das questões sociais, o Poder Judiciário e demais instituições essenciais à justiça assumem uma importância primordial no reconhecimento *in concreto* dos direitos humanos, notadamente cumprindo a tarefa de trazer para o plano do ser aquilo que está posto no plano do dever-ser, ao ampararem parcela enorme da população excluída socialmente, privilegiando o princípio da igualdade, da democratização e do acesso à justiça.

## 7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo**: adequação e adaptabilidade do

procedimento. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2986>.

FERRARI, Regina Maria M. N. Participação Democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; DA CUNHA, Sérgio Sérvulo. (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Especialização é requisito de eficiência na Justiça**. Disponível em: <http://direito.memes.com.br/portal/portall.jsf?post=8092>.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARTINS, Leonardo Resende. **Acesso à justiça e a educação popular em Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.apavv.org.br/artigos/LeonardoResende.doc>.

MARTINS, Raphael Manhães. **A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça**. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero30/artigo05.pdf>.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Acesso à Justiça e o Ministério Público**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Tomo III – Estrutura Constitucional do Estado**. 5º ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV. 5. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MONTEBELLO, Mariana. O princípio da Subsidiariedade e a Constituição da República de 1988. In: PEIXINHO, Messias M.; GUERRA, Isabella F.; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 44 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Controle do Judiciário: da expectativa à concretização – o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

#### NOTAS:

[1] MARTINS, Leonardo Resende. **Acesso à justiça e a educação popular em Direitos**

**Humanos**. Disponível em [http://www.apavv.org.br/artigos/Leonardo Resende.doc](http://www.apavv.org.br/artigos/Leonardo_Resende.doc). Acessado em 12 de dezembro de 2008.

[2] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 11.

[3] MARTINS, Leonardo Resende. **Acesso...** op. cit. Acessado em 12 de dezembro de 2008.

[4] MARTINS, Leonardo Resende. **Acesso...** op. cit. Acessado em 18 de dezembro de 2008.

[5] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 367

[6] MONTEBELLO, Mariana. O princípio da Subsidiariedade e a Constituição da República de 1988. In: PEIXINHO, Messias M.; GUERRA, Isabella F.; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 545/556.

[7] FERRARI, Regina Maria M. N. Participação Democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; DA CUNHA, Sérgio Sérulo. (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 325/351.

[8] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 257/258.

[9] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 185/186.

[10] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006. p. 147.

[11] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 462/463.

[12] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 198.

[13] MORAES, Alexandre de. **Direito...** op. cit. p. 109.

[14] UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Controle do Judiciário: da expectativa à concretização** – o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 26.

[15] UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Controle...** op. cit. p. 36.

[16] FREITAS, Vladimir Passos de. **Especialização é requisito de eficiência na Justiça**. Disponível em: <http://direito.memmes.com.br/portal/portall.jsf?post=8092> Acesso do em 27 de março de 2009.

[17] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 44 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 35.

[18] DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2986> Acessado em 29 de março de 2009.

[19] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito...** op. cit. p. 594.

[20] MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Acesso à Justiça e o Ministério Público**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 38.

[21] MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso...** op. cit. p. 29.

[22] MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Acesso...** op. cit. p. 46.

[23] Ressalve-se que a Lei, no intuito de garantir o acesso ao Judiciário aos menos favorecidos, criou os Juizados Especiais estaduais e federais. Nesses órgãos a constituição de advogado é facultativa nas causas com valores até 20 (vinte) salários mínimos.

[24] MARTINS, Raphael Manhães. **A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça.** Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero30/artigo05.pdf> Acessado em 02 de julho de 2009.

[25] MARTINS, Raphael Manhães. **A Defensoria...**op. cit. Acessado em 02 de julho de 2009.

## A AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR ERRO OCORRIDO EM HOSPITAL PRIVADO CREDENCIADO PELO SUS

**ÁLVARO SIMÕES MAESTRINI:** Oficial de Justiça Avaliador Federal. Formado pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES.

