



UNIVERSIDADE
FEDERAL DE
SERGIPE



PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO
Centro de Ciências Sociais Aplicadas
DEPARTAMENTO DE DIREITO

CRESCAT UNA VERITAS



Núcleo de Extensão e Pesquisas
em Relações Internacionais

REVISTA HIPÁTIA



(*)

Υπατία

Edição Especial
Abordagem multidisciplinar

Período letivo: 2020.1.
Publicação em: 08.01.2021.

Chefe do Departamento de Direito
Prof. Msc. Arnaldo de Aguiar Machado Júnior

SIGAA PJ198-2020

Organização do Projeto

Msc. Adriana do Piauí Barbosa
Prof. Carlos Rebelo Júnior
Prof. Edmilson da Silva Pimenta
Msc. Gilton Batista Brito
Bel^a. Esp. Marcela Campos Escariz

Discentes com Plano de Trabalho

Ana Beatriz Mendes Araújo
André Felipe Santos de Souza
Anna Luisa Bazílio Alves

(*) Excerto da pintura Escola de Atenas de Rafael de Sanzio.
Hipoteticamente é a figura de Hipátia, entre os grandes sábios da humanidade. É a única mulher e estaria ao lado de Parmênides.

Sumário	Página
Apresentação	iv
1 O Fenecimento Conceitual da Soberania Moderna Verônica Passos Rocha Oliveira	05
2 As Negociações entre a União Europeia e o Mercosul Larissa Muñoz Punzano	15
3 El Juicio de Jurados y sus Posibles Beneficios para la Democratización y Publicidad del Accionar de la Justicia Jorge O. Bercholc	24
4 O Direito Fundamental de Acesso à Informação e o Contraditório: uma análise nas demandas judiciais de saúde .. Andrea Carla Veras Lins	33
5 Críticas à Composição do Tribunal Regional Eleitoral Vladimir Souza Carvalho	49
6 O Sursis Processual e o Crime Eleitoral João Hora Neto	56
7 O Processo de Adoção e as Limitações Enfrentada por Casais Homossexuais após o Reconhecimento como Entidade Familiar Mellissa Lorena Souza Andrade	67

APRESENTAÇÃO

O Núcleo de Extensão e Pesquisas em Relações Internacionais – NEPRIN vem ao longo dos anos se notabilizando por capitanear com maestria projetos de extensão vinculados ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe.

Dentre as inúmeras ações desenvolvidas em 2020 pelo NEPRIN, frise-se, em plena pandemia do Covid-19, destaca-se a concepção da revista eletrônica HIPATIA, espaço vocacionado a impulsionar a investigação científica na área do Direito, incrementar o intercâmbio acadêmico internacional e oportunizar a realização de atividades complementares.

Resultado do edital nº 08, de 29 de julho de 2020, expedido pela Pró-Reitoria de Extensão da UFS, o projeto da revista HIPATIA propõe-se a trabalhar com a temática dos Direitos Humanos e Justiça e tem como público alvo interno os discentes da graduação, pós-graduação e docentes, merecendo registro, ainda, terem sido concedidas 04 (quatro) bolsas para sua execução.

Com o título da revista, pretendeu-se homenagear uma jovem filósofa nascida em Alexandria no século IV, a qual dedicou sua vida ao estudo da verdade e que, segundo a literatura, afirmava com ela ter se casado. Teria ela contribuído para a ciência em diferentes frentes, a exemplo do mapeamento dos corpos celestes, da invenção do hidrômetro e do astrolábio.

Nessa primeira edição da revista eletrônica HIPATIA, o leitor terá ao seu dispor artigos jurídicos sobre diferentes ramos do Direito, todos elaborados, entre outros, por discentes do curso de Direito da UFS e previamente submetidos ao escrutínio do Conselho Editorial da Revista.

O curso de Direito da UFS, reconhecido por suas várias conquistas, passadas e presentes, ressentia-se de um veículo dessa natureza que, além de incentivar a produção científica, viabilizasse a publicação de artigos jurídicos elaborados por discentes, docentes e parceiros. Trata-se de uma iniciativa importante para o curso de Direito da UFS que merece o devido reconhecimento.

Assim, na expectativa de que esse volume inaugural da revista eletrônica HIPATIA seja o primeiro de inúmeros, cabe-me neste momento tão somente direcionar os meus parabéns aos seus idealizadores, nas pessoas dos insignes professores Carlos Rebelo Junior e Edmilson da Silva Pimenta, coordenador geral e coordenador adjunto, respectivamente, e aos autores, por tão bem dignificarem o curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe.

Aracaju, 02 de janeiro de 2021.

Prof. Msc. Arnaldo de Aguiar Machado Júnior
Chefe do Departamento de Direito

O FENECIMENTO CONCEITUAL DA SOBERANIA MODERNA

Verônica Passos Rocha Oliveira¹

Resumo

Neste período de transição paradigmática, as estruturas tradicionais estão sofrendo pressões de forças em transformação que ultrapassam limites culturais e políticos entre os povos. Os fenômenos da globalização econômica e da mundialização, a interdependência existente entre os Estados, o desenvolvimento tecnológico e científico dos meios de comunicação, o surgimento de novas autoridades e atores no plano internacional, a realidade multipolar e a transnacionalização dos processos de decisão política, aliados aos problemas globais, refletem o processo de enfraquecimento do poder soberano dos Estados Modernos e a necessidade de se instituir uma nova ordem mundial. A liberdade selvagem prevalecente nas relações internacionais no modelo vestfaliano começa a ser ultrapassada pela limitação da soberania interna pelo Estado Democrático de Direito e externa pela ordem internacional vinculante. Destarte, o conceito de soberania sistematizado na Idade Média e adaptado à Idade Moderna está progressivamente fenecendo ao longo da Idade Contemporânea.

Palavras-chave: soberania, fenecimento, ordem internacional.

Abstract

During this period of paradigm transition, traditional structures suffer pressures from transformational forces which surpass cultural and political limits among people. The economical globalization phenomena and the mundialization, the existing interdependence among states, the technological and scientific development in the communication media, the appearance of new authorities and actors in the international scene, the multi-polar reality and the trans-nationalization of political decision processes, allied to global problems, reflect the weakening process of the sovereign power from Modern States and the necessity to institute an new world order. The savage liberty prevailing in the international relations in the westphalian model commences to be surpassed by the internal sovereignty limitation by the Democratic Rule of Law and external by the binding international order. Hence, the concept of systematic sovereignty in the middle age and adapted to the modern age is fading away along the contemporary age.

Keywords: Sovereignty, fading away and international order.

1 Introdução

A crise do modelo soberano vestfaliano é um tema fulcral no processo de redefinição da Ordem internacional atual. O discurso político que confunde a Nação com um Estado soberano com absoluta autonomia política e território definido, ou seja, a velha Ordem, extinta simbolicamente pela queda do Muro de Berlim, deixou um mundo no qual as identidades políticas obedecem a várias legitimidades e modelos, tudo ao contrário da proclamada malha

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade de Santa Cruz do Sul e Mestre em Relações Internacionais e Estudos Europeus pela Universidade de Évora. Email: ve_passos@yahoo.com.br.

dos Estados nacionais.² Por conseguinte, o Estado-Nação encontra-se reduzido no sistema das relações internacionais e a Nova Ordem se defronta com uma crise do Estado Constitucional soberano.

A mundialização das dependências e interdependências e a globalização das gestões sem Estado, para além do Estado e também com o Estado, corresponde à realidade da multiplicação de poderes que se cruzam e limitam, incompatível com o modelo internacional de Estados soberanos com poder absoluto. A tão sonhada igualdade jurídica existente entre os Estados também nunca se concretizou, uma vez que a hierarquia militar e econômica entre as potências sempre foi a regra na comunidade internacional. Destarte, quer no que respeita à capacidade de gestão interna, quer no que toca à capacidade de gestão internacional, o Estado moderno é compelido pelos fatores exógenos do ambiente a fenecer sua soberania.³

Embora a antiga independência, corolário da igualdade, existente entre os Estados, tenha se tornado interdependência e a soberania hoje seja limitada interna e externamente, a maioria dos manuais acadêmicos quando se referem à soberania ainda a tratam sob o paradigma moderno, como um dos elementos fundamentais do Estado, que se traduz na esfera interna como poder de auto-organização e na esfera externa na independência e igualdade frente a outros Estados soberanos, possuindo como características a não sujeição a outros Estados e a não ingerência em assuntos internos.⁴ Esse modelo tradicional de abordagem da soberania dificulta e ludibria a inteligência dos futuros mentores e operadores das relações internacionais, obstando o surgimento de um novo paradigma. Portanto, este trabalho faz uma breve abordagem sobre o surgimento e a evolução do conceito de soberania, a fim de compreender seu significado e em seguida apresenta as causas do seu fenecimento e algumas propostas alternativas.

Em um momento histórico de degradação da ideia de imperatividade das normas, de erosão do sentido de justiça e tentativa de utilização do poder para a reinvenção do direito em função exclusivamente dos próprios interesses do núcleo de poder, manipulando-se argumentos morais, urge a projeção de uma sociedade internacional em estado de direito, centralizada e com autoridade superior à organização horizontal dos Estados soberanos, o que exigirá, necessariamente, o fenecimento da soberania conceituada no início da Modernidade e adaptada para os Estados Constitucionais.

2 Principais Conceitos Históricos de Soberania

O conceito de soberania, historicamente, corresponde à racionalização jurídica do poder, ou seja, à legitimação da força coercitiva ao transformar o poder de fato em poder de direito. Configura-se assim o Estado Moderno Soberano, com o poder de mando de última instância, único e supremo. No final da Idade Média, a instabilidade gerada pela disputa pelo poder entre a realeza e a Igreja foi sanada com a centralização do poder no Estado, de início absolutista, e personificado na figura do monarca, estabelecendo a ordem de interação de Estados soberanos.

Durante a conquista do novo mundo, Francisco Vitória obtemperou os títulos de legitimação da conquista, sob o fundamento de que havia uma sociedade internacional de Estados nacionais, concebidos como sujeitos jurídicos independentes uns dos outros, igualmente soberanos, porém subordinados a um único direito das gentes, que vinculava os Estados em suas relações exteriores não apenas como direito dispositivo, mas também como

² MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 376.

³ *Ibid.*, p. 387.

⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008. No mesmo sentido: REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

jus cogens. Ademais, Vitória enuncia a base democrática da autoridade do soberano e idealiza a humanidade como sujeito de direito⁵.

Embora Maquiavel já tenha se manifestado sobre a conquista e manutenção do poder, o conceito de soberania foi sistematizado por Jean Bodin, em sua obra *Os Seis Livros da República*, de 1575, no momento histórico de afirmação da monarquia absoluta como regime de governo capaz de assegurar a paz social frente às instabilidades políticas interiores e exteriores. O objetivo era impedir a desordem, os conflitos de interesse, ao fortalecer e centralizar o poder no Estado, na pessoa do rei. Para tanto, a soberania seria um poder perpétuo e ilimitado, em razão da vitaliciedade do monarca e no sentido de que cabe a ele o monopólio de estabelecer e suprimir as leis, reflexo do poder divino, único responsável pela organização política da República. Entretanto, em um ponto contraditório, segundo o filósofo francês, o soberano deve obediência às leis naturais e divinas, além do seu poder estar pautado na legislação, que é necessariamente elaborada por ele.⁶

Com o fim da Guerra dos Trinta Anos em 1648, foi assinado o Tratado de Westphalia, que restabeleceu a paz na Europa e reafirmou o conceito de soberania, ao inaugurar o período de igualdade jurídica dos Estados, elevados a únicos atores nas relações internacionais através da eliminação do poder político da Igreja.

Thomas Hobbes, em seu livro *Leviatã*, funda o paradigma estatal absolutista ao teorizar o contrato social. Segundo Hobbes, a natureza do homem tende a se afastar das normas de convivência, uma vez que o homem em estado natural vive da desconfiança, da insegurança e da constante competição uns com os outros. A fim de que se obtivesse uma convivência pacífica e estável, os homens realizaram um pacto entre eles, renunciaram sua liberdade e transferiram seu poder para uma única pessoa, o monarca soberano, através da instituição do Estado *Leviatã*, dotado de um conjunto de normas e da capacidade de coerção. Como a soberania não residia no povo, mas passou a existir da união do poder fragmentado de cada súdito, concedida completamente ao soberano, como características é absoluta, ilimitada e irrevogável⁷. Portanto, trata-se de um pacto de submissão dos indivíduos ao poder soberano, no qual este não estaria sujeito as determinações provenientes do contrato, uma vez que foi firmado entre indivíduos e não entre o governante e os indivíduos. Já no âmbito internacional, o que prevalece é a correlação de forças entre os Estados soberanos em um verdadeiro sistema anárquico, iniciando a escola do realismo internacional. A soberania externa dos Estados, aliada à soberania interna dos outros Estados, equivale a uma liberdade selvagem que reproduz, na comunidade internacional, o estado de natural desregramento, equivalente a que teria cada homem se não houvesse leis.⁸

No contexto da Revolução Gloriosa, que assinalou a vitória do liberalismo em detrimento do absolutismo, John Locke formula sua teoria do Estado fundamentada em um pacto de consentimento dos governados. Para Locke, no estado de natureza, reina a paz e a liberdade, uma vez que o homem é dotado de razão, apenas rompida em defesa da propriedade. É em razão desta que os homens, por meio da delegação consciente de poderes ao governo civil, fundamentam a criação da sociedade política, ou seja, a fim de que houvesse a defesa da

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶ FERRER, Walkiria Martinez Heinch; SILVA, Jacqueline Dias da. A soberania segundo os clássicos e a crise conceitual na atualidade. *Revista Argumentum*. v. 3. Marília: Unimar, 2003.

⁷ PERINI, Raquel Fratantonio. *A soberania e o mundo globalizado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 76, 17 set. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4325>. Acesso em: 20 mar. 2009.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

propriedade por um juiz imparcial, não absoluto e arbitrário.⁹ Locke compreende o poder soberano como legítimo, pois advém da vontade da maioria dos indivíduos e obedece ao estabelecido nas leis. Todavia, originado do consentimento consciente dos governados, a soberania assume um papel muito distinto da imposição unilateral do monarca soberano. No plano internacional, é hobbesiano, para quem a sociedade internacional corresponde a uma sociedade selvagem em estado de natureza.

Jean Jacques Rousseau, patrono da Revolução Francesa, destacou a soberania popular em oposição ao arbítrio de um ou um grupo de governantes. Rousseau defende que o gênero humano foi corrompido pela competição entre seus semelhantes e tornou-se vítima de uma hierarquia mal distribuída na sociedade. O surgimento da propriedade privada ocasionou a passagem do estado de liberdade, presente na origem da humanidade, para a servidão, apenas superada por meio da celebração de um pacto social entre os indivíduos que os conferiria igualdade absoluta. Assim, a soberania popular significava a possibilidade de passagem da servidão à liberdade por meio de um movimento revolucionário. Ao lembrar nostalgicamente a democracia grega, defende a democracia direta e para ser legítimo o poder soberano era considerado uma função pública exercida por um determinado período. Rousseau apresenta uma análise interna da teoria do Estado, todavia nas relações internacionais permanece hobbesiano.

A Revolução Burguesa viabilizou o surgimento do Estado Moderno, laico, liberal e sistematizado na Constituição, fundado na separação dos poderes e na transferência da soberania da pessoa do monarca absolutista para soberania popular personificada na Nação. Nesse sentido, o conceito político de soberania foi adaptado para promover uma base jurídica ao poder político do Estado Constitucional Moderno, legitimando sua instituição. A independência ante qualquer poder externo, constituía assim elemento inerente e inalienável do Estado, de caráter absoluto e transcendentemente supremo, posteriormente ratificado pela consolidação do princípio democrático.¹⁰ Destarte, com a instituição dos Estados nacionais, com sua plena autonomia dos vínculos ideológicos e religiosos, desaparece todo e qualquer limite à soberania estatal, base do aparato conceitual do positivismo jurídico, ratificando a idéia moderna do Estado como pessoa artificial, fonte exclusiva do direito e livre do direito.

Após a Revolução Francesa os sistemas históricos evoluíram, mas nunca questionaram o paradigma vestefaliano. Nesse sentido, a soberania interna evoluiu para soberania popular, no Estado Democrático de Direito, e a externa ficou inalterada. A comunidade selvagem de Estados soberanos atinge seu auge na Idade Contemporânea, entre a metade do século XIX e a metade do século XX, com as guerras e conquistas coloniais e depois as duas guerras mundiais, uma vez que a identificação juspositivista entre direito e Estado produz, internamente, a subordinação do Estado ao direito, externamente não aceita o direito internacional como direito supra-estatal¹¹. Esta dualidade entre direito interno e direito internacional será questionada por Hans Kelsen, teórico positivista que sistematiza o ordenamento jurídico como um ordenamento único de normas escalonadas hierarquicamente, ao defender que a ordem jurídica interna e internacional não podem ser separadas e em caso de conflito entre elas, a última deve prevalecer. Os monistas kelsenianos voltam-se para perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única e denunciam o equívoco da idéia de que o Estado soberano tenha podido ou possa sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença frente ao conjunto de princípios

⁹ FERRER, Walkiria Martinez Heinch; SILVA, Jacqueline Dias da. A soberania segundo os clássicos e a crise conceitual na atualidade. Revista *Argumentum*. v. 3. Marília: Unimar, 2003.

¹⁰ CRUZ, Paulo Marcio. *Soberania e superação do Estado constitucional moderno*. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_paulo_marcio_cruz.pdf.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

e normas que compõem a generalidade do direito das gentes.¹² Nesse sentido, a soberania é uma ilusão e a igualdade entre os Estados se traduz pelo princípio da autonomia enquanto sujeitos das relações internacionais.¹³

2 Fecimento Conceitual da Soberania Moderna

Três séculos separam as duas guerras européias dos 30 anos e configuram o surgimento e o fim do paradigma vestfaliano. Com o final da Segunda Guerra Mundial e o surgimento da sociedade internacional, a soberania nacional passou a tentar conciliar-se com as normas próprias do sistema internacional, com obrigações externas de diversas origens e cujo descumprimento acarreta sanções jurídicas e econômicas. Entretanto, a existência de obrigações vinculantes decorrentes do sistema internacional não seria, a princípio, incompatível com a soberania do Estado Constitucional Moderno, uma vez que eles se organizam horizontalmente e os compromissos internacionais dos Estados decorrem do seu próprio consentimento. Nesse sentido, as obrigações internacionais são assumidas voluntariamente pelos Estados, quando seus respectivos parlamentos as aprovam.

Este paradigma foi posto em causa pela crescente interrelação e interdependência entre Estados e a consolidação de princípios norteadores do comportamento entre eles, que provocaram de maneira evidente a solidificação de uma nova ordem jurídica internacional vinculante. Em face da economia mundial e da tecnologia das comunicações, a soberania estatal perde sua substância. A partir da hegemonia do capitalismo e avanço do neoliberalismo, após a derrocada do comunismo do leste europeu, a globalização da economia gerou o enfraquecimento das fronteiras do Estado moderno e, por conseguinte, uma relação de interdependência entre eles. Estados são obrigados a se reunirem em grupos, fronteiras comerciais desaparecem e a moeda nacional é gradativamente substituída por outro instrumento de troca. O próximo passo é a execução de uma política de alinhamento não mais de países, mas de grupos. Também o princípio da voluntariedade da sujeição às normas internacionais se encontra enfraquecido pela incorporação dos Estados por organizações comunitárias transnacionais que pressupõe uma limitação da soberania praticamente irreversível.