**Resumo:** o presente artigo objetiva demonstrar a atual orientação da jurisprudência do STJ a respeito da responsabilidade por erro ocorrido em hospital privado credenciado ao SUS, apresentando, ainda, a posição da Corte no passado.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil; União; erro; SUS; hospital privado.

**Sumário:** Introdução. 1. O Sistema Único de Saúde – SUS. 2. Responsabilidade Solidária no Fornecimento de Medicamentos. 3. Responsabilidade por Erro Ocorrido em Hospital Privado Credenciado pelo SUS. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

---

### **Introdução.**

A saúde constitui direito social e, portanto, está elencada entre os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. Com efeito, o direito à saúde emana do art. 6º da Carta Magna, localizado topograficamente no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”).

As disposições atinentes à saúde são especificadas a partir do art. 196 do Texto Maior. É a partir desse importante dispositivo que se conclui pela solidariedade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços e no fornecimento de produtos que se destinem à preservação da saúde da população e à erradicação dos males que possam afetá-la.

No entanto, embora seja obrigação de todos os entes federados a garantia da saúde, é preciso perquirir se a responsabilidade por erro médico ocorrido no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS também se estende, de modo indistinto, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Esse é o objeto do presente artigo.

## **1. O Sistema Único de Saúde – SUS.**

A fim de dar cumprimento ao dever dos entes federados de prover a saúde da população, a Constituição da República estabelece, em seu art. 198, que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (...)”. O referido sistema, continua o dispositivo em questão, é organizado de acordo com certas diretrizes, a saber: (a) descentralização; (b) atendimento integral; e (c) participação da comunidade. Por descentralização, entende-se a existência de direção única em cada esfera de governo. O atendimento integral impõe que o SUS dê cobertura a todos os eventos que importem risco ou prejuízo à saúde, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Por fim, a participação da comunidade é exigência das mais salutares, pois permite que os próprios destinatários das ações de saúde opinem sobre o modo de implementá-las.

Com o escopo de dar cumprimento à missão constitucional dos entes federados, foi editada pela União a Lei 8.080/90, que, como se depreende de sua própria ementa, “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”. Apelidado de Lei do SUS, o diploma normativo em questão apresenta, entre outras disposições, regras atinentes à organização do Sistema Único de Saúde.

## **2. Responsabilidade Solidária no Fornecimento de Medicamentos.**

A partir do disposto no art. 196 da Constituição Federal, cujo conteúdo é repetido, conquanto com outras palavras, no art. 2º da Lei 8.080/90, passaram a doutrina e a jurisprudência a entender que os entes federados

são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos aos indivíduos que deles necessitam. Isso significa que o sujeito tem como direito exigir de quaisquer deles o fármaco indispensável à manutenção ou recuperação de sua saúde.

À guisa de ilustração, se José, morador de Vitória, no Espírito Santo, não consegue obter determinado medicamento nos locais designados pelo SUS, pode valer-se de uma demanda judicial para compelir qualquer dos três entes federados envolvidos (Município de Vitória, Estado-membro do Espírito Santo ou União) a fornecê-lo. Mais do que isso, se entender conveniente, João pode até mesmo alocar no polo passivo, a um só tempo, os três entes, ou qualquer combinação entre eles.

Tal interpretação, hoje unânime nos Tribunais, decorre do fato de ser a saúde dever do Estado, como salienta o supracitado art. 196 da Constituição. Ora, como o Poder Constituinte não fez nenhuma distinção, não cabe ao intérprete distinguir, de modo que “Estado” deve ser entendido em sua acepção mais ampla, como Poder Público. Evidentemente, não se trata dos Estados-membros (de que são exemplos o Acre, o Ceará, o Mato Grosso, o Rio de Janeiro e o Rio Grande do Sul – para não deixar de fora nenhuma Região do País). Fosse essa a intenção do Poder Constituinte, teria evidentemente deixado expressa a restrição. Além disso, o art. 198, § 1º, da Carta Magna, estipula que o SUS será financiado com recursos de todos os entes federados, a reforçar a exegese ampliativa.

Portanto, quanto ao fornecimento de medicamentos, não resta dúvida: trata-se de dever constitucional que incumbe de modo indistinto e solidário à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Nesse sentido, mencione-se, a título de exemplo, o seguinte julgado, do Superior Tribunal de Justiça – STJ (grifos do autor):

“(...) II. Conforme a jurisprudência do STJ, ‘o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, estados-

membros e municípios de modo que qualquer destas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros' (STJ, AgRg no REsp 1.225.222/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/12/2013). (...)” Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 717593/PR. Segunda Turma. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 13/10/2015.

### **3. Responsabilidade por Erro Ocorrido em Hospital Privado Credenciado pelo SUS.**

Imagine-se a seguinte situação hipotética: José, morador de Vitória, no Espírito Santo, é submetido a uma cirurgia para retirada do apêndice, em hospital privado credenciado pelo SUS. Durante o procedimento, o médico esquece um objeto qualquer no interior do corpo do paciente (por exemplo, um pedaço de gaze). Meses mais tarde, depois de resistir a intensas dores, José descobre a origem de seu sofrimento. Pergunta-se: qualquer um dentre os três entes federados responsáveis pelo SUS no local (União, Estado-membro do Espírito Santo e Município de Vitória) pode figurar no polo passivo de demanda judicial visando à reparação dos danos causados a José?

Convocado a se manifestar sobre o tema, o STJ, inicialmente, respondia negativamente à referida indagação. Segundo a Corte da Cidadania, a legitimidade passiva nas ações de indenização por falha em atendimento médico ocorrida em hospital privado credenciado no SUS caberia ao Município, visto que, de acordo com a Lei 8.080/90, a ele incumbe a responsabilidade pela fiscalização do mencionado nosocômio. Nesse sentido era o posicionamento tanto da 1ª Turma (Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1218845/PR, de relatoria

do Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 03/05/2012) como da 2ª Turma (Recurso Especial 1162669/PR, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado em 23/03/2010).

Ocorre que, posteriormente, a 1ª Turma alterou seu entendimento, passando a afirmar que, sendo o funcionamento do SUS de responsabilidade solidária da União, dos Estados-membros e dos Municípios, qualquer um desses entes teria legitimidade para figurar no polo passivo de demandas envolvendo tal sistema, inclusive as indenizatórias decorrentes de erro médico ocorrido em hospitais privados conveniados (Recurso Especial 1388822/RN, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 16/06/2014).

Parecia, assim, que o STJ havia mudado completamente o rumo de sua jurisprudência sobre o assunto. O novo entendimento, evidentemente, era mais favorável à população, uma vez que os prejudicados por falha médica podiam voltar sua pretensão ressarcitória e compensatória não só contra o Município responsável pelo credenciamento do hospital privado, mas também contra o Estado-membro respectivo e a União.

Todavia, instada a se pronunciar a propósito, a 1ª Seção do STJ (Embargos de Divergência em Recurso Especial 138822/RN, de relatoria do Ministro Og Fernandes, julgado em 13/05/2015) concluiu que a União não é parte legítima nas demandas em questão. Para a Corte, não estariam presentes, com relação à União, os elementos que suscitam a responsabilidade civil, uma vez que a Lei 8.080/90, em seu art. 18, inciso X, estabelece que compete ao Município celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução.

Com efeito, para a caracterização da responsabilidade civil das pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, exige-se a presença cumulativa dos seguintes pressupostos, tomando-se como base o art. 37, § 6º, da Constituição Federal: (a) conduta; (b) dano; e (c) nexos causal. Não se exige a culpa, uma vez que, superadas as Teorias da Irresponsabilidade

do Estado, da Responsabilidade com Culpa e da Culpa Administrativa, passou-se a abraçar a Teoria da Responsabilidade Objetiva, que dispensa justamente o referido elemento.