Nesse contexto, o poder destrutivo das armas nucleares, a destruição do meio ambiente, o aumento das desigualdades e da miséria, os conflitos étnicos tornam o equilíbrio internacional cada vez mais improvável. O fim da bipolaridade, a crescente interdependência econômica, política, ecológica e cultural aproxima o mundo. Por outro lado, a transferência das funções dos Estados para instituições extraestatais como a União Europeia, ONU, organizações internacionais, empresas transnacionais, comprovam que o Estado é hoje grande para as coisas pequenas e pequeno para as coisas grandes.¹⁴

A soberania sempre esteve baseada na ideia de territorialidade, limitada por suas fronteiras geográficas. Com a globalização, o controle territorial de bens, capital, serviços e pessoas se torna cada vez mais difícil. As múltiplas questões do mundo atual ultrapassam as barreiras do Estado, gerando uma interdependência de fato. A globalização originou uma nova concepção de soberania de acordo com os interesses liberais do mercado, ligada principalmente aos seguintes fatores: o fim dos países socialistas do leste europeu e o conseqüente desaparecimento do bloco de oposição à mundialização da economia de mercado e do capitalismo; e o grande desenvolvimento tecnológico e científico dos meios de comunicação e dos ambientes virtuais adotados pelas instituições financeiras e pelos operadores do comércio

¹² REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹³ PERINI, Raquel Fratantonio. A soberania e o mundo globalizado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 76, set. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4325>. Acesso em: 20 mar. 2009.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

internacional¹⁵. Destarte, o aperfeiçoamento das capacidades técnicas de transporte e comunicação; a explosão de grandes massas monetárias e de crédito que escapam ao controle do Estado; a explosão das necessidades, através do aumento da demanda e da oferta com o crescimento das empresas e sua internacionalização; o endividamento dos Estados; a ampliação e aceleração das transações financeiras; a desregulamentação que facilita a circulação de capitais e serviços e promovem espaços alargados de concorrência; e a globalização das empresas, que consiste em uma fase de internacionalização para o mundo inteiro ou pelo menos para mercados estratégicos, constituem características da mundialização¹⁶, que implicam o enfraquecimento dos poderes dos Estados soberanos e a expansão dos poderes das transnacionais, tendentes à criação de um mercado livre global completamente desordenado.¹⁷ Esse processo de diminuição das distâncias globais aliado ao constitucionalismo mercantil global, ou seja, ao neoliberalismo, não direcionado a controlar poderes, mas a liberá-los, ocasiona uma dependência nunca imaginada das sociedades nacionais às empresas financeiras transnacionais, a tal ponto que qualquer manifestação dessas companhias sobre crédito ou risco provoca crises para o Estado.

A doutrina da paz pelo consenso, da livre empresa, da livre circulação de pessoas, mercadorias e capitais torna impossível estruturar uma política industrial, financeira, de defesa, baseada na soberania clássica.¹⁸ Além disso, surgem os problemas globais¹⁹ que escapam ao controle dos Estados, uma vez que apresentam vários aspectos e não podem ser resolvidos ou pelo menos controlados senão a escala planetária. A destruição da camada de ozônio, as mudanças climáticas, o desenvolvimento com a industrialização e poluição, o controle dos recursos que são finitos, o tráfico de drogas, de seres humanos, o terrorismo, o mercado global desordenado, são exemplos de questões globais que também demonstram a interdependência e a necessidade de ação conjunta dos Estados.

Nesse contexto, o sistema internacional anárquico começa a ser substituído pela interdependência complexa entre os Estados. O poder incontestável, tanto interna como externamente, considerando a convivência pacífica entre os Estados, está desconexo com a realidade, devido a intensificação dos acordos internacionais, da formação de blocos, do poder das transnacionais, do surgimento de organizações internacionais e demais considerações da nova ordem mundial. Destarte, a soberania analisada internamente apenas permanece no que se refere à organização da sociedade para obtenção do bem-comum, uma vez que o Estado é fonte de suas próprias leis, todavia, a soberania externa moderna esta fenecida, diante da sua coexistência com uma pluralidade de Estados, apenas podendo ser percebida como elemento característico da autonomia do Estado.²⁰ Tanto no plano prático como no plano teórico a soberania está a sucumbir. No plano teórico, ambas as dimensões, interna e externa, da soberania fenecem ao encontrar o direito, uma vez que ela é a negação deste, é a ausência de regras e limites. No plano interno, a antinomia resolveu-se com o surgimento do Estado Democrático de Direito.

O século XXI começa com uma preocupação pela vida humana que contrasta idealmente com o século XX, visto como o século das violências, dos massacres em massa, dos genocídios. O novo humanismo apoiar-se-ia no direito e na possibilidade dada a todos os homens de

¹⁵ CRUZ, Paulo Marcio. *Soberania e superação do Estado constitucional moderno*. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_paulo_marcio_cruz.pdf.

¹⁶ DEFARGES, Philippe M. *Mundialização, o fim das fronteiras*. Instituto Piaget, 1993.

¹⁷ GRAY, John. *Falso amanhecer*. Gradiva: Universidade Aveiro, 2000.

¹⁸ MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁹ DEFARGES, Philippe M. *Mundialização, o fim das fronteiras*. Instituto Piaget, 1993.

²⁰ FERRER, Walkiria Martinez Heinch; SILVA, Jacqueline Dias da. A soberania segundo os clássicos e a crise conceitual na atualidade. *Revista Argumentum*. v. 3. Marília: Unimar, 2003.

perseguirem judicialmente os culpados de exações.²¹ A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem transformaram o estado de natureza das relações internacionais em estado civil, uma vez que a soberania externa dos Estados passa a se subordinar juridicamente ao imperativo da paz e à tutela dos direitos humanos, equivalendo a um contrato social internacional, no qual o direito internacional transforma-se de sistema de pactos em um ordenamento jurídico supraestatal com normas cogentes, ou seja, vinculantes para os Estados-membros²². Estas declarações, ao reconhecer direitos humanos universais, que fundamentam a intervenção da comunidade internacional em qualquer lugar do mundo, e ao estabelecer crimes de competência de Tribunais internacionais, restringiram a soberania dos Estados. Entretanto, a ONU ainda é condicionada pela soberania dos Estados através do veto de ingerência da Organização nas questões internas de qualquer Estado. Ainda não há também hierarquia entre as normas de direito internacional e a subordinação existente entre o Estado e indivíduos, na ordem internacional, é substituída pela coordenação, que orienta a frágil convivência pacífica das soberanias, uma vez que sem uma autoridade central provida de força coercitiva, o sistema de sanções é precário e deficiente. Destarte, a igualdade soberana entre todos os Estados é um postulado jurídico que se depara com a desigualdade de fato, explicitada com limpidez na impossibilidade de aplicação de qualquer sanção aos Estados que possuem o poder de veto no Conselho de Segurança da ONU. Nesse sentido, a capacidade de desrespeitar os direitos humanos permanece diretamente relacionada com o poder do Estado desrespeitador, enquanto Estados economicamente mais fracos cedem às recomendações dos Estados dominantes sob pena de embargos ou retaliações²³. Ou seja, enquanto não houver uma comunidade internacional fundada numa ciência jurídica internacional independente, autônoma e com poder coercitivo, abusos e injustiças continuarão acontecendo no campo das relações de forças entre os Estados e a paz ainda estará confiada ao domínio soberano das potências. O dilema da segurança teorizado por John Herz persistirá enquanto houver Estados soberanos que não se subordinem a uma autoridade superior.

Através do fenômeno de integração em comunidades supraestatais, o Estado perdeu a competência para deliberar acerca de seus próprios interesses, ao transferir para instituições de natureza supranacional o poder de normatizar, executar e julgar determinados assuntos que sequer estão enumerados taxativamente. O processo de transformação da Comunidade Econômica Europeia em União Europeia foi realizado através da cessão de competências pertencentes aos Estados-membros, numa demonstração de perda da soberania. Deste modo, poderes antes atribuídos ao rei, à nação, ao povo ou ao Estado, atualmente, estão transferidos para outras esferas,²⁴ e um exemplo dessa força integradora vinculante são as reformas constitucionais que obrigam os Estados a alterarem suas próprias Constituições para adaptá-las a processos de integração. Surge então o Direito Comunitário com ordenamento jurídico e instituições próprias, organizados e coerentes, como meio de atenuar os efeitos da globalização e que pode conduzir a um constitucionalismo global²⁵ ou para universalização do Estado, uma vez que a vida da comunidade internacional exige que o Estado moderno se adapte aos supremos interesses da humanidade.²⁶

²¹ D'ALMEIDA, Fabrice. *Breve história do século XXI*. Lisboa: Teorema, 2008.

²² FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²³ PERINI, Raquel Fratantonio. A soberania e o mundo globalizado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 76, 17 set. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4325>. Acesso em: 20 mar. 2009.

²⁴ CRUZ, Paulo Marcio. *Soberania e Superação do Estado Constitucional Moderno*. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_paulo_marcio_cruz.pdf.

²⁵ QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004.

²⁶ PERINI, Raquel Fratantonio. A soberania e o mundo globalizado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 76, 17 set. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4325>. Acesso em: 20 mar. 2009.

Até mesmo a ideia de nação como fundamento humano e cultural do Estado moderno está se desconfigurando, uma vez que o grupo homogêneo com características socioculturais ou religiosas comuns está desaparecendo diante da intensificação dos movimentos migratórios e do reconhecimento ou proclamação da pluralidade cultural e não-discriminação como pretensões do próprio Estado Constitucional, que se torna então cosmopolita. Por conseguinte, a referência à nação apenas pode ser entendida como referência à nação jurídica, caso contrário, o princípio da autodeterminação nacional induzirá ao conflito, na medida em que sua interpretação de questões étnicas se torna incompatível com a diversidade presente na maioria dos Estados.²⁷ Ademais, a mundialização, internacionalismo e interdependência gerais estão a fazer aparecer afinidades novas com o nome de grandes espaços, os quais podem fazer nascer novas espécies de solidariedades que releguem para segundo plano a nação, produto cultural e elemento ideológico do Estado.²⁸

Por todos esses fatores a soberania hoje é limitada, partilhada ou parcial, contraditoriamente a sua própria definição moderna, que jamais consentiria que fosse restringida. O paradigma da soberania que transformava o poder estatal em poder supremo, exclusivo, irresistível, único criador de normas, detentor do monopólio do poder de coação física e único ator internacional atualmente está desfeito.

3 Novas Perspectivas

Para Hedley Bull, a ordem mundial é mais ampla, fundamental e importante do que a ordem internacional, porque as unidades primárias da grande sociedade humana não são os Estados, que são apenas um componente, mas os seres humanos individualmente e cuja meta é atingir a ordem no conjunto da sociedade reunindo toda humanidade.²⁹ O sistema internacional moderno reflete os três elementos da tradição hobbesiana, kantiana e grociana, quais sejam, a guerra e a disputa pelo poder entre os Estados; o conflito e a solidariedade transnacionais; e a cooperação e o intercâmbio entre os Estados. Na atualidade, falta uma autoridade central, um governo supremo ou um grau de solidariedade entre os Estados que viabilize uma justiça cosmopolita ou mundial, que procura definir o que é certo e bom para o mundo todo, para uma sociedade imaginária a que pertenceria todos os indivíduos e que promoveria o bem comum mundial. Essa ideia de bem comum mundial não está relacionada com os objetivos e valores comuns da sociedade de Estados, mas da sociedade universal que reúne toda a humanidade, como a proteção a vida humana no planeta, a distribuição mais equitativa da riqueza, garantindo um padrão mínimo de riqueza e bem-estar aos membros da sociedade humana, a solidariedade entre os seres humanos para enfrentar desafios ecológicos ou ambientais. Entretanto, a ordem internacional é preservada por meios que ferem os princípios mais ordinários e universais da justiça internacional e seu contexto é bastante desfavorável a implantação de uma justiça cosmopolita, uma vez que a posição dos governantes como guardiães dos interesses de parcelas limitadas da humanidade impõe obstáculos à ideia de se verem simplesmente como conjunto de agentes responsáveis pela realização do bem comum mundial³⁰. Assim, o mito kantiano de uma aliança entre Estados republicanos, cujo cidadão cosmopolita integra uma sociedade transnacional, ainda parece distante.

Encontrar uma nova forma de organização político-jurídica que compatibilize os efeitos da globalização econômica com a distribuição de riquezas, de justiça social e uma nova concepção da sociedade universal, deve ser prioridade, ou seja, precisa-se teorizar outro modelo

²⁷ GRIFFITHS, Martin. *Cinquenta grandes estrategistas das relações internacionais*. São Paulo: Contexto, 2005.

²⁸ MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

²⁹ BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. São Paulo: Universidade de Brasília, 2002.

³⁰ BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. São Paulo: Universidade de Brasília, 2002.

de Estado, fora dos paradigmas teóricos do Estado Constitucional Moderno Soberano, através da reconstrução do direito internacional, fundamentado agora na autonomia dos povos e na sujeição à lei dos organismos da ONU, que precisam ser reformados e democratizados. Um constitucionalismo mundial poderia assentar a humanidade como referencial unificador do direito e ser capaz de oferecer as garantias jurídicas de que as normas internacionais precisam para serem eficazes e garantirem a paz e os direitos humanos, recuperando a dimensão normativa e axiológica da ciência jurídica internacional.³¹ A paz pelo direito tem o objetivo nunca alcançado de referir a Ordem a valores essenciais de justiça entre os povos e a sua observância ao consentimento dos Estados.³²

Até o século XX a humanidade jamais concebera a possibilidade da existência de uma sociedade universal. Todavia, a tendência que se verifica no século XX e confirmada no início do século XXI situa os atores internacionais na direção da crescente internacionalização das questões e no reforço dos mecanismos de coerção internacional.³³ Morton Kaplan estabeleceu o sistema universal como um modelo confederal que confere ao agente universal o papel central e exige uma grande homogeneidade do meio internacional e uma relação de solidariedade entre os agentes e o agente universal. Já o Estado universal objetivo, dos impérios, seria o sistema hierarquizado, com uma centralização maior do que a inspiração confederal.³⁴

Edward Carr, em 1945, no seu livro *Nationalism and after*, previa a criação de grandes organizações de Estados multinacionais e regionais, a fim de coordenarem melhor suas políticas e apoiarem um compromisso com a justiça social, no lugar do comunismo ao estilo soviético ou da “livre empresa” americana.³⁵ Philippe Defarges alega que seria possível o estabelecimento de um contrato planetário se os povos reconhecessem que, em lugar de se debaterem por uma partilha cada vez mais difícil dos recursos, ser-lhes-ia mais vantajoso geri-los em conjunto. Ainda mais ao se considerar, como defendia Robert Gilpin, que todas as hegemonias são transitórias, uma vez que os custos para mantê-las crescem mais rapidamente do que os recursos disponíveis para tal.³⁶ Entretanto, Robert Walker reconhece a crescente fragilidade do poder discursivo da soberania na era da globalização, mas não haverá um princípio constitutivo das relações internacionais substituto enquanto não se descobrir algum meio pós-moderno de superar as contradições do mundo moderno.³⁷

É possível que o movimento da globalização, com a intervenção de novos pressupostos democráticos, impulsione outras formas de integração que permitam o início de uma caminhada em direção a uma maior fraternidade universal e um desenvolvimento comum solidário.³⁸ Mesmo que se inicie com a formação de blocos, por proximidade territorial ou cultural, é importante que esse processo não esqueça o objetivo global, não como modo de imposição do mais forte, mas, pelo contrário, como forma de viabilizar a paz entre os povos.

3 Conclusão

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³² MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

³³ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

³⁴ MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

³⁵ GRIFFITHS, Martin. *Cinquenta grandes estrategistas das relações internacionais*. São Paulo: Contexto, 2005.

³⁶ DEFARGES, Philippe Moreaes. *Mundialização, o fim das fronteiras*. Instituto Piaget, 1993.

³⁷ GRIFFITHS, Martin. *Cinquenta grandes estrategistas das relações internacionais*. São Paulo: Contexto, 2005.

³⁸ CRUZ, Paulo Marcio. *Soberania e Superação do Estado Constitucional Moderno*. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_paulo_marcio_cruz.pdf.

Após o processo de descolonização do final do século XX, o paradigma vestfaliano se propagou pelo mundo. Todavia, o princípio de igualdade soberana entre os Estados é contradito pela concreta desigualdade de forças entre eles, o que traz o tema do fenecimento do próprio Estado moderno e a crise de legitimidade desse sistema de soberanias desiguais, enfatizados pela contradição entre a ideia de Estado Constitucional Moderno Soberano e a realidade de um mundo multipolar, no qual se produz uma crescente transnacionalização dos processos de decisão política, com fronteiras territoriais permeáveis e no qual os Estados deixam de serem os únicos atores.

A conjuntura atual com a emergência do unilateralismo da superpotência remanescente, mundialização das interdependências, globalização, redes transnacionais, problemas globais relacionados ao meio ambiente, direitos humanos, finanças, imigração, grandes espaços supranacionais, terrorismo global, em que os pequenos e médios Estados tornam-se Estados exíguos, as grandes potências abrigam-se nos grades espaços e a superpotência precisa do ressurgimento do multilateralismo, evidencia a necessidade de um paradigma político global que reinvente a governabilidade mundial, ao superar a anarquia madura que prevalece no sistema internacional.³⁹

Nesse contexto de fadiga e saturação do Estado Constitucional Moderno, faz-se necessário um processo de teorização destinado a suprir as lacunas da modernidade. Diante dessa realidade histórica, surgem utopias, como uma força inesperada que interroga o real em termos críticos,⁴⁰ mobilizadora e orientadora da práxis voltada para o surgimento de uma sociedade global baseada na autodeterminação dos povos, que vise à justiça social e ao bem comum da humanidade, que seja ordenada por um poder central autônomo, com força coercitiva que limite o poder soberano dos Estados. Talvez surja uma nova sociedade transnacional que substitua a atual sociedade anárquica de Estados soberanos, em que haja solidariedade e fraternidade entre os povos com o desaparecimento das fronteiras econômicas, sociais, raciais, políticas e culturais, que busque minimizar a diferença de poder nas relações internacionais, moderar os conflitos de interesse e garantir a paz. Se será através de um Estado universal, de um constitucionalismo global, da reformulação da ONU, de um sistema universal confederal de blocos ou Estados, de um pacto planetário, ou de outro modelo não imaginado, somente o tempo longo das relações internacionais poderá revelar, entretanto apenas há uma certeza: neste novo modelo a soberania moderna absoluta terá fenecido.

³⁹ MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

⁴⁰ ROCHA-CUNHA, Silvério da. *O improvável que aconteceu e outros estudos em torno de dilemas do direito e da política numa era global*. Ribeirão: Húmus, 2008.

AS NEGOCIAÇÕES ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E MERCOSUL

Larissa Muñoz Punzano⁴¹

Resumo

Esse trabalho discute as negociações entre União Europeia e Mercosul, bem como analisa a importância da República da Hungria neste contexto. O país demonstra estar propenso ao acordo, pois isso proporcionaria expansão dos mercados consumidores húngaros. Se destaca também que nesse sentido, a Hungria já iniciou relações diplomáticas com o Brasil a fim de expandir o intercâmbio comercial entre os dois países. Inicialmente, o processo de integração se dá durante os anos 90, onde explica-se como essa época influenciou a criação de vários blocos, destacando a criação da União Europeia e do Mercosul enfatizando os seus avanços e desafios.

Palavras-chave: Integração Regional. Acordos Comerciais. Hungria. União Europeia. Mercosul. PAC.

1 INTRODUÇÃO

Com dados nas informações descritas no documento abaixo em relação à formação do setor econômico e industrial da Hungria, é possível analisar em qual área o país é mais desenvolvido a ponto de não precisar, de imediato, da decisão e da ajuda de outros países no próprio meio econômico.

A Hungria é praticamente um país independente em meio às duas citações acima. O país tem a capacidade de produzir sua própria economia agrária que acaba sendo necessária para o auxílio e a ajuda de outros países, tanto da Europa como nos outros países vizinhos, também é capaz de gerar grandes lucros no setor industrial produzindo e adquirindo um acordo com a Alemanha por meio de assuntos automobilísticos, como a produção de peças e matérias primas para a fabricação e criação de veículos.