Pois bem. A conduta, atribuída ao Poder Público, pode ser comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima. Exige-se apenas que tenha sido levada a efeito por agente do Estado. Esse agente pode até não estar no exercício de suas funções, desde que atue a pretexto de exercê-las. O dano, por sua vez, pode ser moral ou material, e deve ser comprovado pelo prejudicado. Por fim, o nexo causal consiste no liame entre os dois pressupostos anteriores (conduta e dano). Em outros termos, deve ficar claro que o prejuízo causado ao particular decorre da ação ou omissão do Poder Público.

Sendo assim, o STJ, hoje, considera que não se pode confundir a obrigação solidária dos entes federados quanto à obrigação de assegurar o direito à saúde com a responsabilidade civil pelos danos causados a terceiros. Nesta última, o dever de indenizar sujeita-se à comprovação da conduta, do dano e do nexo causal. Ora, no caso de dano causado em hospital particular credenciado pelo SUS, não existem os elementos que autorizam a responsabilidade da União, haja vista que a conduta não foi por ela praticada, já que cumpre à direção municipal credenciar, controlar e fiscalizar os nosocômios privados no âmbito do Sistema Único. Se não há conduta, obviamente nem se faz necessário aferir se os dois outros pressupostos estão presentes, visto que eles são cumulativos.

#### **4. Conclusão.**

Atualmente, prevalece o entendimento segundo o qual a União não possui responsabilidade por erro ocorrido em hospital privado credenciado pelo SUS. Essa é a orientação da 1ª Seção do STJ, firmada em embargos de divergência em recurso especial, no ano de 2015. A posição da Corte se baseia nos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil do Estado, a saber: (a) conduta; (b) dano; e (c) nexo causal. Como, no caso, não há conduta a ser imputada à União, não se pode dizer que estejam

presentes os pressupostos do dever de indenizar por parte do referido ente. A obrigação recai, portanto, sobre o Município, que possui competência para celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, nos precisos termos do art. 18, inciso X, da Lei 8.080/90 – Lei do SUS.

## **6. Referências.**

ALEXANDRINO. Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 12 ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.088, 1990.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27 ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES. Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

## A ALOCAÇÃO DE COMPETÊNCIA ENTRE CORTE NACIONAL E TRIBUNAL ARBITRAL

**CAROLINA BARREIRA LINS:** Procuradora Federal. Formada em Direito pela Faculdade de Direito da UERJ (Graduação em 2005) Pós Graduação em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Rede de Ensino Luis Flávio Gomes (de setembro de 2009 a agosto de 2010) Procuradora Federal junto à Agência Nacional do Petróleo- RJ, desde 2011. Procuradora Federal junto ao Instituto Social de Seguridade Social em Umuarama- PR, de 11/2008 a 05/2011 Ex Procuradora do Município de Nova Iguaçu- RJ, de 08/2008 a 10/2008 Ex Advogada do BNDES, de 04/2008 a 07/2008 Ex Advogada da PETROBRAS ( Petróleo Brasileiro S.A), de 11/2006 a 03/2008

### 1. INTRODUÇÃO

Em conflitos que envolvem a interpretação e aplicação da cláusula de arbitragem, a própria competência do tribunal arbitral pode ser questionada. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando se alega que a cláusula de arbitragem é inválida ou quando se alega que a disputa envolve, por exemplo, direitos indisponíveis, que a lei brasileira expressamente afasta da arbitragem.

A competência do tribunal arbitral pressupõe: (i) a existência de uma convenção de arbitragem válida e eficaz entre as partes; (ii) a arbitrabilidade do litígio cujo objeto deve ser abrangido pela convenção de arbitragem e (iii) a sua regular constituição<sup>[1]</sup>.

No domínio da arbitragem voluntária o chamado princípio da Kompetenz-Kompetenz , Competência-Competência ou Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction consagra a premissa de que compete ao Tribunal Arbitral pronunciar-se sobre a sua própria competência, ainda que, para esse efeito, haja necessidade de apreciar, quer os vícios da Convenção de Arbitragem ou do contrato em que ela se insere, quer a aplicabilidade daquela convenção ao conflito<sup>[2]</sup>.

Com efeito, segundo esse princípio, o tribunal arbitral, como qualquer outra jurisdição, pode e deve verificar, antes de mais, a sua competência para conhecer de determinado litígio submetido à sua apreciação. A princípio, este controle impõe-se quando a sua competência for contestada por uma das partes.

Ocorre que a aplicação desse princípio tem gerado controvérsias, uma vez que pressupõe o afastamento do controle judicial acerca da alocação de competências entre a corte nacional e o tribunal arbitral.

## 2. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA COMPETÊNCIA

O princípio *Kompetenz-Kompetenz* está relacionado à atribuição de autoridade entre um tribunal arbitral e um órgão jurisdicional nacional a respeito da interpretação e aplicação das convenções de arbitragem. O princípio, desenvolvido na Alemanha, autoriza um tribunal arbitral a determinar a sua própria competência, quando esta for questionada, desde que o contrato em disputa contiver cláusula de arbitragem[3].

Natasha Wyss[4] diz que a prerrogativa de um tribunal arbitral para decidir sobre sua própria jurisdição é geralmente aceita em todo o mundo. No entanto, o princípio da “competência-competência” possui diferentes significados, a depender do país, tais como “*Kompetenz-Kompetenz*” na Alemanha; “*competence de la competence*” na França, “*competence of competence*”, na Inglaterra, e as implicações legais variam de acordo com as traduções. No mesmo sentido, William Park afirma que na arbitragem comercial, que depende em grande medida da legislação nacional e das regras institucionais, é mais correto falar de doutrinas da *Kompetenz Kompetenz*, no plural.

Para ilustrar tais variações, as cortes dos Estados Unidos podem analisar os pedidos de declaração de competência a

qualquer momento e podem analisar integralmente a validade da cláusula arbitral e a intenção das partes submeterem à arbitragem. Já se os tribunais alemães são instados a decidir uma questão de competência, eles decidem imediatamente pela validade e escopo da convenção de arbitragem. Na vizinha França, para contestar judicialmente a validade da cláusula arbitral, deve-se esperar até que a decisão arbitral seja prolatada. Na Inglaterra, os queixosos têm o direito de obter decisões declaratórias sobre a autoridade arbitral, mas apenas se eles não forem parte na arbitragem[5].

Como mencionado, os Estados Unidos têm uma abordagem bastante liberal sobre a questão de quem tem competência sobre a disputa. De acordo com Kenneth R Pierce, a corte nacional pode verificar se as partes revelaram objetivamente a intenção de levar a questão à arbitragem, embora seja difícil defini-lo, já que as partes costumam incorporar uma cláusula padrão em seus contratos arbitrais[6].

O tempo em que se deve permitir a análise judicial acerca da competência arbitral também é um problema. Por um lado, pedir a manifestação judicial acerca da competência arbitral no início do procedimento pode evitar despesas desnecessárias às partes. Por outro lado, se o juízo nacional se manifesta apenas no final, pode haver economia dos recursos judiciais, pois até ao final da arbitragem as partes podem resolver o conflito[7]. O modelo francês, por exemplo, adia a análise da corte nacional a respeito da competência para somente após concluída a decisão arbitral, o que pode reduzir a chance de táticas dilatórias. Nesse sentido, uma parte de má-fé será menos tendente a ir a uma corte nacional para questionar a validade da arbitragem enquanto esta estiver em curso, já que isso adicionaria custos inúteis ao processo[8].

No entanto, os elevados custos da arbitragem e o princípio da segurança jurídica têm feito até mesmo os tribunais da Alemanha, terra natal de Kompetenz-Kompetenz, reconhecerem a

possibilidade de revisão judicial da competência arbitral ainda na fase pré-arbitragem[9]. Sob a seção 1032 (2) do ZPO alemão, um tribunal alemão só pode decidir sobre a competência dos árbitros se o pedido for feito antes de o tribunal arbitral ser constituído[10]. Brekoulakis observa que a seção 1032 regula a distribuição das tarefas entre os tribunais nacionais e os tribunais arbitrais, não tornando mais possível que um tribunal arbitral tenha a palavra final e vinculante em relação à determinação da validade de uma convenção de arbitragem. Mais especificamente, um tribunal nacional pode assumir jurisdição sobre um assunto submetido contratualmente a arbitragem, mas apenas numa fase anterior à constituição do tribunal arbitral, uma vez que após sua constituição, o tribunal arbitral adquire a competência exclusiva para decidir sobre a validade da convenção de arbitragem[11].