Como a economia agrária é o ponto forte do país húngaro, o mesmo se juntou à “Política Agrícola e Comum” (PAC), um setor financiado por outros países como a Alemanha, França, Portugal e Grécia com o objetivo de garantir uma melhora no setor agro econômico desses países. Por meio desses acordos, a Hungria tem uma grande importância na Europa, fazendo assim, parte da União Europeia, onde acordos são formados pelo interesse de países como o Cone Sul da América Latina e como o órgão responsável pelo Comércio Internacional, a OMC.

O grande interesse desses acordos e negociações é de que haja uma maior integração entre os dois blocos econômicos, fazendo com que futuramente a economia mundial possa fluir com uma maior naturalidade dentro dos setores propostos nesse meio. Porém para que isso ocorra é necessário que deixe de existir algumas barreiras comerciais que acabam impossibilitando o mercado internacional de seguir livremente com os acordos econômicos e com o que seria necessário para a integração dos blocos.

Contudo, os acordos e as negociações relatadas pelos blocos econômicos não contam com o setor securitário, isso é, não tratam de modo geral sobre a segurança

⁴¹ Graduanda em Direito na Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE).

dos países envolvidos, o que causa uma preocupação, já que a Hungria é um país com um baixo índice militar e sua segurança nacional não é, e nunca foi de grande importância para o país. Sendo assim o país está mais propício a ataques militares, porém tendo a possibilidade de concretizar certos acordos econômicos e tendo uma maior afinidade com os países, seria possível que a Hungria solicitasse ajuda militar desses países para uma maior segurança política militar.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DO MERCOSUL E UNIÃO EUROPEIA: O NOVO REGIONALISMO

O Acordo-Quadro Inter-regional realizado entre União Europeia e Mercosul representa uma tentativa de integração entre duas regiões que têm características distintas. O Mercosul e a União Europeia foram criados em um mesmo período histórico, na época do novo regionalismo dos anos de 1990. Esse período é marcado pela a criação de vários blocos econômicos com diferentes graus de integração, isso se deu em consequência do fim da URSS e a queda do socialismo, bem como a realização do Consenso de Washington que incluiu a importância do liberalismo econômico numa nova ordem mundial marcada pelo surgimento da globalização.

A interdependência econômica, política e cultural da globalização era algo extremamente novo numa época em que o poder dos Estados se pautava em força militar e desejo por conquista de territórios, ideia bastante difundida pelos geopolíticos clássicos. A partir de 1990, o poder militar deixa de ser a única preocupação de um Estado passando a englobar também o poder econômico. E nesse novo cenário marcado pela difusão do liberalismo econômico:

Os países abandonam práticas intervencionistas e estatizantes voltadas para a expansão do mercado interno e do capital nacional, que são características dos anos sessenta e setenta, e adotam, em contraposição, políticas neoliberais que transferem para o mercado, principalmente aos setores exportadores, a tarefa de promover o desenvolvimento (LIMA e COUTINHO, 2005, p. 4).

O Estado foi perdendo sua capacidade de controle em várias áreas, encontrando dificuldades na inserção do comércio internacional, por isso “a integração regional tem sido apontada como viés à superação das muitas dificuldades que afligem o Estado moderno” (CARVALHO, 2002, p. 32).

É, portanto, em consequência desse novo cenário que a formação de blocos econômicos como o Mercosul e a União Europeia são criados quase no mesmo momento com a finalidade de proporcionar a inserção dos Estados no comércio internacional, bem como aumentar a competitividade e desempenho da economia. A seguir, abordaremos o processo de formação de cada bloco para entendermos as motivações e os impasses nas negociações entre Mercosul e União Europeia.

A União Europeia foi criada a partir do Tratado de Maastricht estabelecendo uma união monetária a qual se caracteriza pela adoção de uma moeda e uma política monetária comum na região. Muitos estudiosos consideram esse o último estágio de integração, o que demonstra a importância da UE como um modelo para o mundo.

No entanto, o atual estágio de integração não ocorreu de forma instantânea e o sucesso dessa se deve a um forte sentimento de identidade europeia que é bem mais antigo do que o processo de integração. Iniciado através do Império Romano, numa época em que os romanos se identificavam como um povo civilizado e superior, esse conceito de Europa como unidade política e cultural, não perdeu força com o

tempo e possibilitou que essa ideia de unidade europeia fosse formalizada. Isso se deu com a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço em 1951.

Outros tratados foram feitos aumentando o nível de integração da região. Além disso, o bloco possibilitou a adesão de novos países. Em 1981 a Grécia se tornou membro da Comunidade Europeia, anos depois foram Portugal e Espanha. A adesão desses países contribuiu para a implementação da democracia, sendo esta um pré-requisito para se fazer parte do bloco. Em 2004, novas adesões ocorreram e nesse aspecto destacamos a incorporação da Hungria à União Europeia.

O país se industrializou bastante enquanto ainda era um satélite da URSS. Isso possibilitou que se tornasse um grande exportador de máquinas e automóveis para países como Alemanha, Reino Unido e França. A incorporação do país à economia de mercado após o fim da URSS não foi marcada por muitas dificuldades, sendo a Hungria considerada um dos países que melhor se recuperaram com o fim do bloco soviético. A adesão da Hungria junto com outros países do leste europeu significou o fim do conflito entre o leste e oeste, sendo mais um elemento de fortalecimento da região.

Num contexto semelhante ao da União Europeia, surge o Mercosul (em 1991), através do Tratado de Assunção. O bloco então formado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai tinha o objetivo de uma integração essencialmente política, porém na prática tratou na maioria das vezes de questões econômicas. O Mercosul é visto, muitas vezes, como uma forma de superação das disputas hegemônicas entre Brasil e Argentina desde as suas independências. A rivalidade entre os dois países só foi amenizada a partir de 1970, quando a mudança da política externa de ambos possibilitou a formalização de um acordo bilateral e em 1990 se criou o Grupo Mercado Comum.

Apesar do caráter bilateral, Uruguai e Paraguai demonstraram interesse em fazer parte desse grupo. Um ano depois, os quatro países criaram o Mercosul, que influenciado por fatores exógenos, visava aumentar suas forças frente às negociações internacionais. Atualmente o Mercosul sofreu algumas mudanças, recentemente o Paraguai foi suspenso do bloco após um impeachment no país, os três outros membros do Mercosul afirmaram que o novo governo paraguaio era antidemocrático. A democracia é também um dos pré-requisitos para a participação do bloco de acordo com o Protocolo de Ushuaia de 1998. Este determina a suspensão dos direitos do Estado membro que tenha rompido com a ordem democrática após uma fase de consultas entre os membros. Essa cláusula também foi criada na União Europeia e na OEA. Além disso, a Venezuela foi promovida a Estado membro após a suspensão do Paraguai, único país que rejeitava essa hipótese. Há, portanto, um período delicado no interior do bloco.

Tendo em vista a criação da União Europeia e do Mercosul, percebemos que ambas as regiões realizaram um processo de integração, no entanto os resultados são distintos. Nesse aspecto, a Europa atingiu um enorme avanço de integração conquistando o estágio de mercado comum, sendo fruto do desejo europeu de superar o avanço dos EUA e a influência soviética na região. Ao passo que o Mercosul ainda é uma união aduaneira imperfeita por não conseguir resolver e eliminar as listas de exceções da “Tarifa Externa Comum” (TEC). A motivação de integração no cone sul tinha o objetivo de aumento de influência nas negociações internacionais e não como uma forma consciente de integração.

3 AS NEGOCIAÇÕES ENTRE UNIÃO EUROPEIA E MERCOSUL E A IMPORTÂNCIA DA HUNGRIA

Em 1995, a UE e o Mercosul firmaram o Acordo-Quadro de Cooperação Inter-regional servindo como base para a formação da Associação Inter-regional. O acordo tem o objetivo de criar uma zona de livre comércio entre as duas regiões, bem como reforçar as atividades de cooperação, destacando que alguns produtos negociados são sensíveis e estão de acordo com as normas da OMC.

Tanto a União Europeia como o Mercosul têm interesses mútuos nessa negociação, pois antes mesmo da criação do Mercosul, a Europa já tinha relações comerciais importantes com os países do cone sul. O Mercosul é extremamente atraente à UE sendo um excelente consumidor de produtos industrializados, e a União Europeia um grande consumidor de produtos agrícolas.

Em 2004 as negociações foram suspensas devido a divergências concernentes ao comércio e a entrada de novos países à UE. A suspensão das negociações demonstra alguns entraves que são facilmente identificados. Do ponto de vista dos países do Mercosul, uma das principais limitações para o estabelecimento de um acordo entre os blocos é o protecionismo europeu que consiste principalmente nos mercados agrícolas com a adoção de subsídios.

Os países europeus alegam que a falta de institucionalização e o estabelecimento do mercado comum são fatores que dificultam a conclusão da negociação. O entrave demonstra a diferença entre os dois blocos, sendo a União Europeia exportadora de produtos industrializados em sua maioria, e o Mercosul como bloco exportador de produtos agrícolas.

Nesse aspecto destacamos o perfil diferenciado da Hungria, sendo um país europeu, que se especializa na produção de máquinas e equipamentos, bem como possui quase autossuficiência no que se refere à produção agrícola, devido ao vasto território destinado a essa produção. Seu principal mercado é a Europa que consome os produtos de alto valor agregado húngaros.

Portanto, a negociação entre os dois blocos econômicos é defendida pelo país como uma forma de diversificação de mercado. Ainda mais com a crise do euro, a Hungria visa aumentar suas exportações, principal fonte do seu PIB, para os países do Mercosul. Atualmente, a Hungria vê com bastante entusiasmo a relação com o Brasil, apesar de ainda ter um intercâmbio comercial baixo.

O Brasil exportaria produtos semimanufaturados e manufaturados e a Hungria contribuiria com máquinas e diversos tipos de equipamentos. Embora o fluxo de intercâmbio comercial entre os dois países ainda seja baixo, já há propostas de reversão desse cenário. De antemão, percebemos que a Hungria não se posiciona contra o acordo, no entanto este apresenta fortes entraves, principalmente no que se refere à questão agrícola, nesse quesito a Hungria percebe a preocupação com as questões sanitárias, por isso adota barreiras não tarifárias sanitárias e fitossanitárias aos exportadores agrícolas.

Nesse quesito, destacamos que há assimetrias entre membros do mesmo bloco econômico, O Mercosul não possui uma política agrícola comum o que permite que cada país adote sua política.

É o que acontece entre Brasil e Argentina, o governo federal argentino adota políticas macroeconômicas que visam à redução da ajuda governamental à produção agrícola. O Brasil tem uma política macroeconômica contracionista, reduzindo a ajuda

aos agricultores, mas oferece isenção aos exportadores de soja e carne bovina ao pagamento do ICMS.

Nesse aspecto, vimos que os principais países do Mercosul pouco interferem na produção agrícola, diferentemente dos países da UE que adotam subsídios como forma de tornar mais competitivos seus produtos agrícolas no mercado internacional. Num acordo que propõe a criação de uma zona de livre comércio, é inconcebível que tal realidade se mantenha.

4 POLÍTICA AGRÍCOLA E COMUM

A política externa comum é formada por um conjunto de normas e mecanismos que buscam os procedimentos e as trocas de produtos agrícolas na União Europeia, ou seja, visa o desenvolvimento da agricultura na região, evitando assim, os problemas causados pela falta de alimentos que foram ocasionados pelo final da Segunda Guerra Mundial. Portanto era estabelecida uma segurança alimentar para a região.

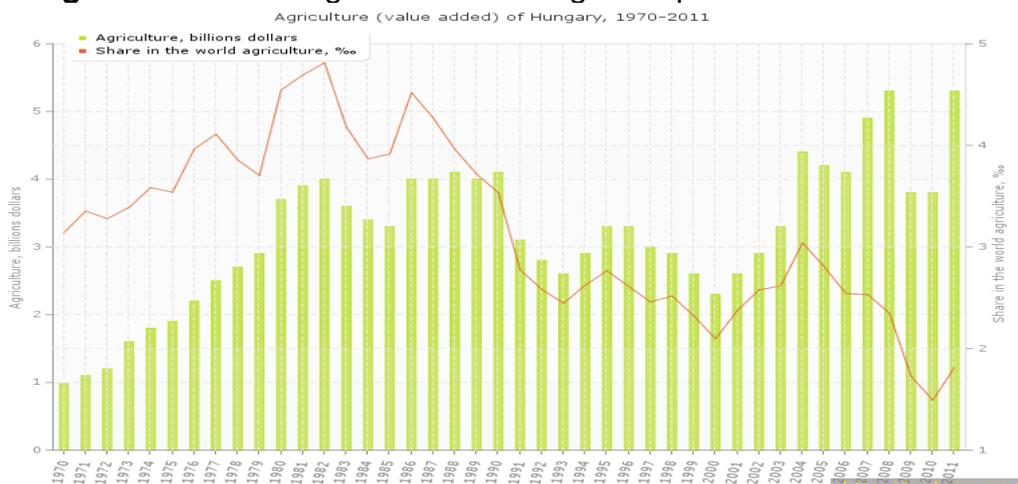
Seus objetivos são os de assegurar um nível de vida equitativo à população que vive em áreas rurais em relação às que vivem no meio urbano; incrementar a produção agrícola; estabilizar mercados e manter preços razoáveis aos consumidores.

A PAC é financiada pelo Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola (FEOGA) sustentada principalmente pela Alemanha e tendo a França e outros países como Bélgica, Portugal e Grécia como os mais beneficiados dessa política agrícola. O PAC desenvolve um papel de grande importância na organização da UE, por que aproximadamente 50% do orçamento do bloco é dedicado a sua execução.

Dessa forma é esperável a posição contrária dos países mais beneficiados com a PAC em relação às negociações com o Mercosul. Em 2004, novos países, como a Hungria, foram aderidos à UE recebendo do bloco cerca de 520 milhões de euros por ano para a agricultura. Por isso, mantém a posição favorável à manutenção da PAC, e acreditam que os setores agrícolas serão prejudicados com o acordo de livre comércio intrarregional.

Conforme vemos no gráfico abaixo, a partir de 2004, ano da adesão da Hungria à União Europeia, houve um crescimento significativo da produção agrícola húngara. Os anos posteriores apresentam uma queda, isso porque há uma forte correlação positiva entre a produção agrícola mundial e a produção da Hungria.

Figura 1: Valor da agricultura na Hungria no período 1970-2011.



De acordo com as regras do GATT, para a criação de uma área de livre comércio é necessária a eliminação das barreiras ao comércio de forma gradual. Em 1998, a Comissão Europeia afirmou que 14% dos produtos europeus eram sensíveis e que deveriam ser mantidos. Sob a regra da OMC até 15% dos produtos que estão dentro do intercâmbio entre as partes pode ser protegido por listas de exceções. No entanto, a manutenção destes se torna algo desfavorável para os países do Mercosul. As principais medidas protecionistas adotadas pela União Europeia são barreiras tarifárias, barreiras não-tarifárias e subsídios.

Para que os objetivos da PAC fossem atingidos, foi estabelecida a “Organização Comum dos Mercados Agrícolas” (COM), onde são definidas as regras comuns em matéria de concorrência, e busca a coordenação de várias organizações nacionais de mercado.

A OMC pode atuar viabilizando o mercado comum agrícola, eliminando obstáculos ao livre comércio intrarregional dos produtos agropecuários de forma que mantenha as barreiras aduaneiras comuns aos produtos dos países não pertencentes ao bloco.

O mercado agrícola comum pode ser caracterizado por três princípios: Mercado Unificado, que consiste na criação de mecanismos comuns do mercado intrabloco e livre circulação de produtos agrícolas. Preferência Comunitária, ou seja, preços vantajosos aos preços dos produtos importados onde os produtos agrícolas usufruem preferência, e solidariedade financeira, onde o orçamento comunitário dá suporte a todos os gastos resultantes da aplicação da PAC.

Esses princípios são caracterizados pela regra do mercado internacional e o livre comércio, porém existem situações em que os países devem se proteger deste comércio. As práticas que afetam o equilíbrio comercial podem ser desleais ou não. Quem produz bem um determinado produto, tem vantagem sobre os demais.

A posição dos países do Mercosul, bem como da maioria dos países subdesenvolvidos é a de que os países europeus adotem medidas protecionistas por meio de subsídios entre outras medidas, e dependendo da adoção destas, os países prejudicados podem acionar a OMC, como visto anteriormente.

Nas últimas décadas, foram feitos diversos ajustes na PAC, onde buscavam o equilíbrio do mercado, visando cuidar de setores problemáticos, ou seja, estudar soluções alternativas para o futuro da mesma.

Em 1988, o Conselho Europeu adotou um conjunto de reformas chamado de linhas diretrizes para as despesas agrícolas, cujo objetivo era reduzir a parcela destinada à PAC. Em 1990, mais duas reformas foram promovidas na política agrícola da UE: diminuição dos preços agrícolas e inclusão de novos países no bloco.

Com essas reformas da PAC, os agricultores da União Europeia, ficaram compensados pelo novo sistema adotado, que estabelecia ajudas diretas às suas rendas quando ocorresse a perda de receitas ocasionadas por recortes ou retiradas de terceiros de produção. Com isso, o setor agrícola tem apresentado melhores resultados, abrindo novas perspectivas.

Novas reformas já estão sendo cogitadas para a PAC, entre elas, a que permitirá melhorar a competitividade da agricultura europeia. Com isso, a PAC tem o objetivo de fazer uma política rural coerente.

Em 2001, a União Europeia determinou que caso o acordo intrarregional entre UE e Mercosul seja concluído essa promete a liberalização do setor agrícola em seis grupos.

Tabela 1: Grupos de produtos e seus tipos de tarifas.

Grupo	Produtos Liberalizados	Tratamento
1º	Frutas tropicais frescas, laranjas e limões, óleos vegetais (exceto azeite de oliva) maçãs e peras e algumas essências.	Isenção total de tarifas a partir da entrada em vigor do acordo de livre comércio.
2º	Flores, plantas, palmeira, cebola, alho, uvas, ameixas, melões, figos, morangos, frutas secas, carne de cavalo, óleos de milho, girassol.	Prazo de quatro anos para zerar as tarifas
3º	Sucos de frutas, carne processada, miúdos, folhas de salada, laranjas, frutas e vegetais processados.	Prazo de sete anos para zerar as tarifas
4º	Mel, carne de porco, carnes enlatadas, suco congelado de laranja e suco de maçã.	Prazo 10 anos para zerar as tarifas
5º	Setor de bebidas alcoólicas	Depende de um acordo de reconhecimento de denominações de origem
6º	Carne, frango, tabaco, açúcar, cereais, arroz, óleo de Olívia, laticínios e frutas processadas.	Continuariam a com suas tarifas

Fonte: SAVINI, 2001.

Conforme visto na tabela, o sexto grupo engloba os produtos importados do Mercosul que continuariam tendo barreiras tarifárias, pois são considerados produtos extremamente sensíveis pelos europeus. Esses produtos representam apenas 10% do intercâmbio comercial entre União Europeia e Mercosul, o que segundo as regras da OMC é permitido.

A Hungria sempre teve na agricultura um dos seus principais setores econômicos, destacando-se: trigo, milho, semente de girassol, batata, beterraba, suínos, bovinos, aves, produtos lácteos. Quase 90% do seu território é plano e possui terras férteis, fazendo com que a mesma ganhasse espaço no setor agrícola. Dessa forma, a maioria dos produtos agrícolas produzidos pela Hungria estão no sexto grupo, o que significa que continuarão com suas tarifas não representando o acordo de livre comércio uma ameaça direta aos produtores agrícolas húngaros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *paper* visou tratar sobre as negociações entre União Europeia e Mercosul, bem como analisar a importância da República da Hungria frente a esse possível acordo. O país demonstra estar aberto a este, pois isso proporcionará expansão dos mercados consumidores húngaros. Destacamos também que nesse sentido, a Hungria já iniciou contatos diplomáticos com o Brasil, a fim de expandir o intercâmbio comercial entre os dois países.

Inicialmente, fizemos a apresentação do processo de integração durante os anos 90 e como essa época influenciou a criação de vários blocos, nesse ponto,

destacamos a criação da União Europeia e do Mercosul. Após a apresentação desse cenário, ilustramos o processo de negociação interblocos, destacando seus avanços e desafios.

Nesse ponto, a questão agrícola se apresenta como um grande entrave nas negociações, à dificuldade se dá porque os países da União Europeia adotam práticas protecionistas no que se refere à agricultura, o que prejudica os países do Mercosul, grandes produtores agrícolas. Do outro lado, os países da União Europeia alegam que os países do Cone Sul impõem barreiras aos produtos industrializados, como por exemplo, a adoção do IPI por parte do Brasil.

Em seguida, abordamos a questão do PAC na negociação e qual a posição da Hungria em relação ao tema. Concluindo, para que a negociação seja concluída muitas questões ainda devem ser resolvidas, nesse aspecto os entraves comerciais e as disparidades entre os membros dos dois blocos devem ser abolidos para uma área de livre comércio seja estabelecida entre os dois blocos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGROPORTAL. **A PAC DO PÓS 2013: CONTEXTO, DEBATES E EXPECTATIVAS**, 2013. Disponível em: <http://www.agroportal.pt/a/2010/acunha.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

ARQUIMIMO, L. **Geopolítica & Relações Internacionais**. Curitiba: Ed. Juruá, 2002.

EMBAIXADOR ACREDITA NO FORTALECIMENTO DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS E COMERCIAIS BRASIL-HUNGRIA. COMEX DO BRASIL, 09 jul 2013. Disponível em: <http://comexdobrasil.com/embaixador-acredita-fortalecimento-das-relacoes-economicas-comerciais-brasil-hungria/>. Acesso em: out, 2020.

FONTAINE, P. **A União Europeia**. Lisboa: Ed. Estampa, 1995.

LIMA, M. R. S.; COUTINHO, M. V. **Globalização, Regionalização e América do Sul**. In: **Análise de Conjuntura OPSA**, n. 6, 2005.

MAGNOLI, D. **União Europeia: História e Geopolítica**. São Paulo: Ed. Moderna, 1994.

RURAL, A.B. **ACORDO DE LIVRE-COMÉRCIO ENTRE MERCOSUL E EU FAVORECE A AGRICULTURA, DIZ AUTORIDADE**, 2013. Disponível em: <http://agricultura.ruralbr.com.br/noticia/2013/09/acordo-de-livre-comercio-entre-mercosul-e-ue-favorece-agricultura-diz-autoridade-4280879.html>. Acesso em: 16 out. 2020.

SAVINI, M. **As negociações comerciais entre Mercosul e União Européia**. Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 44, n. 2, 2001.

SOBER. **UNIÃO EUROPEIA E MERCOSUL: O SETOR AGRÍCOLA NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO INTER-BLOCOS**, 2013. Disponível em: <http://www.sober.org.br/palestra/12/03O167.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

U.E. **HUNGRIA**. In: União Europeia. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/hungary/index_pt.htm. Acesso em 15 out. 2020.

U.E. **UNIÃO EUROPEIA**. Disponível em: <http://pt.euronews.com/tag/uniao-europeia/>. Acesso em 23 out. 2020.

EL JUICIO POR JURADOS Y SUS POSIBLES BENEFICIOS PARA LA DEMOCRATIZACIÓN Y PUBLICIDAD DEL ACCIONAR DE LA JUSTICIA

Por Jorge O. Bercholc

Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica y Abogado, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma de postgrado en Procesos de Integración Regional y Relaciones Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado y de Posgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica, Universidad Abierta Interamericana.

El reimplantado debate sobre el instituto del juicio por jurados no parece haber ido mucho más allá de ciertas fórmulas rituales y lugares comunes ya expresados en otras épocas. A lo sumo se han oído algunas voces novedosas desde perspectivas constitucionalistas, pero poco se ha dicho sobre los potenciales beneficios que el procedimiento puede aportar a efectos de una mejora de la calidad democrática del accionar del poder judicial.

Desde un enfoque politológico y sociológico, el juicio por jurados puede ayudar a revertir y/o suplir algunos déficit democráticos y republicanos muy serios que presentan los procedimientos actuales en relación a: i) la **participación** ciudadana en la administración de justicia; ii) la **publicidad** de los actos de la jurisdicción y iii) la **representación** de los intereses diversos de la comunidad a través de un reclutamiento de jueces que responda eficaz y fielmente a clivajes variados, de género, estratificación social, de orientación ideológica, de lugar de procedencia.

1.- Juicio por jurados y Participación ciudadana en la administración de justicia.

La seria crisis de legitimidad institucional en las agencias de los tres poderes políticos en los que se divide funcionalmente la administración del poder estatal, requiere de decisiones audaces a efectos de su superación. No se trata ya de dar respuesta a vacías consignas y frases hechas de cuño democratista, que a la postre pueden generar problemas de gobernabilidad, dada la escasa capacidad de respuesta de un Estado en crisis, ante lo que eventualmente sería una ola creciente de demandas sociales y políticas.⁴² Se trata de procurar mecanismos eficientes para involucrar a los ciudadanos en las decisiones estatales. Así se puede aportar a la exigencia republicana de control de los actos de gobierno (en el caso las decisiones judiciales)

⁴² Para este análisis puede verse mi trabajo “Niveles de legitimación y expansión de la democracia en la Argentina”, en “Temas de Teoría del Estado”, Jorge O. Bercholc, ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.

desde dos clivajes diferentes pero íntimamente relacionados, la participación y la publicidad.

Para ello la participación concreta, activa y objetiva de ciudadanos comunes en la impartición de justicia a través de la conformación de jurados populares, que generaría el denominado juicio por jurados, ayudara a suplir la ajenidad y lejanía que se percibe por los ciudadanos respecto a los jueces, a las leyes y a la suerte de propios y extraños en los laberintos kafkianos de los tribunales.

La participación de ciudadanos comunes en las decisiones judiciales, los situará ante graves dilemas a los que están expuestos los jueces a diario, cuando deben decidir entre bienes jurídicos plausibles y tutelados por las normas, pero excluyentes entre sí, que requieren decisiones complejas, muchas veces resueltas por factores valorativos, culturales, morales y de percepción político-social diversa.

Los ciudadanos adquirirán súbita conciencia de las implicancias y tensiones que se afrontan al tomar decisiones judiciales sujetas a presiones, sociales, políticas, morales y ahora además, mediáticas.

La participación acortará la distancia de los jueces con los hechos sobre los que deben decidir, merced al aporte de los ciudadanos comunes. Estos resultarán factor coadyuvante para confrontar excesos tecnicistas, rigorismos formales, eufemismos encubiertos en el lenguaje críptico y hermético de las normas, los procedimientos y las sentencias. También para revertir las dependencias menos conocidas y más graves de los jueces. Dicho de otro modo, la falta de independencia respecto de la propia burocracia interna y la existencia de intereses corporativos propios de todo tipo de organización.⁴³

Esa participación no mediada, ni mediática, resulta una experiencia directa de los problemas que el poder judicial afronta en su tarea específica que, por supuesto, no garantiza ni mejores decisiones, ni más rápidas, ni más económicas, pero que sí proveerá a una mayor legitimidad del sistema, cuando observamos una seria crisis de dicho rubro en la actualidad.

No resulta poca cosa o una mera perla de discusión académica, el consenso que la población preste a cierto sistema político y a sus instituciones. La continuidad democrática de más de dos décadas en la región requiere respuestas sofisticadas y complejas que permitan una profundización de la participación de la ciudadanía, pero

⁴³ En este sentido Robert Michels en “Los Partidos Políticos” ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1979. Michels con su idea de “la ley férrea de las oligarquías” sostenía que toda organización se burocratiza y su cúpula tiende a oligarquizarse generando intereses y perspectivas propias que requieren estrategias y lenguaje que no resultan identificables ni coincidentes con los de sus representados. La cuestión de la independencia de la justicia no sólo debe abordarse respecto de los otros poderes políticos del Estado. La justicia puede ser dependiente, en el mal sentido, del clamor de la mayoría descuidando a las minorías o de intereses poderosos de ciertas minorías descuidando a las mayorías populares. También algunos autores sostienen que la dependencia interna de la propia estructura judicial es un problema casi mayor que el de la relación con los órganos políticos. En este sentido Zaffaroni en “El poder judicial y el poder” en El sistema penal argentino, pág. 48, Ad hoc, 1992. Binder en “Independencia judicial y delegación de funciones”, pág.305, hace referencia a la dependencia de la justicia de su propia estructura burocrática interna, existente en los propios juzgados dada por la excesiva carga de trabajo y por la rutina del mismo.

de una manera eficiente y comprometida que, a la vez, no ponga en juego la legitimidad del sistema. Ello se consigue con un compromiso responsable a través de la apertura institucionalizada de canales participativos para la ciudadanía. El involucramiento ciudadano en la administración judicial, puede abrir un horizonte nuevo y superador de la mera crítica y de la manifestación de descontento por el accionar judicial.

Además el juicio por jurados, aporta una doble vía participativa. Los denominados procesos de “judicialización de la política” y/o “politización de la justicia” parecen estar demostrando un comportamiento de redescubrimiento por los ciudadanos de la existencia del poder judicial y de su actividad jurisdiccional, como herramienta eficaz para la solución de conflictos de todo tipo, tanto en el ámbito del derecho público como privado. Entiéndase, no sostengo que la justicia en su estado actual esté en condiciones de resolver todo tipo de problemas, si no que, la ciudadanía está dispuesta a utilizar las vías judiciales para todo tipo de reclamos, lo que resulta novedoso pues es demostrativo de la legitimación alcanzada por el sistema. Tal comportamiento no deja resquicio para que los reclamos se realicen a través de formaciones o metodologías por fuera del sistema, con el riesgo de su crisis por carecer de consenso suficiente. Esta es una de las vías participativas, la que se genera por la creciente participación y mayor cantidad de demandas de la población a través de los canales institucionales que provee el poder judicial. La otra vía es la que puede generarse con el juicio por jurados. La ciudadanía asume así un segundo rol, el de ser parte del acto gubernamental y jurisdiccional de aplicación de la coacción estatal.⁴⁴

2.- Juicio por jurados y Publicidad de los actos de la jurisdicción.

Si la participación hace su aporte a fin de suplir déficit democráticos; la publicidad en los juicios y del accionar judicial resulta vital para el control popular de las decisiones de las distintas agencias judiciales.

Sin embargo debemos advertir que el clivaje “publicidad” de los actos judiciales presenta serios problemas, que salvo excepciones, han sido superficial y equivocadamente tratados. Así se confunde a la publicidad de los actos procesales (el acceso público a los mismos a fin del control popular), con la visibilidad y transparencia (verlo todo, mostrarlo todo) que se les atribuye a los medios de comunicación masivos, en particular a la televisión.

¿Responde el discurso audiovisual televisivo, y su propia y particular sintáxis, a las exigencias de “publicidad” de nuestros códigos procesales? Es obvio que nuestros codificadores, cuando se preocuparon por tal cuestión, no conocían las futuras evoluciones de los medios electrónicos audiovisuales.

⁴⁴ En este sentido señaló Nino, que "el jurado tiene un enorme valor como expresión de la participación directa de la población en el acto de gobierno fundamental que es la disposición inmediata de la coacción estatal" Fundamentos de derecho constitucional, p. 451

Sin embargo muchas sentencias judiciales argumentan equiparando la publicidad que exigen los procedimientos legales con la visibilidad que se puede obtener a través de los medios audiovisuales. Muchos jueces desde una posición soberbia e ignorante, se expiden sobre dichas cuestiones sin requerir la opinión de expertos semiólogos o licenciados en comunicación social o especialistas en temas de opinión pública y medios de comunicación.

La percepción de la realidad mediada y construida por los medios masivos a la que acceden los ciudadanos, está sometida a particularidades de tal complejidad que guarda escasa relación con la experiencia directa que con los hechos se tiene cuando estos son conocidos sin dicha mediación.

De allí que el discurso audiovisual propio de los medios de comunicación electrónicos como la televisión, no pueda articularse mecánicamente con el concepto de publicidad de los actos procesales que exigen los códigos de procedimiento, desde que su sintáxis y características técnicas no resultan compatibles y en todo caso requerirán para su plena comprensión de una suerte de nuevo proceso de alfabetización respecto a sus modos y reglas discursivas.

El medio audiovisual genera un tipo especial de relación discursiva, dado el carácter **indiciario** y/o **iconográfico** de los signos propios de su sintaxis, donde se impone la imagen y lo videográfico.

Un signo siempre representa algo para alguien, se reproduce por medio de signos materialmente diversos, a un objeto, de un modo tal destinado a la representación, a la reproducción. El signo es una construcción ficticiamente sustitutiva respecto a la realidad y vale “como si” fuera la misma realidad.

Para Peirce⁴⁵ y su conocida clasificación, hay tres tipos de signos: **El índice, el ícono y el símbolo.**

El **índice y el ícono** son signos cuyo significado se haya afectado y determinado por el objeto, no representan ni simbolizan al objeto, son el objeto, sin necesidad de decodificación, no requieren ningún esfuerzo de racionalización de los signos comunicantes. El índice implica una relación de contigüidad o de continuidad con el objeto representado, es la imagen del propio objeto. El índice corresponde a un efecto mecánico, la captura automática y motivada de la imagen del objeto reproducido.

El icono se haya respecto del objeto en una relación de analogía, se parece al objeto representado como un cuadro o un mapa.

La representación indicial no requiere del ejercicio de la conceptualización, la abstracción y la racionalización, en rigor representa y reproduce poco como construcción sustitutiva de la realidad. Prácticamente materializa lo que muestra.

La representación indicial a la cual pertenecen lo videográfico y la representación audiovisual televisiva accede al sistema nervioso central, directamente como hecho consumado. La velocidad, la simultaneidad, la sensación vertiginosa producida por la ruptura de la estructura espacio-temporal que logra la representación indicial-televisiva, contribuye a una forma de interpretación procesada y unificada, en cierto

⁴⁵ He seguido en las citas sobre Peirce a Armand Mattelart en “Historia de las teorías de la comunicación”, pág.26, 1997, Paidós; y a Umberto Eco en su Tratado de Semiótica General, 5º edición, 1995, Ed. Lumen, Barcelona.

modo irracional y automatizada, donde se carece de sentido interpretativo o donde la interpretación posible ya ha sido efectuada y premoldeada.

La rapidez y la simultaneidad proveen de credibilidad y legitimidad al mensaje masivo. Los medios audiovisuales han suprimido la **estructura clásica espacio-temporal**, permiten a los hombres estar allí donde ocurren los hechos, **simultáneamente** con los acontecimientos, “en vivo y en directo” y **percibir el suceso a través de su propia imagen y su propio sonido, no a través de un símbolo o conjunto de símbolos que los representan.**

Para ello resulta funcional una técnica extrema de fragmentación, el formato de videoclip. Se trata de una mezcla de brevedad con rapidez, las imágenes son cortas, altamente fragmentadas, pueden contar historias en sentido tradicional o mediante la superposición y mezcla de imágenes articuladas artificialmente, sin una secuencia lógica o cronológica. Se trata de una narración acelerada, hiperveloz, pero no en cámara rápida, sino en otro tiempo, un tiempo que desafía los cánones tradicionales de la percepción, de la lectura, de la recepción.⁴⁶

La etimología de la palabra simulación nos remite a la raíz “simul” que significa juntamente. Una acción de simulación cuanto más simultáneamente sea transmitida, tanto mejor para que sea creída.

La representación, la reproducción de un objeto a través de un signo, implica “**simulación**”, que además de reproducir, representar e imitar también significa, *fingir, engañar, mentir.*

De esta manera, los distintos signos que contribuyen a dar significación a un proceso comunicacional como medio para representar y reproducir ideas resultan el arte de la simulación, el medio por el cual, también se sabrá mentir engañar, fingir o montar una estratagema.

“El simulacro, la construcción ficticiamente sustitutiva respecto a la realidad vale como la misma realidad, sobre todo si le es contemporánea o si sus tiempos de aparición están de todos modos estrechamente coligados con los del objeto sustituido.”⁴⁷

La semiología se haya siempre implicada en problemas de simulación, la semiología es necesariamente simulación, en el sentido de disciplina que estudia todo lo que se puede usar para reproducir y representar y también para simular en el sentido negativo del término, tendiendo a persuadir a los receptores respecto de significados falsos, interesados o mentirosos. De este modo la semiología también estudia todo lo que puede usarse para mentir, Umberto Eco la cataloga como una “Teoría de la mentira”.⁴⁸ Sin embargo la relación semiológica generada por una representación indicial produce una fuerte sensación de certeza, de verdad, respecto de lo que se está viendo. Se ha dicho que “la fuerza de una imagen vale más que mil palabras.”

A poco de analizar las características sintácticas y de internalización de un discurso audiovisual, observamos su incompatibilidad y dificultad de articulación con el discurso jurídico y con todo lo que a través del mismo se produzca. Por supuesto incluimos todo acto procesal que requiere de la publicidad prescripta normativamente, pero que

⁴⁶ Cfr. Damián Tabarovsky , en La estética del videoclip, en Clarín , suplemento cultural setiembre de 1995.

⁴⁷ Gianfranco Bettetini, “Por un establecimiento semio-pragmático del concepto de simulación”, compilación de A. Vachieri, El medio es la T.V., ed. La Marca, Buenos Aires, 1992.

⁴⁸ Umberto Eco, ob. citada , pág.22.

por definición no resulta ser la “publicidad” -en rigor la visibilidad y transparencia- que otorgan los medios audiovisuales.⁴⁹

Es que las características propias del discurso jurídico y en general de todo proceso judicial están emparentadas a un proceso dialógico, racional, argumentativo y conceptualizador. Para ello se vale de un componente significativo fuertemente simbólico, de acuerdo a la tripartición de Peirce.

El **símbolo** es un signo convencionalmente asociado a su objeto, la relación entre objeto y símbolo es arbitraria. Como símbolos, la escritura, la palabra, el ejercicio de la lectura, implican un grado de abstracción, de racionalización y de comprensión del significado de los signos comunicantes que requiere del ejercicio del pensar, de la conceptualización, de la capacidad de abstracción, de mantenerse activo mentalmente.

Las evidentes incompatibilidades y contradicciones excluyentes entre la sintaxis televisiva y la judicial producen serios conflictos en la percepción ciudadana de la actividad jurisdiccional. Si la visibilidad y transparencia televisiva, que todo lo puede, logra “demostrar”(sic) en un programa de 30 minutos netos de duración la incontrastable “culpabilidad” de algún sujeto, hasta producir las pruebas autoevidentes de dicha culpabilidad merced a cámaras ocultas o algún otro efecto videoclíptico especial, para qué someternos a interminables, incomprensibles, y costosos procesos judiciales, que resultan mucho menos eficientes a tal fin. Es posible que en un grado importante, la crisis de legitimidad del poder judicial se relacione con estas equívocas sensaciones producidas por la visibilidad y transparencia televisivas, confundidas con la “publicidad” que se requiere de los actos procesales, y que insisto, no resulta compatible con el accionar mediático.

Pero, y el juicio por jurados, cómo se relaciona con tal cuestión? Pues la instrumentación de dicho instituto puede generar un modelo participativo que genere publicidad en sentido estricto, mediante el involucramiento directo de los ciudadanos en el proceso de impartir justicia, sin mediaciones, ni confusiones semióticas, ni internalizaciones incompatibles por el uso de un arsenal significativo (el discurso televisivo) no articulable con el objeto que se quiere “publicitar” (los procesos judiciales).