De acordo com Brekoulakis, o princípio da competência-competência garante que um tribunal arbitral tenha competência para decidir uma reivindicação que questiona a premissa de sua própria autoridade, fornecendo aos árbitros o poder de iniciar a análise da questão da competência[12], o que é chamado de efeito positivo da competência.

Conforme doutrina abalizada, o princípio competência-competência gera dois efeitos. O efeito positivo significa que o tribunal arbitral tem competência para decidir sobre sua própria competência e o efeito negativo atribui competência exclusiva aos tribunais arbitrais para examinar a validade de uma convenção de arbitragem. De acordo com o efeito negativo, as cortes nacionais teriam de se abster de fiscalizar a competência de um tribunal arbitral.

Brekoulakis diz que, embora o princípio da competência-competência tenha começado como uma conotação positiva com o objetivo de fortalecer a competência de tribunais arbitrais, ele tem se transformado em um paradoxo legal. Para o autor, enquanto o

efeito positivo do princípio da competência-competência é essencial para manter a autonomia da arbitragem, o efeito negativo solapa a legitimidade do processo de arbitragem, levando a uma política pró-arbitragem excessivamente cara, o que incentiva uma reação antiarbitragem[13].

Assim, de acordo com o princípio da competência-competência, um tribunal arbitral tem competência para decidir sobre a sua competência e, na tomada de uma decisão desse tipo, analisará a respectiva convenção de arbitragem e observará os princípios gerais que afetam a sua jurisdição. Esta decisão incluirá uma avaliação sobre se o objeto da disputa é arbitrável, mas a determinação não é necessariamente final[14]. De acordo com Patrick M. Baron e Stefan Liniger, a determinação do tribunal arbitral pode ser objeto de revisão judicial, numa demanda anulatória da sentença ou na fase de execução, quando a corte nacional pode ter um segundo olhar (second look doctrine) sobre a arbitralidade da questão[15].

O caso Chicago v. Kaplan[16] é muitas vezes mencionado quando se trata da aplicação da Kompetenz-Kompetenz. Neste caso, o Tribunal de Apelação discordou do tribunal arbitral sobre o assunto de sua competência e determinou que os Kaplans não eram obrigados a arbitrar, revertendo a afirmação de primeira instância. A Suprema Corte unanimemente confirmou a decisão do Tribunal de Apelações, afirmando que a arbitrabilidade era uma questão sobre a qual a corte nacional teria a palavra final[17].

Outra teoria relacionada com esta abordagem é a chamada "doutrina segundo olhar", que, embora não condene a convenção de arbitragem à invalidade, preserva a possibilidade posterior de anular ou recusar o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais que são contrárias à lei do foro[18]. No emblemático caso Dallah[19], a Suprema Corte do Reino Unido decidiu negar o reconhecimento da sentença arbitral, após o que chamou uma

investigação independente sobre se o tribunal tinha jurisdição. O Tribunal de Justiça retomou a decisão do tribunal arbitral relativa à jurisdição, tendo considerado que não estava vinculado por conclusões deste[20]. De acordo com Gary Bornand, o caso Dallah tomou um curso lamentável e o conflito entre as decisões em francês e inglês é patológico, uma vez que os objetivos mais fundamentais da Convenção de Nova York foram violados, incluindo a garantia de um tratamento uniforme das decisões arbitrais e facilitação se sua execução nos Estados parte da Convenção[21].

### 3. AS DIVERGÊNCIAS NA JUSTIÇA BRASILEIRA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM CASO RECENTE DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO.

Os tribunais brasileiros também vêm enfrentando dificuldades na interpretação e aplicação da cláusula arbitral. Recentemente, casos semelhantes ocorridos na indústria do petróleo tiveram soluções diversas, de acordo com os diferentes juízos em que foram analisados. Os casos referem-se aos conflitos instaurados no âmbito dos contratos de concessão celebrados entre a AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP e a PETROBRAS para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural. Os referidos contratos de concessão contêm cláusula arbitral.

Num dos casos, referente ao denominado Campo das Baleias[22], a divergência levou à instauração do Conflito de Competência nº 139.519, no STJ, com base no art. 105, I, d da CF, tendo como suscitante a PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS e como suscitados o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI, O Tribunal Regional Federal da 2a. Região e o Juízo Federal Da 5a. Vara Da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro[23].

No referido caso, tendo tomado ciência da instauração do Processo Arbitral, a ANP ajuizou Ação Anulatória na Justiça Federal do Rio de Janeiro, em face da PETROBRAS, pleiteando anulação do procedimento arbitral. Proposta a ação, o pedido liminar foi denegado pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e posteriormente confirmado pela sentença de improcedência da ação, com o seguinte argumento:

“Assim, a situação aqui discutida atrai o regramento previsto no art. 20 da Lei, dispondo sobre a arguição de incompetência do árbitro, incluída a questão atinente à natureza do direito em disputa, ou seja, ser ou não de alçada da arbitragem. Para tanto, dispõe o §2º do mencionado artigo que o não acolhimento da arguição (qualquer uma delas, dentre as quais a de incompetência, prevista no caput), “terá normal prosseguimento a arbitragem”, continuando aberta a possibilidade de se iniciar debate em juízo apenas pela via da ação anulatória regulada no art. 33. Sendo assim, não se acolhe a tese central da requerente no sentido de caber a este órgão jurisdicional pronunciamento prévio sobre a incompetência do árbitro. As regras que tratam da relação entre competência judiciária e arbitral realmente estabelecem o pronunciamento da justiça ao final” [24].

Em face da sentença, recorreram a ANP e o Estado do Espírito Santo, que não foi admitido como parte pelo Juízo de Primeiro Grau. Antes mesmo que as Apelações fossem remetidas ao Tribunal Regional Federal da 2ª. Região., a ANP e o Estado do Espírito Santo propuseram, cada qual, Ação Cautelar naquele Tribunal

Regional Federal, requerendo a suspensão do Procedimento Arbitral, sob o argumento de que haveria risco do referido Procedimento fosse sentenciado pelos árbitros antes do julgamento das Apelações pelo Tribunal. A Desembargadora da 8a. Turma Especializada do TRF da 2a. Região, que estava preventa em razão do julgamento de anteriores recursos oriundos da mesma causa, concedeu o pedido de provimento liminar para suspender a tramitação da arbitragem instaurada pela PETROBRAS para discutir a validade da RD 69/2014. Após a interposição de Agravo Regimental, a decisão monocrática foi confirmada pela 8a. Turma Especializada daquele Tribunal. Opostos Embargos de Declaração, encontram-se ainda pendentes de julgamento. Em razão do entendimento daquela 8a. Turma, de que é o Judiciário que deve se manifestar tanto sobre a competência, quanto sobre mérito, instaurou-se evidente conflito entre a jurisdição estatal e a arbitral.

#### 4. CONCLUSÃO

Conforme analisado, a atribuição de competência a um tribunal arbitral gera conflitos quando sua própria competência é contestada. Nos casos que envolvem interesses estatais, como questões ligadas a direitos indisponíveis, as cortes nacionais hodiernamente querem se manifestar sobre a competência, não deixando a decisão sobre a competência nas mãos do tribunal arbitral.

Problemas deste tipo ocorrem no mundo todo, razão pela qual doutrinas foram criadas para defender a intervenção ou não das cortes nacionais sobre a fixação de competência. Em defesa da competência integral do tribunal arbitral para decidir sobre sua competência foi construído o princípio da competência-competência, que ao longo do tempo e do espaço, também recebeu interpretações diversas.