La tarea es absolutamente ardua y compleja. La publicidad en sentido estricto a través de la participación directa de los ciudadanos en la impartición de justicia, para la cual el juicio por jurados puede ser una vía más que eficaz, deberá confrontar con los mecanismos y efectos arrasadores de la comunicación masiva, potenciados y multiplicados por las novedades cotidianas y omnipresentes que ofrecen los medios audiovisuales, en especial la televisión.

⁴⁹ Es obvio que la cuestión excede las posibilidades espaciales de este artículo pero se puede consultar mi libro “Opinión pública y medios de comunicación. Nuevas cuestiones”, Jorge O. Bercholz, ed. La Ley, Buenos Aires, 2003. Allí desarrollo estas ideas y además planteo en una investigación realizada, que los medios masivos tradicionales y que utilizan símbolos convencionales (los diarios en soporte papel) también se ven influenciados por la irrupción televisiva, produciendo un fuerte cambio en su formato y en su estilo de significación, generando lo que he dado en llamar mutación hacia el diario “televisivo”.

3.- Juicio por jurados y Representación de los intereses diversos de la comunidad a través de un reclutamiento de jueces que responda a clivajes variados.

La teoría de la representación política tiende a generar un efecto de reproducción e imitación fiel de los variados intereses y diferentes características sociales de la ciudadanía, en la conformación y el reclutamiento del personal que integrará las agencias institucionales en las que se divide la administración estatal. Cuanto con mayor grado de fidelidad -entendido como un reflejo-espejo representativo (reproductivo, imitativo) de la composición social- sea plasmada institucionalmente la representación, tendremos una más acabada reproducción de la diversidad de clivajes que se entrecruzan en las sociedades modernas. Habrá individuos, grupos o sectores que se encuentren sobrerrepresentados por más de una organización y otros estarán subrepresentados o directamente huérfanos de representación alguna con las posibles consecuencias y tensiones políticas que puede ello implicar.

El poder judicial, que resulta a priori el menos democráticamente representativo de los tres poderes del Estado, si medimos tal cosa por el método de reclutamiento de su personal, presenta diversos déficit de representación.

Un estudio sobre nuestro país de la socióloga Ana Kunz⁵⁰ demuestra que la extracción u origen social de los jueces que han integrado la CSJN en el período 1930-1983 resulta fuertemente elitista. Dividiendo la estratificación social posible en cuatro categorías⁵¹, un 17 % de los Ministros pertenecen al *Patriciado* y considerando que sólo un 2% del total de la sociedad pertenece a ese estrato, habría un 750 % de sobrerrepresentación de ese estrato en la CSJN. La segunda categoría denominada *Estrato Superior* tiene un 39 % de Ministros en la Corte y un 8% sobre el total social lo que implica un 395 % de sobrerrepresentación; la tercera categoría, el *Estrato medio*, presenta porcentajes estabilizados del 39 % y 30 % respectivamente; la cuarta categoría el *Estrato bajo* tiene un 3,8 % de Ministros en la CSJN y un 60 % en el total social. Estos datos corroboran que se hayan sobrerrepresentadas en el más alto Tribunal del Poder Judicial las clases más aventajadas de la sociedad argentina y subrepresentada la clase baja y mayoritaria de la población.

Según Kunz, este estudio sobre la CSJN argentina refleja una tendencia también observable en los Estados Unidos, donde Mills en 1956 investigó el origen social de la clase política y concluyó en que el 58 % de los cargos políticos de alta categoría (Presidente y vice de Cámara de Representantes, Presidente de la Corte, miembro de gabinete) pertenecen a la clase alta y media alta, el 38 % a la clase media y media baja y sólo aproximadamente el 5% a la clase baja.

En Alemania un estudio del juez Walter Richter de 1959, sobre una base de datos construida con información personal de 856 jueces, permitió determinar que la mayoría proviene de familias de jueces o juristas y que generalmente tienden a desempeñar su trabajo en las jurisdicciones en las que han nacido y a contraer

⁵⁰ Ana Kunz, "Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)" en Estudios de Sociología y Metodología, pág.21/24, ed. Estudio, 2.000.

⁵¹ Esta categorización la toma Kunz de Juan Carlos Agulla en La promesa de la Sociología, Ed. de Belgrano 1985. Según Agulla la composición de los niveles de análisis sería el siguiente: el *Patriciado* se conforma por familias que han tenido en el pasado histórico participación en la estructura de poder en la época de la colonia, la independencia y la organización nacional; el *Estrato Superior* se conforma por familias de hombres de negocios y profesionales económica y socialmente importantes; el *Estrato Medio* lo forman hombres de negocios de capital mediano, trabajadores calificados y empleados administrativos; el *Estrato Inferior* lo integran trabajadores semi-calificados, empleados poco especializados y obreros.

matrimonio con personas de su misma condición social. Además el 60 % pertenece al estrato superior (profesionales libres, altos funcionarios del Estado , empresarios) y el 35 % al estrato inferior (empleados, artesanos, pequeños comerciantes). También se observó que los jueces pertenecientes al estrato superior avanzan con mayor rapidez en la carrera que los del grado inferior.⁵²

En España, otro investigador observó que más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático. Casi ninguno proviene de la clase obrera o del mundo campesino.⁵³

Estos datos nos demuestran el fuerte déficit representativo, considerando la extracción social de los jueces, que sufre el poder judicial con un sesgo muy marcado hacia la sobrerrepresentación de ciertas élites económicas, profesionales y burocráticas.⁵⁴

Otro evidente déficit representativo se observa en la variable género, siendo que las mujeres son más de la mitad de la población del país, su participación en el poder judicial implica que se hallan subrepresentadas. Obsérvese que en la Corte Suprema Argentina, hasta las actuales designaciones de Elena Highton y Carmen Argibay, sólo una mujer, Margarita Argúas, había llegado al Tribunal. En instancias inferiores la relación por género presenta una tendencia menos sesgada, pero aun deficitaria, en un grado por determinar.

Podría referirme a otros déficit representacionales, pero en honor a la brevedad que me impone este espacio, remito a un trabajo de mi autoría donde me explayo sobre el tema.⁵⁵

El juicio por jurados también puede hacer un valioso aporte para la superación de alguno de los déficit marcados. La designación variada de ciudadanos de todo tipo de extracción social, ideología política, tendencia religiosa, origen racial, lugar de procedencia o pertenencia de género, para la integración de los jurados resulta una tentadora herramienta democratizadora del poder judicial.

4.- Algunas razones para la desconfianza en el juicio por jurados.

Hay quienes sostienen que el juicio por jurados resulta incompatible con un debido proceso garantista, pues la aquí rescatada participación popular que refleja más fielmente las diversidades sociales y culturales, se ve sometida a un irregular juego de presiones y especulaciones en el proceso de designación de los integrantes del jurado, en relación a las características del delito a juzgar y de las del acusado de haberlo cometido.

Se debilita la figura del juez imparcial, por un jurado colectivo cuya designación estará sujeta a las presiones de los abogados de las partes, tendientes a que la designación de los integrantes del jurado contemple características personales de sus miembros más favorables a sus intereses. Las diversas parcialidades intervinientes en el

⁵² Walter Richter, “Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufssozialstatistische Analyse”, en *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts und Gesellschaftspolitik*, 1960 pág.241-259. Citado por Renato Treves en *Sociología del Derecho*, pág. 179/180, Taurus 1978.

⁵³ José Juan Toharia, *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid 1975 capítulo III.

⁵⁴ He desarrollado el tema más extensamente en “la independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad”, ed. Ediar, Jorge Bercholc, Buenos Aires, 2004.

⁵⁵ “Aportes para una selección coherente y congruente de los Jueces de un Tribunal Constitucional. El caso de la Corte Suprema en la Argentina y sus recientes modificaciones.” Jorge Bercholc, *Suplemento de Derecho Público de EL DIAL*, edición del 18.4.05.

proceso de juzgamiento, producto de las procedencias diversas de los integrantes del jurado, generan un choque de parcialidades, en el mejor de los casos, si no, sólo la existencia de un jurado parcial por algún motivo –racial, social, religioso- que se contrapone a la idea del debido proceso que debe contar por definición con un juez imparcial.⁵⁶

Contra este argumento se puede esgrimir que, la misma desviación de imparcialidad que puede sesgar a un jurado por las características de sus miembros, se observa en el personal judicial permanente de varios países, de acuerdo a sus características personales y técnicas, tal cual observamos en el apartado precedente de este trabajo. En su caso, a fin de salvaguardar lo que puede proveer el instituto en términos de participación, democraticidad y publicidad, se deberá poner especial atención en la diversidad de las designaciones considerando las particularidades de cada caso. Claro que la diversidad de clivajes a representar puede dañar criterios de eficiencia procesal, rapidez, costos y calidad técnica de las sentencias.⁵⁷

Comentario Final

El juicio por jurados aporta serias posibilidades para una mejora en la calidad democrática, mediante la participación por doble vía y la superación de déficit representacionales. También promete una mejora republicana en el ejercicio del control ciudadano, mediante una adecuada publicidad de los actos jurisdiccionales a través de una inserción popular directa en la administración de justicia. Por lo que desde una perspectiva democratista y republicanista el instituto del juicio por jurados presenta posibilidades promisorias.

Sin embargo, nada garantiza un eficaz funcionamiento del instituto, si basamos el análisis desde una perspectiva de racionalidad “economicista-eficientista”, o incluso desde perspectivas “garantistas” del debido proceso, que esgriman argumentos en torno a la mayor demora, mayores costos, menor rigurosidad técnica y las decisiones de peor calidad que producirá el juicio por jurados.

Pero si bien es cierto, que no se vislumbra prima facie, que el juicio por jurados responda con mayor eficacia a dichos clivajes en clave “economicista-eficientista-procesalista”, tampoco el estado actual del arte nos brinda respuestas satisfactorias a los mismos.

En cambio, el juicio por jurados, propone mejores resultados que los actuales, en pos de una profundización de los métodos democráticos y republicanos en el accionar del poder judicial, tanto en la producción de sus decisiones, como en el reclutamiento de sus miembros.

En el fondo de los argumentos entrecruzados, subyace un debate no zanjado aun que involucra a la democracia, sus alcances y sus complejas articulaciones con criterios de gobernabilidad y de control republicano.

⁵⁶ Véase el artículo de Rocha Campos Adolfo, Lexis Nexis, fascículo n° 3 del 21.1.04. Allí se citan una serie de casos ocurridos en tribunales de los EEUU, extraídos del trabajo de Fletcher George “Las víctimas ante el jurado” Ed. Tirant Lo Blanch, en los que los abogados de los acusados presionaron para manipular convenientemente a sus fines, la designación del jurado de acuerdo a las características, raciales, sociales, étnicas y/o religiosas de sus clientes.

⁵⁷ Ver Rocha Campos, íd. Pág. 10 a 12.

O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O CONTRADITÓRIO: UMA ANÁLISE NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE SAÚDE

Andrea Carla Veras Lins⁵⁸

Resumo

O presente artigo é requisito para conclusão da disciplina Constituição e Processo, do mestrado em direito da Universidade Federal de Sergipe e tem a singela pretensão de, em linhas breves, trazer à discussão a relevância da informação no que diz respeito ao direito à saúde, bem como demonstrar que o acesso a esse direito é de suma importância na efetivação do contraditório nas demandas cujo objeto é a saúde. Isso porque quanto mais informações e dados as partes e o magistrado possuírem, mais efetiva, célere e justa será a decisão a ser proferida.

Palavras-chave: Direito à informação; Sistema Único de Saúde; Princípio do Contraditório e correlação; Demandas de Saúde.

Abstract

This article is requirement to the conclusion of the discipline Constitution and Process of Federal University of Sergipe law master and has the single pretension of, in a few lines, discuss the relevance of information concerning health right's, as well as demonstrate that these rights are important to efectivacte the contradictory on demands that have health's object. This is because more information and datas the plaintiff and defedant and the judge have, more effective, fast and just will be the final judgement.

Keywords: Information's right; Unified Health System; Principle of contradictory and correlation; Health's demands.

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, mormente nas últimas duas décadas, o poder da informação, principalmente através das chamadas redes sociais, desencadeou uma necessidade quase impositiva de acesso rápido e ao mesmo tempo complexo de questões antes limitadas a um seletor e restrito número de pessoas. Ainda dentro dessa ideia de expansão da informação, os meios de comunicação passaram a veicular de forma constante e quase que instantânea os fatos e personagens do cotidiano.

Não é por menos que a informação passou a ser objeto de intensos debates não só nos meios acadêmico e no judiciário, mas também no próprio Congresso Nacional ao tratar de leis que envolvem divulgações *versus* privacidade/intimidade, dados de interesse público *versus* segurança e autonomia do executivo. *Verbi gratia*, quando passou a vigorar a Lei de acesso à informação, obrigando a todos os órgãos

⁵⁸ Advogada da União. Concludente da matéria Constituição e Processo do mestrado da UFS.

de todos os poderes a fornecer dados – ainda que a solicitação seja justificada minimamente e observadas situações de segurança da sociedade e do Estado - que antes nunca ou quase nunca eram divulgados, gerou-se certa celeuma quanto a seus limites. O direito de acesso à informação passou a ser reconhecido, expressamente, como direito fundamental em lei, não que já não estivesse previsto em outros dispositivos constitucionais⁵⁹ e implicitamente vinculado a outros direitos e princípios, como se verá adiante.

Essa informação é fundamental para que o cidadão possa exercer de forma plena a cidadania, na medida em que quanto mais informado, mais seguro do que fazer e a quem recorrer, mais seguro de que deveres e obrigações deverá observar para viver em sociedade e mais tranquilo daquilo que poderá ser cobrado. Assim, quanto mais informações (verdadeiras e completas) os cidadãos em geral obtiverem, de forma lícita, mais capacidade terão de exigir aquilo que lhe é de direito, e ao mesmo tempo poderão ser exigidos naquilo que concerne ao próximo e ao bem-comum em geral.

Tamanha a importância dada à informação, cujo acesso é cada vez maior e mais rápido que foi sancionada a recente Lei de acesso à informação – Lei 12.527/2011, que estabelece no artigo 3º, que os procedimentos previstos na legislação em comento:

destinam-se a assegurar o *direito fundamental de acesso à informação* e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - *observância da publicidade como preceito geral* e do sigilo como exceção; II - *divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações*; III - *utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação*; IV - *fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública*; V - *desenvolvimento do controle social da administração pública*. (Grifo nosso).

Nessa perspectiva é que o acesso à informação encontra-se direta ou indiretamente ligado a vários direitos e princípios, como cidadania, dignidade da pessoa humana, intimidade, privacidade, propriedade, direitos sociais como um todo, e saúde (objeto do trabalho), pois só pode exercitar, efetiva e plenamente, um direito aquele que busca e obtém os dados que possibilitarão uma exata compreensão e dimensão para o exercício daquele.

2 PANORAMA ACERCA DE PREVISÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO. CORRELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, DENTRE ELES O CONTRADITÓRIO

O direito à informação encontra-se mencionado de forma genérica no artigo 5º, incisos XIV e XXIII da Constituição Federal de 1988 no capítulo dos direitos fundamentais⁶⁰. Podemos, também, extrair sua presença na redação do inciso LXXII, ao tratar do *habeas data*:

⁵⁹ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (Grifo nosso).

⁶⁰ XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; inciso XXIII todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse

LXXII- conceder-se-á "habeas-data":

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Está ainda relacionado a diversos outros princípios expressos como o da publicidade, moralidade, impessoalidade. A publicidade dos atos, principalmente quando se trata da administração pública, garante que os dados e informações estejam acessíveis ao público, excetuadas as hipóteses que possam implicar riscos à segurança nacional e nos casos de sigilo. A moralidade implica em que as relações jurídicas sejam baseadas em fontes e fundamentos existentes, corretos e verídicos, e caso necessário possam ser disponibilizados a quem de direito, demonstrando que não privilegiam ou prejudicam determinada pessoa. No que tange à impessoalidade esta consiste no tratamento igual a pessoas em igual situação, e para tanto é preciso que se tenha disponível a informação relativa à real situação dos envolvidos.

A informação é ainda um dos direitos que concretizam a cidadania, fundamento da República Federativa do Brasil. Somente quem tem pleno e fácil acesso à informação, poderá exigir que direitos e garantias sejam respeitados, seja no âmbito familiar, social, profissional. Poderá, ainda, colaborar com o poder público fiscalizando e denunciando irregularidades que impliquem em prejuízos a bens que são de titularidade de toda sociedade. Somente bem informado poderá fazer as corretas escolhas para eleger os representantes do Poder Legislativo. E somente esclarecido, poderá ter ciência de que tem deveres e obrigações a observar. Isso tudo é cidadania.

Esses são alguns exemplos que podem ser citados. Mas no que pertine ao direito processual (constitucional) insta destacar a relevante e intrínseca relação entre a informação e o contraditório, este sim expressamente previsto no texto constitucional no artigo 5º, inciso LV e que só se efetivará quando as partes, bem como os juízes e o Ministério Público- seja quando atua como parte, seja quando sua intervenção ocorrer como fiscal da lei - tiverem acesso pleno às informações, que possam contribuir para uma sentença efetiva e justa.

O princípio do contraditório, projeção do devido processo legal, não se resume apenas a garantir que aquilo que for afirmado ou apresentado por uma das partes possa ser rechaçado pela outra, assim como aquilo que for decidido pelo juiz possa ser questionado por autor e réu ao longo da demanda processual. O sentido e conteúdo do princípio vão mais além, se considerarmos a interpretação pós-positivista que assumiu o direito constitucional.

Isso porque o direito constitucional, assim como o processual não são mais vistos como áreas estáticas, presas ao sentido formal da letra da lei ou da constituição. Adequam-se à realidade, seja ela social, cultural, econômica, permitindo que o conteúdo das normas seja aplicado no caso concreto de forma efetiva, cuja decisão seja útil e proporcional não só àquilo que se pede, mas também ao que se obriga⁶¹.

particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (grifo nosso)

⁶¹ Daí porque a importância de se conhecer as políticas públicas de saúde, uma vez que uma decisão que determine a entrega de certo medicamento, *verbi gratia*, sem registro na ANVISA ou que não esteja na lista de distribuição do SUS em prazos excessivamente exíguos, inviabiliza o atendimento da própria decisão, que deixará de ser efetiva.

Isso também não quer dizer que essa atuação interpretativa possa ser feita ao total arrepio dos dispositivos postos, de forma arbitrária. Paulo Bonavides ao tratar dos métodos de interpretação da Constituição não obstante exponha que a interpretação será mais necessária quanto maior for a rigidez do texto, alerta que:

[...] a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que se há de conter, quando cria ou *'inventada' contra legem*, posto que aparentemente ainda aí à sombra da lei, é perniciosa, assim à garantia como à certeza das instituições. Faz-se mister, por conseguinte, ponderar gravemente nas conseqüências que advêm de um irrefletido alargamento do raio de interpretação constitucional, como a observação tornou patente desde que se introduziram métodos desconhecidos na hermenêutica das Constituições.⁶²

O contraditório devidamente assegurado está umbilicalmente relacionado ao princípio da isonomia, porquanto este garante às partes processuais o mesmo tratamento, no sentido de possuírem as mesmas possibilidades de influenciar o convencimento do magistrado. No dizer de Ricardo Maurício Freire Soares:

[...] o princípio da isonomia perpassa as diversas fases da relação processual, para que ambas as partes da lide possam desfrutar de iguais faculdades e submeter-se aos mesmos ônus e deveres. [...] As partes e os seus procuradores merecem tratamento equânime, com ampla possibilidade de fazer valer em juízo as suas alegações.⁶³

Mas como refletir no processo um tratamento isonômico, como destacado acima, sem que as partes tenham acesso a dados extremamente importantes nas demandas de saúde ou sem que tragam aos autos a real situação experimentada, como: i) se há alternativa de tratamento no SUS e se já foi buscada; ii) qual o ente tem atribuição para atender o paciente; iii) se o usuário está cadastrado na rede pública e seguiu o exigido no âmbito administrativo; iv) se o médico prescritor é vinculado à rede pública e observou os protocolos clínicos de diretrizes terapêuticas para a doença;⁶⁴ v) quais as portarias que regulam a questão; vi) se o fármaco – quando o objeto da ação for este – é registrado na ANVISA, não sendo, portanto, experimental o seu uso. Outrossim, como quase em sua totalidade essas demandas apresentam pedido de

⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. (em apêndice a CF/1988, com as emendas constitucionais até a de n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012, p. 499.

⁶³ SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. **O devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 74

⁶⁴ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RETENÇÃO MANDAMENTAL APOIADA EM LAUDO MÉDICO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DA PROVA SER SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DA INEFICÁCIA OU IMPROPRIEDADE DO TRATAMENTO FORNECIDO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. NADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. *Laudo médico particular não é indicativo de direito líquido e certo. Se não submetido ao crivo do contraditório, é apenas mais um elemento de prova, que pode ser ratificado, ou infirmado, por outras provas a serem produzidas no processo instrutório, dilação probatória incabível no mandado de segurança.* 2. Nesse contexto, a impetrante deve procurar as vias ordinárias para o reconhecimento de seu alegado direito, já que o laudo médico que apresenta, atestado por profissional particular, sem o crivo do contraditório, não evidencia direito líquido e certo para o fim de impetração do mandado de segurança. Precedentes. 3. Recurso especial provido.” Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1115417/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013 grifo nosso.

urgência, é preciso ter certa cautela, principalmente se há alternativa eficaz na rede pública. A informação correta, ainda que não seja o bastante, contribui para evitar decisões conflitantes e equivocadas, com a determinação, por exemplo, de entrega ou realização em curto prazo daquilo que já é fornecido regularmente na rede pública.⁶⁵

Isso porque, além de o magistrado poder, ativamente, interferir no processo judicial no sentido de requerer a realização de determinada prova, desde que observada a possibilidade das partes em produzi-la, tanto o autor quanto o réu têm o direito de produzir provas, de elas terem conhecimento e sobre elas se manifestarem, incluindo a informação técnica, viabilizando-se um caminho através do qual as decisões sejam mais justas e realistas no que diz respeito a seu cumprimento. É óbvio que se o juiz se cerca de dados específicos sobre determinada demanda terá possibilidade de conduzir o feito não só com o fito de encerrá-lo, cumprindo a função descrita na lei ordinária, mas também fazê-lo de modo que quem pede possa ser atendido e quem deve atender o possa fazê-lo de forma proporcional e razoável.

Ainda dentro da ideia de que o poder da informação verdadeira, correta e plena só tem a contribuir para o deslinde natural da demanda, merece destaque outro princípio substancialmente relacionado com a informação, que é o Princípio da Cooperação. Isso porque se as partes têm acesso a valiosas informações que podem vir a solucionar de forma efetiva e justa a causa, cabe a elas trazê-las aos autos. Não por outra razão que o projeto do novo Código de Processo Civil – Projeto de Lei 8.046/2010 - traduz essa cooperação quando elenca seus princípios:

Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e *fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência*. Grifo nosso

Art. 8º. As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstando-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Quando uma das partes omite determinado dado importante durante a instrução processual, compromete-se o real sentido de processo que é a resolução, ainda que essa decorra da substituição da vontade das partes pelo magistrado. Exemplo prático de tal situação numa demanda judicial relacionada ao direito à saúde é que se a parte não informa desde o início que seu tratamento nunca foi feito na rede pública, mas sim pela via particular ou que o médico que prescreveu determinado fármaco não mais a acompanha, não podendo atestar a urgência acaso requerida, tal fato pode: a) permanecer sem conhecimento tanto do réu, quanto do juiz ou b) vir à

⁶⁵ Em recente notícia divulgada no programa televisivo “bom dia Brasil”, o Ministério público solicitou ao TCU apuração sobre possíveis irregularidades na compra de remédios determinadas por juízes. Segundo o noticiado “O relatório do Ministério Público *destaca compras desnecessárias, como algodão, fita crepe e até óleo de linhaça. E remédios já fornecidos gratuitamente pelo SUS*. O caso vai ser investigado pelo Tribunal de Contas da União e pelo Conselho Nacional de Justiça. Cento e doze remédios são oferecidos de graça pela Farmácia Popular – programa que existe há quase de dez anos. São medicamentos para o tratamento de asma, hipertensão e diabetes, por exemplo. Apesar de estarem disponíveis nas prateleiras das farmácias credenciadas pelo programa, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União descobriu que juízes de todo país estão determinando que eles sejam comprados pelo governo para entregar a alguns pacientes – que entraram com pedido na Justiça”. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2013/10/mp-aponta-irregulares-na-compra-de-remedios-determinada-por-juizes.html>. Acesso em 31 out. 2013.

tona somente quando já sentenciado o feito, o que gerará a frustração de que se a informação tivesse surgido antes a decisão fosse outra.

A falta de conhecimento, por exemplo, dos próprios usuários do SUS, pode gerar demandas inúteis, que são resolvidas ainda antes da sentença, bastando apenas a orientação correta. Tal demanda implica em gastos para o Poder Judiciário, para as partes, incremento do número de processos pendentes de julgamento, atraso da pauta de audiências, necessidade de designação de perícia médica e por vez assistencial, entre outros fatores.

3 DAS RECENTES ALTERAÇÕES NA LEI 8.080/90. DAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DA FALTA DE INFORMAÇÃO NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE SAÚDE

Quando se trata de política pública inevitavelmente se falam em escolhas. Escolhas essas feitas pelo administrador público em prol de um número significativo de pessoas, de acordo com as solicitações e recursos existentes. É também o responsável pelo encaminhamento e direcionamento das diretrizes a serem observadas pelos órgãos de execução, mas que toma por base as informações e dados produzidos em conjunto por servidores, cidadãos, técnicos de várias áreas que subsidiarão a tomada de decisões.

Na área da saúde não é diferente. Nem poderia, porquanto o direito à saúde, intrinsecamente relacionado com o direito à vida, deve ter especial tratamento não só do legislador, como dos gestores, da classe médica e dos envolvidos num processo judicial. Isso porque, segundo dados do próprio Conselho Nacional de Justiça, em levantamento feito até 2011, havia no Brasil o incrível número de mais de 240.000 ações judiciais envolvendo o direito à saúde, com pedidos os mais variados, desde a concessão de medicamentos, até a realização de exames, cirurgias, implantação de UTI's, fornecimento de próteses, órteses.⁶⁶

Entretanto, por óbvio que quanto maior informação houver e for compartilhada com a sociedade, e particularmente com os usuários do SUS, menos demandas serão ajuizadas naquilo que esteja relacionado com os casos, por exemplo, de confusão entre os entes competentes para atender essa ou aquela demanda.

Ainda assim, só para se ter uma ideia da escassa procura da população por mais esclarecimentos, sugestões e reclamações, a Controladoria-Geral da União, aponta em relatório - já sob a égide da Lei 12.527/2011 - que entre janeiro/2013 e setembro/2013 houve um total de 1.628 pedidos de acesso à informação, sendo que desses apenas 64 diziam respeito a medicamentos, predominando advirem de pessoas com nível superior o percentual maior de solicitações – 41,52%, o que indica que quanto maior o grau de formação, maior a possibilidade/probabilidade de acesso. Em Sergipe apenas 03 solicitações foram registradas.⁶⁷

Mormente, em sentido contrário ao que apontou o relatório, tem-se que a informação distribuída de forma exaustiva e íntegra, abrevia a duração do processo judicial, posto, que pode contribuir para que a parte procure os órgãos devidamente responsáveis pelo atendimento, seja municipal, estadual ou federal, bem como o magistrado poderá decidir com mais segurança e de forma mais célere, por vezes

⁶⁶ Notícia publicada no site do CNJ em 25.04.2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em: 5 out. 2011.

⁶⁷ Disponível em: <http://www.acaoainformacao.gov.br/sistema/Relatorios/Anual/RelatorioAnualPedidos.aspx>. Acesso em: 28 out. 2013.

sem necessidade de perícia. Some-se a isso o fato de que o ente requerido poderá agilizar o atendimento e reconhecer o pedido.

Diante dessa realidade de milhares de ações judiciais propostas nos mais diversos tribunais e juízos singulares do Brasil, como então conciliar a manutenção das políticas públicas já existentes e os pedidos dos que recorrem sob alegação de que necessitam, urgentemente, de medidas reparatórias diante de omissão do poder público? Como não imaginar que um expressivo número de ações, consideradas coletivamente, não acabam por interferir no sistema existente⁶⁸? Estaria, no Poder Judiciário, a solução para a situação da saúde pública? O que fazer para diminuir a crescente judicialização da saúde? Quais fatores levam a essa crescente?

É certo que não pode o juiz se omitir ou deixar de apreciar as ações propostas, até por respeito ao Princípio da livre jurisdição. Entretanto, o que impede que um juiz ou tribunal possa analisar se, por exemplo, determinado medicamento solicitado já não está previsto no SUS ou se há alternativa que ainda não foi utilizada, ou se o autor se dirigiu a um médico do SUS para verificar se poderia ser feita a adequação de tratamento?⁶⁹ Se a medicação, insumo, exame ou tratamento tem registro na ANVISA e avaliação pela CONITEC?

Ponderações como essas, além da verificação dos conteúdos dos protocolos clínicos, da validade da receita, do histórico clínico do paciente, são medidas que impedem não só a desestruturação desnecessária do SUS, como também o desperdício de verba pública para aquisição emergencial, além de acelerar e contribuir para que mais informação chegue à população, pois muitas vezes tem-se verificado que a falta de orientação ou a orientação equivocada gera demanda.

Segundo o portal da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, em porcentagem, o segundo medicamento dispensado com maior frequência em ações judiciais é o ácido acetilsalicílico, que é fornecido pelos Municípios através do programa de assistência farmacêutica de atenção básica. Já em números, a estimativa de custos mensais com essas ações no Estado de São Paulo em 2010, *somente com medicamentos* foi de R\$ 35.302.551,07.⁷⁰

Aliás, a questão tem sido objeto de discussões em Fóruns, Seminários e orientações. Desde 2010, chama atenção o contido na Recomendação nº 31/2010 do CNJ, publicada no DJ-e nº 61/10 em 07.04.2010, que “recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais

⁶⁸ Em entrevista divulgada no site [agenciabrasil.ebc.com.br](http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-07-07/gastos-do-sus-com-aco-es-judiciais-passam-de-r-170-mil-para-r-132-milhoes-nos-ultimos-oito-anos), o Ministro da Saúde afirmou que os gastos do Sistema único de Saúde com ações judiciais saltou de R\$ 170 mil em 2003 para R\$ 132 milhões em 2010 e que “muitas ações são pedidos de medicamentos sem eficácia comprovada ou cujos efeitos colaterais ainda estão em estudo”. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-07-07/gastos-do-sus-com-aco-es-judiciais-passam-de-r-170-mil-para-r-132-milhoes-nos-ultimos-oito-anos>. Acesso em: 6 out. 2011.

⁶⁹ “Recomenda-se que o usuário, caso não seja acolhido adequadamente, acesse as ouvidorias do SUS (municipal, estadual e da União) e, principalmente, a ouvidoria do Ministério da Saúde (MS), a quem compete, entre outras obrigações ‘acionar os órgãos competentes para a correção de atos ilegais ou indevidos e omissões no âmbito da saúde.’ (apud Decreto n. 7.336, de 19 de outubro de 2010). Ademais, *o cidadão encontra informações sobre como denunciar o atendimento inadequado ou sugerir melhoras no sistema*, ou, ainda, sobre o contato com as ouvidorias locais (estaduais e municipais) na cartilha da ouvidoria geral do SUS. Grifo nosso (apud http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/cartilha_cidadao_2010 e Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Ouvidoria-Geral do SUS. Setor de Administração Federal (SAF) Sul. Quadra 2. Lotes 05/06 Ed. Premium Torre I, 3º andar, sala 305. CEP 70070-600 - Brasília-DF. Tel. (61) 3306-7460. Fax (61) 3306-7467. SANTOS, Jose Sebastião dos [et. al.]. Protocolos clínicos e de regulação: acesso à rede de saúde. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pag. 197-198.

⁷⁰ Para maiores dados, disponível em: http://portal.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/destaques/gais-informa/boletim_bepa_84_gais_7.pdf. Acesso em: 6 out. 2011.

envolvendo a assistência à saúde”. Ainda de acordo com o texto referido, é recomendado que os juízes sejam orientados a instruir as ações, tanto quanto possível, com i) relatórios médicos com descrição da doença (inclusive CID), dos medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos, com posologia exata e que ii) evitem autorizar fornecimento de medicamento ainda não registrado na ANVISA ou em fase experimental, iii) ouvindo os gestores antes da apreciação de medidas de urgência (itens b.1, b.2 e b.3 da Recomendação).

Vê-se que são pontos que podem ser verificados e preventivamente adotados pelos magistrados, até como uma segurança maior ao paciente. Da mesma forma, entende-se que as ponderações já referidas também podem ser adotadas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e os advogados particulares, além dos médicos prescritores e peritos judiciais.

Poder-se-ia citar, ainda, a título ilustrativo, quatro dados importantes que o magistrado deve ter conhecimento para análise de pedido relacionado ao direito à saúde: a) segurança; b) eficácia; c) eficiência e d) custo-benefício. A primeira indica que o fármaco ou insumo, deve ao menos ter aprovação na ANVISA. Entretanto, essa aprovação permitirá o comércio no Brasil, mas não redundará em sua imediata integração ao sistema público de saúde.⁷¹ Quanto à eficácia, a mesma está relacionada com os efeitos esperados pelo uso do medicamento/insumo dentro de um quadro ideal.

Já a eficiência, são os efeitos e resultados que são obtidos dentro de uma realidade. Dessa forma, um fármaco, por exemplo, devidamente aprovado pela ANVISA pode ser eficaz, pois as pesquisas obtiveram resultados dentro de uma situação ideal, mas quando do uso efetivo, diante das mais diversas situações clínicas dos pacientes, o resultado pode não ser o esperado. Por tais razões, antes de qualquer incorporação de tecnologia ao SUS deve haver estudos e debates e posterior avaliação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias.

Um último aspecto diz respeito ao custo-benefício ou custo-efetividade. Quando se fala em sistema público de saúde, ainda há uma escassez de recursos financeiros. Por certo que também há necessidade de aperfeiçoamento da gestão em suas diversas esferas. Mas diante do quadro real o que se busca é o atendimento de um maior número de pessoas possível com os meios existentes, utilizando-se os recursos de que se dispõem.

Por isso cabe a todos analisar em uma demanda judicial qual o custo e os efeitos de um determinado tratamento que não esteja previsto no SUS, que se mostra excessivamente caro e eventualmente beneficie uma única pessoa em detrimento dos demais usuários. É claro que nunca se poderá mensurar o valor de uma vida, ainda mais se determinada pessoa se encontra enferma. Entretanto, até mesmo por observância ao Princípio da Universalidade, ou o tratamento/medicamento está disponível para todos ou não está disponível para ninguém.

⁷¹ Vale a pena registrar o esclarecimento prestado na audiência pública realizada no STF em 2009, pelo Secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, Alberto Beltrame, de que “ Nenhum sistema público de saúde do mundo incorpora toda as alternativas terapêuticas existentes no seu mercado. Assim, todo o processo de incorporação deve observar as normas que disciplinam a validade técnico-científica e o acesso igualitário à saúde. A inobservância desses princípios pode gerar distorções, desigualdades, comprometer a estruturação e funcionalidade do sistema de saúde. [...]” grifo nosso BRASIL. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Audiência pública: saúde. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, pag. 59.

Assim, o gestor público não tem como avaliar casual e casuisticamente acerca da disponibilização ou não de um medicamento no SUS, mas sim da forma mais ampliada possível. O ente público deve analisar uma série de dados, como perfil da população, variação de informações quanto a doenças epidemiológicas, para definir quais medicamentos e tratamentos serão incluídos ou excluídos ou alterados em sua apresentação nos programas de saúde.

Não obstante, em geral é com base na primeira parte do artigo 196 da Constituição Federal que as decisões são proferidas. Ocorre, que nenhum direito fundamental pode ser interpretado, nem mesmo o direito à saúde, de forma absoluta que acabe findando ou comprometendo o sistema que foi criado justamente para melhorar a saúde do cidadão e também está previsto no mesmo texto constitucional.

É óbvio que é um sistema que precisa de muitas melhorias, inclusive no que pertine às gestões, seja de âmbito federal, estadual ou municipal. Mas o SUS é também uma garantia do cidadão que deve ser preservada. Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Flichtiner Figueiredo, no artigo *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*:

A constitucionalização do SUS como garantia institucional fundamental significa que a efetivação do direito à saúde deve conformar-se aos princípios e diretrizes pelos quais foi constituído, estabelecidos primordialmente pelos arts. 198 a 200 da CF/1988, dos quais se destacam a unidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização, a integralidade e a participação da comunidade.⁷²

Diante desse quadro crescente em que se podem encontrar decisões diversas, às vezes para situações semelhantes, após longo período de discussão e análise, foram aprovadas duas normas infraconstitucionais que dão melhores contornos à Lei 8.080/90 e que precisam ser observadas e aplicadas.

A primeira é a Lei 12.401/2011, de 28 de abril de 2011, que trata sobre incorporação de tecnologias no SUS, além de trazer diversos conceitos. Já no primeiro dispositivo define o que seja assistência terapêutica, e dispõe que os medicamentos adotados deverão analisar os critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-benefício.

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de

⁷²Revista de Direito do Consumidor, vol. 57, p. 125, DTR\2008\938, Jul./2008, disponível em: <http://revistadotribunais.com.br/maf/app/delivery/document/retrieval?&docguid=If69>. Acesso em: 25 ago. 2011.

surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo (Grifo nosso).

Ainda traça regras acerca da incorporação de novas tecnologias no SUS:

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Mas é bom lembrar, que a incorporação também dependerá de ajustes com os entes públicos, que precisarão sopesar o seu custo, isso porque a avaliação econômica é também um dos itens a serem ponderados pela Comissão.

Ainda em termos de mudança legislativa significativa da Lei 8.080/90, adveio o Decreto 7.508/2011, regulamentado-a, trazendo uma série de conceitos, definindo as regiões de saúde, explicitando o conceito de RENAME e das Comissões de gestores. Do decreto destacamos o novo Termo de Contrato organizativo de ação pública da saúde e a transparência no acesso às ações de saúde:

Art. 13. Para assegurar ao usuário o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde do SUS, caberá aos entes federativos, além de outras atribuições que venham a ser pactuadas pelas Comissões Intergestores:

I - garantir a transparência, a integralidade e a equidade no acesso às ações e aos serviços de saúde;

II - orientar e ordenar os fluxos das ações e dos serviços de saúde;

III - monitorar o acesso às ações e aos serviços de saúde; e

IV - ofertar regionalmente as ações e os serviços de saúde

Art. 35. O Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde definirá as responsabilidades individuais e solidárias dos entes federativos com relação às ações e serviços de saúde, os indicadores e as metas de saúde, os critérios de avaliação de desempenho, os recursos financeiros que serão disponibilizados, a forma de controle e

fiscalização da sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde.

§ 1º O Ministério da Saúde definirá indicadores nacionais de garantia de acesso às ações e aos serviços de saúde no âmbito do SUS, a partir de diretrizes estabelecidas pelo Plano Nacional de Saúde.

§ 2º O desempenho aferido a partir dos indicadores nacionais de garantia de acesso servirá como parâmetro para avaliação do desempenho da prestação das ações e dos serviços definidos no Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde em todas as Regiões de Saúde, considerando-se as especificidades municipais, regionais e estaduais.