Assim, verifica-se que a questão provoca discussões. No Brasil, país que teve adesão relativamente recente ao instituto de arbitragem, a questão dos limites da competência do tribunal arbitral ainda carece de contornos mais definidos. Os recentes conflitos levados ao Judiciário em matérias relacionadas à indústria do petróleo, mencionadas no capítulo 3 deste artigo, mostram dificuldade ainda vigente.

Espera-se que a decisão do Conflito de Competência nº 139.519, instaurado no âmbito do STJ ajude a definir parâmetros mais claros para a distribuição das competências entre cortes nacionais e tribunais arbitrais no país.

#### **NOTAS:**

[1] DIAMVUTU, Lino. O princípio da competência-competência na arbitragem voluntária. P.2. Disponível em [http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02\\_TEXTOS\\_ARBITRAGEM/01\\_Doutrina\\_ScholarsTexts/procedural\\_rules\\_and\\_process/competencia\\_competencia\\_diamvutu.pdf](http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScholarsTexts/procedural_rules_and_process/competencia_competencia_diamvutu.pdf) Acesso em 01.12.2015

[2] Idem

[3] Adrianna Dulic, 'First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan and the Kompetenz-Kompetenz Principle' (2002) 2 Pepp. Disp. Resol. LJ 77, 2.

[4] Natasha Wyss, 'First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan: A Perilous Approach to Kompetenz-Kompetenz' (1997) 72 Tul. L. Rev. 351, 352.

[5] William W Park, 'Arbitral Jurisdiction in the United States: Who Decides What?' (2008) 11 International arbitration law review 33, 38.

[6] Kenneth R Pierce, 'Down the Rabbit Hole: Who Decides What's Arbitrable?' (2004) 21 Journal of International Arbitration 289, 292

[7] William W. Park, 'The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction' (2006) ICCA Congress, Montreal.13 ICCA Congress Series

55<[http://www.arbitrationicca.org/media/0/12409326410520/jurisdiction\\_to\\_determine\\_jurisdiction\\_w\\_w\\_park.pdf](http://www.arbitrationicca.org/media/0/12409326410520/jurisdiction_to_determine_jurisdiction_w_w_park.pdf)> accessed 29 July, 2015

[8] Ibid

[9] Stavros Brekoulakis, 'The Negative Effect of Competence-Competence: The Verdict Has to Be Negative' [2009] Austrian arbitration yearbook 238, 245.

[10] John J Barcelo III, 'Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction-Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective' (2003) 36 Vand. J. Transnat'l L. 1115, 1131

[11] Brekoulakis (n 76) 245

[12] Ibid 238.

[13] Stavros Brekoulakis, 'The Negative Effect of Competence-Competence: The Verdict Has to Be Negative' [2009] Austrian arbitration yearbook 238, 238.

[14] Patrick M Baron and Stefan Liniger, 'A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany' (2003) 19 Arbitration International, 27.

[15] Ibid

[16] *U.S. Supreme Court, First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan* (94-560), 514 U.S. 938 (1995)

[17] William W Park, 'The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?' (1996) 12 Arbitration International 137, 140

[18] Alexander J Belohlavek, 'The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Dispute' [2013] Yearbook of

International Arbitration, M. Roth and M. Giestlinger (eds.), Intersentia/DIKE/NWV, Antwerpen-Zurich-Vienna-Graz 27, 9.

[19] *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46

[20] Gary Born and others, 'Dallah and the New York Convention' <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/04/07/dallah-and-the-new-york-convention/>> accessed 14 July 2015.

[21] *Idem*

[22] Contrato de Concessão 48000.003560/97-49, para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural no Bloco BC-60.

[23] Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

[24] 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro Processo nº 0006800-84.2014.4.02.5101 (2014.51.01.006800-1) Autor: ANP - AGENCIA NACIONAL DE PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCMBUSTIVEIS. Réu: PETROBRAS-PETROLEO BRASILEIRO S/A. JUIZ FEDERAL SERGIO BOCAYUVA TAVARES DE OLIVEIRA DIAS. Publicado em 16.10.2014