Mas há que se perguntar: quanto da lei e do decreto está sendo observado, antes e após o ingresso de processos judiciais? Antes mesmo de se propor uma demanda judicial, os próprios pacientes que pretendem receber da rede pública medicamentos e tratamento precisam ter a (cons)ciência de que devem seguir um protocolo para atendimento, a começar pelo atendimento por médico da rede pública credenciada, para manter a equidade prevista no decreto acima referido e na própria Constituição Federal, ao referir que todos são iguais perante a lei.

Não se pode pretender, como regra de razoabilidade, que o acompanhamento e tratamento seja feito por médico particular, mas se exija do SUS aquilo que não se tem condições de adquirir, para seguir sendo avaliado pelo profissional da rede privada. É o que se pode depreender do artigo 8º, do Decreto 7.508/2011: “O acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde *se inicia pelas Portas de Entrada do SUS* e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço.” (Grifo nosso).

Em artigo publicado por vários profissionais da área de farmácia na revista de saúde pública, avaliaram-se os efeitos da judicialização na política nacional de saúde, através de um estudo descritivo sobre 827 processos judiciais com 1.777 pedidos de medicamentos de 2005 a 2006 no Estado de Minas Gerais, tendo-se chegado à conclusão espantosa, de que mais de 70% dos autores das ações judiciais foram atendidos no sistema privado de saúde e 60,3% foram representados por advogados particulares. E que aproximadamente 5% dos medicamentos pleiteados não eram registrados na Agência, 19,6% estavam presentes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, 24,3% compunham o Programa de Medicamentos de Alto Custo e 53,9% apresentavam evidência consistente de eficácia. Dentre os medicamentos não disponíveis no sistema público, 79,0% apresentavam alternativa terapêutica nos programas de assistência farmacêutica.⁷³

São números alarmantes e algumas variantes se podem extrair desses dados. Aqueles que possuíam – considerando o período no qual o estudo foi produzido - mais acesso às informações e melhor possibilidade de estar representado por advogado particular, tinha mais condições de efetivar sua pretensão no processo. Também é verdade, que essa realidade por certo já sofreu sensível modificação a partir da atuação das defensorias públicas, estaduais e federais. Outro aspecto é que o acesso à informação acerca dos direitos de cada cidadão está mais facilitado, não só pelos meios eletrônicos, mas pela mídia televisiva e escrita, pelas justiças itinerantes, pelo

⁷³ MACHADO, Marina Amaral de Ávila (et. al.). Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. Revista Saúde Pública, Minas Gerais, 2010. Disponível em: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/judicializacao-da-saude/wp-content/uploads/2011/11/Judicializacao_MinusGerais.pdf. Acesso em: 13 out. 2013.

aumento, ainda discreto, da participação na vida política. E a falta de conhecimento do que é fornecido na rede pública incrementa esse número identificado na pesquisa.

Enfim, a informação é uma poderosa ferramenta de estabilidade das relações públicas entre os gestores e os cidadãos usuários do SUS, afinal custa-se a crer que aquele que tem conhecimento da forma como precisa agir prefira buscar numa demanda judicial a solução de suas aflições. É bom esclarecer, que se parte do pressuposto da situação regular e não para os casos de omissão ou atraso do poder público de forma injustificada, quando faltam médicos, prestadores de serviços, medicamentos à população. Nesses casos, se mesmo questionado o órgão público responsável se mantém inerte outra direção não restará a seguir o prejudicado, que não o Judiciário.

4 DO CONTRADITÓRIO EFETIVADO ATRAVÉS DA INFORMAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE

A despeito das críticas doutrinárias à teoria da reserva do possível, a falta de informação prévia acerca da forma como se dá a execução das políticas públicas de saúde, seja por parte de quem pede, de quem contesta o pedido ou de quem aprecia, contribui para um crescente aumento dos gastos do Ministério da Saúde para o atendimento das ações judiciais. Isso porque, parte dessas ações tem como objeto a concessão de medicamentos, insumos, exames, procedimentos que não estão previstos nos protocolos de diretrizes terapêuticas⁷⁴, que avaliam não só o custo-benefício, mas também a eficiência e a eficácia como já dito anteriormente.

Para se ter ideia do aumento orçamentário, o Ministério da Saúde, através da Consultoria jurídica, divulgou tabela de gastos até 2012 com as ações judiciais, chegando a um impressionante valor de R\$ 348.730.256,94⁷⁵. Segundo o site www.portaldatransparencia.gov.br,⁷⁶ o orçamento total do Ministério em 2012 foi de R\$ 4.205.730.734,85. Isso significa que o gasto contabilizado com as demandas correspondeu a quase 10% de toda a receita prevista para o órgão, conforme gráfico abaixo.

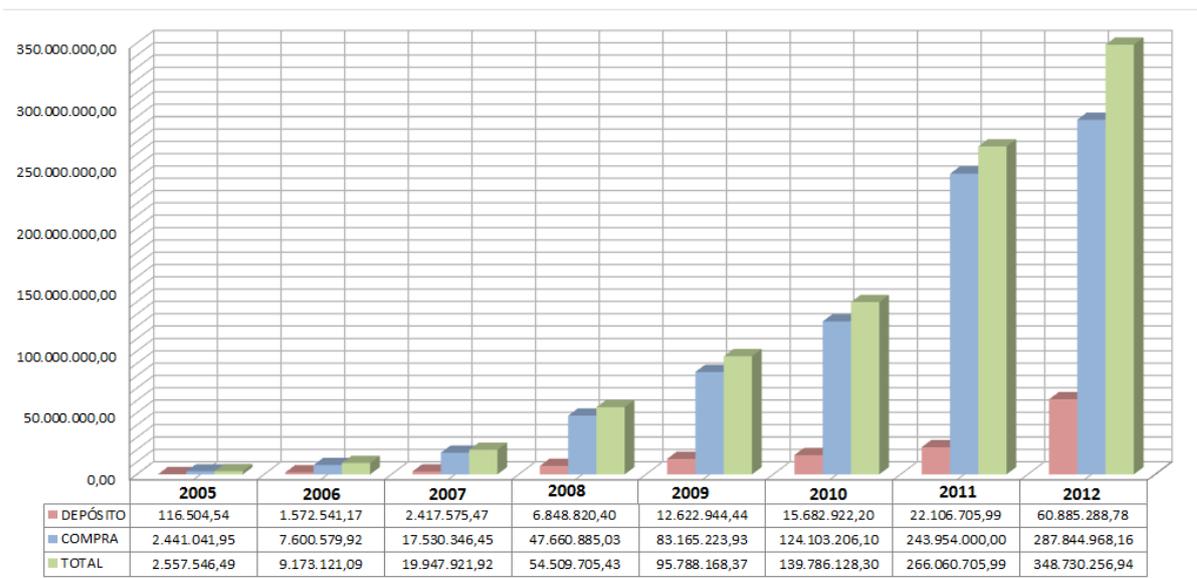
⁷⁴ Esses protocolos “estabelecem um conjunto de critérios que permite determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente, com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. [...] vale ressaltar que antes da elaboração dos protocolos e das diretrizes, existe uma etapa de avaliação por um grupo de consultores, especialistas de cada área. O documento produzido será submetido a uma **Consulta Pública**, para receber contribuições tanto de setores especializados quanto da sociedade em geral, e da consolidação desta consulta será redigido o texto final.” Ministério da Saúde. Disponível em:

<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/index.cfm?portal=pagina.visualizarTexto&codConteudo=5931&codModuloArea=659&chamada=protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas>. Acesso em: 18 out 2013.

⁷⁵ Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. Evolução dos gastos com demandas judiciais. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/EVOLU%C3%87%C3%83O%20GASTOS.pdf>. Acesso em: 18 out. 2013.

⁷⁶ BRASIL. Portal da transparência. Disponível em:

<http://www.portaldatransparencia.gov.br/receitas/consulta.asp?idHierarquiaOrganizacao=37381&idHierarquiaDetalhe=0&idDirecao=0&idHierarquiaOrganizacao=1&idHierarquiaDetalhe=0&Exercicio=2012>. Acesso em: 18 out. 2013.



É fato que a concepção mais atual do processo judicial é de que ele seja efetivo, justo, célere e que possui o juiz um papel (pró)ativo. Mas também é fato que o desconhecimento acerca da funcionalidade do sistema de saúde impede que se adotem medidas que possam ser, efetivamente, cumpridas na forma e prazo determinados. Ou ainda, que se verifique que o autor do processo, em verdade, não teria direito àquilo que foi demandado. Rodolfo Mancuso, citando Sidnei Agostinho Beneti pontua que:

O Poder Judiciário está tendo de administrar casos concretos, vindos da falência da solução administrativa – o que é péssimo, pois nem o Judiciário foi preparado para isso, com o imprescindível 'political thinkig' e órgãos técnicos de base, nem a administração pode tranquilizar-se e formar diretriz uniforme diante da obrigatoriedade de atendimento da multiplicidade de decisões judiciais, muitas vezes discrepantes, que substituem os atos administrativos.⁷⁷

Mancuso ainda faz o seguinte alerta:

Os casos de intervencionismo judicial excessivo vêm se propagando, e esse é um preocupante aspecto na questão do controle judicial de atos e condutas da Administração Pública, quando se considera, de um lado, que os Poderes são independentes e harmônicos (CF, art. 2º) e, de outro lado, que ao juiz não resta outra conduta, ao se deparar com um processo existente e válido, do que dirimir o mérito da controvérsia, descabendo-lhe abdicar de tal mister, ao argumento de se tratar de caso singular, polêmico, multiplexo, ou que desborda os lindes de uma crise propriamente jurídica, o que configuraria *negativa de jurisdição*⁷⁸ (grifo do autor).

Daí porque a informação, particularmente nas ações de saúde, tem primordial importância, uma vez que dá ao magistrado a confiabilidade de que aquilo que está sendo decidido se aproxima o mais possível da realidade, garantindo às partes uma decisão justa. Louve-se a iniciativa adotada pela Secretaria de Saúde de Ribeirão

⁷⁷ BENETI, Sidnei Agostinho. A reforma do Judiciário vai melhorar os processos judiciais?, n. 56, set. 1999, p. 106, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: RT, 2011, p. 350.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 354.

Preto, que de forma simples e acessível faz constar em seu site onde, quando e como a pessoa interessada poderá buscar auxílio na rede pública de saúde, esclarecendo, inclusive, os documentos que terá de apresentar para otimizar o atendimento.⁷⁹

Ressalte-se, que em sua esmagadora maioria, eventuais decisões equivocadas quanto à imposição de fornecimento de medicamentos, insumos, realização de exames e procedimentos geralmente se relaciona com a falta de informações sobre a política pública para o caso em questão, aliado ao fato de que o juiz não dispõe, previamente, de dados clínicos e conhecimento específico na área médica exigida. Daí porque se entende, respeitadas as opiniões em contrário, que o magistrado não só pode como deve buscar o mínimo de esclarecimento antes de proferir decisões liminares, já que o risco de irreversibilidade é enorme.

Nisso há que se perceber, também, que a deficiência na divulgação, por parte das Secretarias, estadual e municipal e da União das listas de medicamentos disponibilizados, assim como os exames e tratamentos existentes e quais entes estão obrigados a tanto, de certo contribui para o surgimento de tais demandas. Os próprios juízes poderiam vir a ter acesso a tais dados para consulta prévia. Os usuários poderiam ter acesso às listas dispostas a consulta e com fácil linguajar nos postos de saúde e hospitais, por exemplo. A internet ainda é um meio através do qual as listas podem ser consultadas, entretanto, nem sempre os mais carentes têm acesso facilitado aos meios eletrônicos e compreensão para entender seu conteúdo.

Destarte, se qualquer uma das partes tem conhecimento de informações e dados que possam influir potencialmente no resultado de uma demanda deve, pela cooperação e boa-fé já mencionadas, trazer aos autos aquilo de que dispõe. O poder de informação não implica somente ser informado, mas também informar. E não são somente as partes. A própria lei obriga que um perito nomeado pelo juízo explicita quando houver algum impedimento que prejudique sua imparcialidade, por exemplo. Assim, a nosso ver, se numa perícia médica designada, o *expert* já tiver sido médico da paciente a ser avaliada ou se possui entendimento firmado quanto à utilização ou não de um determinado procedimento, é mais correto que deixe clara a sua impossibilidade de atuação (ver ainda os artigos 137 e 138 do Código de Processo Civil).

Considerando, ainda, o caráter dinâmico da distribuição do ônus da prova, o magistrado poderá, até mesmo, inverter o ônus probatório, mas para tanto, a fim de assegurar a conformação do contraditório em seu aspecto integral, de forma preventiva é aconselhável que alerte e informe as partes que poderá ou irá fazê-lo viabilizando a manifestação consentânea com a realidade e viabilizando que ambos ou um dos envolvidos apresente nos autos todos os dados de que dispõem e que possam convencer não só o sentenciante, como também a parte contrária, o que impedirá, por certo, a protelação do processo com recursos inúteis.

5 CONCLUSÃO

Ao final da presente explanação resta a certeza de que é apenas um começo na extensa e longa trilha a ser percorrida não só pelos doutrinadores e judiciário, mas principalmente por aqueles para quem o SUS é pensado e executado. Como destacado desde o início, dispor de dados completos e verdadeiros dão ao seu possuidor um poder de entendimento que se traduz em segurança. Segurança essa que viabiliza a certeza de que caminho percorrer na busca da satisfação do seu direito

⁷⁹ Para mais detalhes, disponível em: <http://www.saude.ribeiraopreto.sp.gov.br/ssaude/principal/i16-como-usar-sus.php#1>.

à saúde, e por via de consequência, do direito à vida digna. Por isso o conhecimento é tão primordial, pois como dizia Cesare Beccaria “Cada cidadão deve ter a convicção de poder fazer tudo o que não contraria as leis, sem temer outro inconveniente além daquele que pode resultar da ação da mesma”.

O usuário da rede pública necessita de amparo e esclarecimento para efetivar o direito à saúde, principalmente dos órgãos municipais, porquanto se dirigirá, em geral e inicialmente às Unidades Básicas de Saúde – UBS's, por estarem mais próximos à população e serem a porta de acesso ao sistema público.

Outrossim, não se pode perder de vista que uma vez existindo a informação quanto à possibilidade de atendimento na rede pública, tal dado não pode ser ignorado pelo magistrado, muito menos pela parte contrária, e em havendo discordância fundamentada, em geral realiza-se perícia médica.⁸⁰ A omissão na apresentação de dados que estejam e sejam disponíveis a uma das partes, desde que não haja violação à privacidade, intimidade ou segurança do Estado, pode acarretar, nas ações de saúde, prejuízos irreparáveis já que se lida de um lado com a vida e o bem-estar de um paciente e de outro com recursos públicos já tão escassos, que não podem ser desperdiçados.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. (em apêndice a CF/1988, com as emendas constitucionais até a de n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012.

⁸⁰ É que o pode verificar pela decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região ao anular sentença que não realizou perícia, mesmo diante da informação prestada nos autos pelo Ministério da Saúde:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PORTADOR DE PÚRPURA TROMBOCITOPÊNICA IMUNOLÓGICA CRÔNICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. INEXISTÊNCIA DE PROVA PERICIAL INDISPENSÁVEL AO DESLINDE DO FEITO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA.

1. Apelações interpostas pela União e pelo Estado do Rio Grande do Norte em face de sentença que julgou procedente o pedido, para determinar que sejam fornecidos ao autor 04 frascos do medicamento MABTHERA 500mg.

2. "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que 'o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros'" - trecho da ementa do AgRg no Ag 907820/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 05/05/2010). Preliminar de ilegitimidade passiva da União rejeitada.

3. *Não há nos autos qualquer documento que afirme que o medicamento pleiteado é o único existente e adequado para o tratamento do paciente, mormente em se considerando a informação do Ministério da Saúde esclarecendo que o SUS disponibiliza outros fármacos como alternativas eficazes a tal desiderato.*

4. *Tendo em vista que o juízo a quo dispensou prova pericial indispensável ao deslinde da questão, impõe-se a anulação da sentença, por ser a questão de mérito de direito e de fato, a qual necessita de produção de prova.*

5. De outra banda, por cautela, considerando que o direito à vida e à saúde é prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à população pela Constituição da República, deve ser mantida a decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada até a realização da perícia médica, quando, então, o juízo de primeiro grau deverá reexaminar a questão.

6. Prejudicada a apelação do Estado do Rio Grande do Norte.

7. Parcial provimento da apelação da União, para anular a r. sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de Primeiro Grau, devendo o feito prosseguir regularmente.

(Tribunal Regional Federal da 5ª Região, PROCESSO: 200984020000576, AC508680/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 02/02/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 09/02/2012 - Página 175) grifo nosso

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8.046/2010**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8D127D689E0AE53EBBF704ECA7AEF3A3.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. Consultoria Jurídica. **Evolução dos gastos com demandas judiciais**. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/EVOLU%C3%87%C3%83O%20GASTOS.pdf>.

COUTO, Camilo José D'ávila. **Dinamização do ônus da prova**: teoria e prática. São Paulo. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-05072012-140925/pt-br.php>. Acesso em: 30 nov. 2013.

GÕES, Gisele. **Teoria geral da prova**: apontamentos. Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola. In DIDIER JR., Fredie (coord.). Salvador: JusPodivm, 2005, vol. IV.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed., rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013, vol. I.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. **Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais**, Brasil. Disponível em http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/judicializacao-da-saude/wp-content/uploads/2011/11/Judicializacao_MinasGerais.pdf. Revista Saúde Pública, Minas Gerais, nov. 2010. Acesso em 13 out. 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal?: reflexões na perspectiva do garantismo processual. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 231-238, jul./set. 2012.

SANTOS, Jose Sebastião dos et. al. **Protocolos clínicos e de regulação**: acesso à rede de saúde. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SILVA, Roseli de Souza e. Direito à informação e a efetivação da sociedade democrática. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações _ RDIT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 177-196, Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT Belo Horizonte, ano 3, n. 4, jan./jun. 2008, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público Cópia da versão digital jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53950>. Acesso em: 29 jul. 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal**: uma visão pós-moderna. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

CRÍTICAS À COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL

Vladimir Souza Carvalho⁸¹

Resumo

O atual modelo de composição dos Tribunais Eleitorais resulta de dispositivo constitucional. No âmbito regional prepondera a influência dos Tribunais de Justiça, apesar das peculiaridades das tarefas desenvolvidas. Este trabalho quer apontar possibilidades de aperfeiçoamento, notadamente, quanto a origem e destinatários da composição. Com o evoluir da experiência, a análise por dedução das experiências apresenta um ambiente de instabilidade nos conteúdos dos julgamentos e abordagem de observadores especializados. Com isto, o conjunto atual demonstra a conveniência de que a comunidade jurídica se debruce sobre novas propostas, justamente, na busca de resultados que garantam a estabilidade das decisões, efetivamente, merecedoras da confiança dos jurisdicionados.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral; Tribunais; Composição; Análise.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 adotou, quase que totalmente, a estrutura de composição do Tribunal Regional Eleitoral, consagrada nas Cartas anteriores. Nenhuma alteração substancial introduziu. Os tribunais regionais eleitorais permaneceram dominados pelo Tribunal de Justiça, continuam sendo deste quase um mero e estranho apêndice.

Evidentemente que a matéria é complexa.

Os tribunais eleitorais, sejam os tribunais regionais eleitorais, seja o próprio Superior Tribunal Eleitoral, apresentam uma característica ímpar, que nenhum dos demais tribunais brasileiros, sejam os federais, sejam os estaduais, a carregam. A característica repousa na transitoriedade da ocupação de suas cadeiras. Justamente aí repousa o ponto nevrálgico que o constituinte de 1988 não ousou avançar, de maneira que preferiu deixar as coisas como estão para ver o que acontece, a fim de, mais tarde, se for da conveniência política, alterar alguma coisa, surgindo uma solução adequada, evidentemente.

Os tribunais regionais eleitorais se compõem de dois desembargadores estaduais, dois juízes de direito da comarca da capital, dois advogados, e, de um desembargador federal ou juiz federal, a depender de estar em capital onde os tribunais regionais federais tem ou não sede.

Dos sete componentes, seis saem da algibeira do Tribunal de Justiça do respectivo Estado, que se encarrega de designar os dois desembargadores, os dois juízes de direito e, ainda, de elaborar a lista tríplice para escolha, por parte da Presidência da República, dos dois juristas. Somente com um membro entram os tribunais regionais federais, numa contribuição bastante modesta, sobretudo em

⁸¹ Ex-juiz de direito das Comarcas de Nossa Senhora da Glória e de Campo do Brito, no Estado de Sergipe. Ex-juiz federal da 2ª. Vara das Seções Judiciárias do Piauí, Alagoas e Sergipe, respectivamente. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, com sede em Recife.

relação a quatro membros oriundos de escolha do tribunal de justiça e de dois cujos nomes partem de votação do dito tribunal de justiça. Ou seja, mesmo não escolhido pelo tribunal de justiça, este participa do processo de escolha ao constituir a lista tríplice.

A composição, assim delineada, é matéria a despertar, ao longo dos anos e da prática que segue, os estudos devidos, no destaque aos seus aspectos positivos e na condenação de seus pontos negativos, talvez estes, consideravelmente, em maior número, crítica que este artigo, reproduzindo ideias expostas em palestra proferida em seminário jurídico, organizado pelo Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe, em setembro último [2008], tentará fazer.

2 Composição Transitória

Reitere-se cuidar-se de ser o único tribunal no país de composição transitória e emprestada. Os demais têm composição própria e permanente. O seu componente só pode permanecer, no máximo, por dois biênios seguidos, ou seja, por quatro anos, regra que aparece como exceção, visto em geral caber a cada um membro apenas o exercício de um biênio.

O fato é extremamente negativo, à medida que essa transitoriedade não ajuda a consolidar uma jurisprudência firme e segura, ante a real possibilidade, de acordo com a sua composição, de alterar posicionamentos já consolidados anteriormente. O biênio é muito pequeno para tanto, além de outros fatores, como o fato de a composição ser emprestada, isto é, tomada emprestada, por um período, de outros tribunais, do juízo de direito de primeiro grau, da justiça federal [de segunda e primeira instâncias] e da classe dos advogados.

Depois, as querelas eleitorais, em absoluta unanimidade, vão estourar na época das eleições, salvo aqui e ali uma honrosa exceção. Estando os tribunais eleitorais, em seu todo, sujeitos aos prazos, dado ao fato de a eleição ser um processo eminentemente dinâmico, a rapidez exigida para os julgamentos é um fator negativo, à medida que o Judiciário [eleitoral] se vê obrigado a decidir até determinado dia, para não prejudicar o calendário eleitoral. A necessidade compulsória de correr sempre, para não ser tragado pelos prazos, se erige mais como uma pedra profundamente pesada, embora não se tenha outro caminho.

Como todos os seus membros sabem, de antemão, da condição de transitoriedade, ninguém, salvo miúdas exceções, se prepara para a função, ou seja, não se preocupa em estudar a legislação eleitoral a fundo para melhor desempenhar as suas funções. O ideal seria que o novo componente, ao assumir uma cadeira em um tribunal eleitoral, pudesse cotejar toda a legislação eleitoral, ao lado das principais decisões dos últimos dez anos, sem deixar na poeira da estante as noções de ciência política, a fim de, de antemão, ter uma visão da legislação, da jurisprudência, da doutrina eleitoral e política, requisitos fundamentais para poder ocupar a cadeira de membro do tribunal regional eleitoral com perfeita noção de tudo que o aguarda, em nível de processo a ser julgado.

Na prática, vai ocorrer que os tribunais eleitorais, já, de antemão, conhecendo a realidade cultural e jurídica da maioria de seus ilustres membros, vão escalar uma série de servidores, que, assim, se transformam em especialistas na matéria, para poder servir e assessorar o membro, quando não elabora totalmente seu voto, salvo, naturalmente, aquelas questões mais comentadas pela mídia.

Da Bíblia se colhe, no Novo Testamento especificamente, a assertiva de Jesus Cristo de que ninguém pode servir a dois senhores ao mesmo tempo. Mas,

infelizmente, é o que ocorre com relação aos membros do Tribunal Regional Eleitoral que possuem, por força da profissão, outras atividades, que, aliás, não podem nunca ser suspensas. O acúmulo das duas funções, aliado ao fato de a matéria eleitoral exigir preferência, não ajuda a consolidar no Julgador, que ocupa uma cadeira no tribunal regional eleitoral, o desafio de uma pesquisa profunda e serena da matéria objeto da lide, terminando por delegar poderes à assessoria ou a copiar decisões superiores, evitando, desta forma, a maturidade do seu julgado.

A composição transitória é, assim, extremamente negativa na vida do tribunal eleitoral, até mesmo por não incentivar o estudo e leitura, sobretudo levando em conta o período certo, curto e determinado, da permanência do membro na Corte. O mesmo se diga do fato de a composição ser emprestada.

Por outro lado, levando em conta as paixões que a disputa pelo poder provoca, contaminando, muitas vezes, grande número de julgadores, talvez soasse de forma negativa a existência de um tribunal eleitoral de composição permanente, como os demais colegiados, pela gama de poderes que se ia depositar em mãos de cada juiz. Natural que tal solução não parece conveniente.

3 O Pagamento de Jeton por Sessão

Vinculados ao tribunal regional eleitoral estão somente os seus servidores. Os membros não passam de julgadores ilustres que, por um biênio, irão ocupar uma cadeira, afastando-se, automaticamente, quando o período se esgotar, independentemente de qualquer ato. São, assim, membros provisórios, na passagem de um biênio ou, no máximo, de dois.

A falta de vinculação dos seus julgadores faz com que o tribunal regional eleitoral não lhes pague, em contraprestação, um ordenado, como o faz, mensalmente, aos seus servidores. Aos juízes do tribunal apenas um jeton, de acordo com a presença nas sessões. Só. Nada mais. Aparentemente é um bom negócio, porque a justiça eleitoral faz uso de profissionais de outros tribunais, de outros juízos e da profissão de advogados, retribuindo seus esforços pelo jeton de acordo com o seu comparecimento. É a composição emprestada, já afirmei antes.

Se a falta de pagamento de um ordenado certo se torna inadequado, gerando para o tribunal uma economia à medida que paga apenas um jeton, por outro lado, o jeton em si, isoladamente, embora represente um aumento provisório na renda do julgador escolhido, não se constitui em incentivo a sua perfeita e total dedicação ao tribunal, por estar vinculado a outro tribunal, ou ao juízo de primeira instância ou, por fim, as suas atividades advocatícias, no caso do jurista, não podendo abrir mão deste desempenho para só cuidar, única e exclusivamente, dos afazeres que o cotidiano do tribunal exige de cada um dos seus membros. O jeton é muito pouco para o advogado, por exemplo, abandonar, por alguns meses, nos períodos anteriores e posteriores às eleições, as suas atividades profissionais, a fim de se dedicar aos seus processos no Tribunal Eleitoral, só para argumentar, o que significa que o seu desempenho, por outro lado, não será aquilo que se pode exigir. Um desembargador ou um juiz de direito ainda pode se afastar nos meses mais imediatos à eleição. Mas, do advogado, não se pode esperar tal atitude, porque os prazos processuais, nas demandas que promove, estão correndo a seu desfavor, de maneira a se desdobrar em dois para poder atender, pelo menos, a um, o que não é, em absoluto, positivo.

Isto é um detalhe profundamente negativo.

4 O Predomínio do Tribunal de Justiça

Ao tribunal de justiça é dado o direito de escolher seis dos sete membros dos tribunais regionais eleitorais. O fato desequilibra completamente a balança. É certo que o momento histórico em que a norma foi, pela primeira vez, criada, em 1934, assim conduziu o constituinte a tal delegação, sobretudo porque, à época, não eram conhecidas as associações de magistratura estadual e federal, nem tampouco a Ordem dos Advogados do Brasil, de maneira que não haveria outra solução senão se valer dos tribunais de justiça, para a composição dos tribunais regionais eleitorais.

Bom. Mas, os tempos passaram. As associações dos magistrados foram criadas, a Ordem dos Advogados do Brasil nasceu e se organizou, de maneira que não se faz mais devido que, para a escolha dos juízes de direito, a compor os tribunais regionais eleitorais, se faça mais necessária à intervenção do tribunal de justiça, da mesma forma com relação à organização da lista tríplice objetivando a escolha de dois juristas. A Associação dos Magistrados poderia se encarregar de tal escolha, como também a Ordem dos Advogados do Brasil deveria assumir a tarefa de elaborar a lista tríplice para a escolha dos dois juristas.

A outra alternativa seria, no caso dos juízes de direito da comarca da capital, os tribunais de justiça terem um critério científico e uniforme, inserido no seu regimento, ou na forma de lei, a fim de, na indicação, prestigiar todos os magistrados, evitando a recondução do juiz para novo biênio, a escolha de nomes de acordo com o poderio político do magistrado, ou seja, de quem sabe mais pedir, circunstância que sempre deixa para trás o magistrado que se esconde na sua vara por não saber se curvar a pedidos. Em suma, deveriam os tribunais de justiça ter uma linha de critério, não sendo justo que magistrados que atuam na comarca da capital passem longos anos em atividade e se aposentem sem nunca terem sido indicados a compor o tribunal regional eleitoral, em detrimentos de outros que são até reconduzidos, ou escolhidos outra vez depois de passar um ou dois biênios afastados.

Em outra vertente, observa-se que os tribunais de justiça, em sua perfeita maioria, lidam com conflitos regidos pelo direito privado, enquanto o tribunal regional eleitoral vai enfrentar matéria essencialmente de direito público, encostando-se no direito constitucional e no direito administrativo. O choque é profundo. São direitos que não guardam simetria e reclamam conhecimentos específicos, de maneira que ser especialista em direito de família ou em direito criminal, por exemplo, não são bons requisitos para a indicação do juiz de direito, quando a matéria, que espera o Julgador, na discussão do dia a dia forense eleitoral, é totalmente outra, o que o leva a claudicar em suas decisões, por se constituir em ramo do qual tudo lhe será estranho, e no qual, naturalmente, não vai decidir com absoluta segurança.

Também a elaboração da lista tríplice para a escolha, pela Presidência da República, do jurista, é algo que afronta a lógica, não só pela capacidade de a própria Ordem dos Advogados proceder tal escolha, como pela necessidade de se elaborar critérios de escolha, a fim de que só pudessem ser votados os profissionais com mais de quinze ou vinte anos de efetiva atividade na condição de advogado estritamente militante. A inadmissível a escolha de nomes de advogados sem nenhuma experiência, meros iniciantes desconhecidos, só porque, se agarrando a alguma toga de desembargador, consegue o milagre de receber votos suficientes para integrar uma lista.

O jurista, como é chamado na linguagem interna do Tribunal Eleitoral, ou o advogado de notável saber jurídico e idoneidade moral, no texto constitucional, deveria, em princípio, além de ser um profissional de experiência, um veterano, um

nome conhecido e respeitado de todo mundo jurídico, deveria, também, trazer o aval da sua classe, em algum tipo de eleição na qual o sufrágio partisse de seus pares. Penso.

O que acontece, na realidade, é o Tribunal de Justiça se encarregar, por força constitucional, de indicar, e indica, evidentemente, na maioria dos casos, aqueles que são protegidos de algum desembargador, aqueles que sabem fazer boa campanha perante os membros do colegiado estadual, integrando a lista nomes completamente sem conexão com a profissão, embora com inscrição na OAB. Depois, a escolha, por parte do Presidente da República, mostra que o grupo dominante indica quem quer, porque o Presidente da República não conhece ninguém, nem poderia, sobretudo num país da dimensão continental, como o nosso. Enfim, a escolha pode recair em um advogado político, que vai para o Tribunal Eleitoral defender os interesses do grupo que patrocina sua escolha, como prova de gratidão e até mesmo como sinal de confiança para poder ser reconduzido, porque uma realidade não pode ser escondida: para ser aclamado para compor o tribunal, o candidato necessita de apoio político.

Se a escolha do advogado em si, como membro do tribunal regional eleitoral, não se afigura como algo positivo, data vênua de quem pensa em sentido contrário, a indicação de nomes, pelo tribunal de justiça, é, por outro lado, sumamente negativa. As contendas do tribunal regional eleitoral se verificam, por parte dos litigantes, na busca pelo poder. Sem o poder como prêmio, não haveria necessidade de tanto litígio. O advogado, como profissional, pode estar vinculado a um determinado grupo político por força de suas atividades, ou a um político, nas suas atividades de empresário. Uma vez ocupando a cadeira de jurista, não estará imune a pedidos e pressões formuladas por quem lhe é próximo, de forma a retirar de sua decisão a força da imparcialidade e da justiça, apenas para fazer média com o seu constituinte, a quem presta serviços e de quem recebe polpudos honorários. É uma situação que não se pode desprezar.

Por outro lado, o próprio ato de escolha por parte do Tribunal de Justiça termina se transformando em rotina, sem se falar na falta de vínculo dos membros que, naquele momento, não ocupam uma cadeira no Tribunal Eleitoral, de forma a proceder aos votos com um desinteresse pela matéria, sufragando nomes sem peso cultural e jurídico, sem esquecer que é um tribunal de justiça estadual escolhendo membros para compor um tribunal federal, que, no fundo e na prática, lhe é completamente estranho, sobretudo levando em conta já possuir equipe de pessoal própria e bem remunerada, sem guardar nenhum vínculo com a do tribunal de justiça. É, em suma, outro mundo.

Mesmo levando em conta a situação de a escolha, por parte do Tribunal de Justiça, ser bem feita, quer dos desembargadores, quer dos juizes de direito, quer da lista tríplice do advogado, os seus membros são compelidos a votar em nomes que se destacam em suas áreas de atuação, geralmente no campo do direito privado, nunca no do direito público, pela maior intimidade que só o juízo federal tem com tal ramo, o que implica escolhas não adequadas para o Tribunal Eleitoral. Não há como fugir desta realidade. Um magistrado, com toda a sua experiência de direito de família, acostumado a lidar apenas com separações, divórcios e alimentos, não terá condições de desempenhar com afinco as condições de membro do Tribunal Eleitoral, pela absoluta falta de intimidade com o ramo do Direito Eleitoral, o que não deixa de ser, também e por outro lado, essencialmente negativo.

Essa falta de intimidade pode levar a se cometer excessos ou a se escorregar.

Vi, no Tribunal Eleitoral sergipano, um exemplo do desvio de competência, que demorou a ser extirpado. Um desembargador presidente, assustado com o valor

dos proventos de um servidor, levou o processo para o pleno, a fim de dividir a responsabilidade da decisão. Resultado: virou moda, a ponto de, depois, se decidir acerca da incorporação de índices inflacionários nos vencimentos dos servidores, como se cuidasse de matéria de sua alçada. Como juiz federal, tive ensejo, na condução de processos distribuídos a minha vara, de compulsar decisões, emanadas do Tribunal Eleitoral, em seu Pleno, sob tal matéria. Foi de um voto meu, na minha última passagem como membro, que o Tribunal Eleitoral não julgou matéria idêntica, usurpando que se encontrava, naquele momento, no julgamento de matéria da alçada da Justiça Federal. Atracou-se no pior quando o Tribunal Eleitoral decidiu matéria de direito de família, na determinação de pagamento de pensão alimentícia e na fixação do percentual.

A que se deve tais escorregos na competência do Tribunal Eleitoral? A falta de conhecimento de quem deveria saber, de antemão, o que é de sua alçada e o que não é, propaga a ideia de que o Tribunal Eleitoral pode ser transformado em um tribunal de justiça, a ponto de julgar um leque de matérias, quando, apenas a eleitoral lhe diz respeito, por ser esta a única [matéria], a teor da Constituição.

5 A Presença de apenas um Magistrado Federal

É altamente negativo que apenas um magistrado federal, seja um desembargador federal, seja um juiz federal, participe do tribunal regional eleitoral, por ser, pelo seu lidar com o direito público, o mais apto profissional ao desempenho de tais funções, ou, pelo menos, aquele que se apresenta com melhor curriculum para tanto, dada a matéria de direito eleitoral se encontrar como ramo do direito público. É inegável a vantagem que leva em relação aos demais componentes, por ser a matéria mais familiar do que para aquele magistrado que lida apenas com ramos do direito privado na labuta de sua faina na vara que titulariza.

A participação de um só juiz federal não figura assim como de boa política, principalmente quando, muitas vezes, está cercado de eminentes magistrados e juristas sem nenhuma intimidade com o direito público, não tendo condições, portanto, de enfrentar as grandes questões que as contendas eleitorais vão reclamar.

Depois, há um tópico contraditório: apesar de ser federal, o tribunal eleitoral é composto de quatro magistrados estaduais e de apenas um federal, de maneira a trocar o federal pelo estadual. Apesar de o juiz federal integrar a Justiça da União, sendo, portanto, federal, como integra o Tribunal Eleitoral, este, por força da Carta Magna, conta com mais juízes estaduais que federais, o que não se justifica mais, sobretudo levando em conta o aumento de varas federais em todo o país, o que significa que já há um grande número de magistrados federais.

Inegavelmente que, entre um juiz de direito, a lidar, no seu dia a dia, com matérias alinhadas dentro do direito privado, um juiz federal, por ter, como tem, toda a sua base fincada no direito público, terá, sem sombra alguma de dúvida, na ocupação de uma cadeira no tribunal eleitoral maior rendimento e maior utilidade.

6 Conclusão

O Tribunal Regional Eleitoral cuida, especificamente, da matéria eleitoral, na escolha daquele que vai ocupar o poder, afinal, meta primordial das eleições. A busca pelo poder, qualquer que seja o Estado, é algo sempre inebriante, envolvendo paixões acirradas do eleitorado que, queira ou não, terminam encontrando ninho em muitos dos membros do Colegiado. O julgador é homem e, como tal, não está isento

de paixões partidárias. Não há até aqui notícias do julgador santo, eminentemente santo.

Na passagem pelo Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, por três biênios intercalados, na cadeira de juiz federal, pude observar que, muitas vezes, estamos sentados ao lado de julgadores que vestem camisas partidárias. Cito alguns casos que, a meu ver, mostravam o comprometimento de determinados julgadores.

[1] Discussão acerca da inelegibilidade de um prefeito do interior. Determinado julgador se notabilizava pelos seus votos manuscritos, cheios de riscos. Nesta questão, antes que o seguinte ao relator pudesse manifestar sua opinião, pede vista, trazendo no dia seguinte o voto brilhantemente digitado, numa linguagem técnica que desafiava seus parcos conhecimentos, até ali expostos.

[2] Discussão acerca do uso da máquina estatal em determinado município. Um julgador pede vista do feito, devolvendo na seção seguinte. Seu voto se constituía numa clara defesa do grupo político a que estava ligado, não conseguindo esconder sua paixão. Outro julgador, do mesmo jeito, perdia a elegância quando algum advogado, na tribuna, fazia qualquer crítica a certo político.

[3] Discussão acerca da influência do parecer de recomendação do Tribunal de Contas do Estado no sentido de a Câmara de Vereadores não aprovar as contas de tal prefeito. Um julgador, no início da sessão, fechava as fileiras a favor da decretação de inelegibilidade de um candidato. No intervalo, para um lanche, dele aproximou-se outro julgador e, em menos de trinta segundos, sua opinião foi alterada.

[4] Há também o caso do julgador que, para demonstrar gratidão ao prefeito da Capital, que tinha sido seu padrinho no processo de escolha de seu nome pela Presidência da República, para funcionar um biênio no Tribunal Regional, não tem a menor cerimônia de, ao votar em certa questão, fazer o elogio à administração municipal.

Ainda recentemente, numa questão que terminou empatada, decidindo a Presidência da Casa pela impugnação do candidato a prefeito, um dos votos, favoráveis à impugnação, foi puxado por ilustre membro, circulando o forte boato que assim fazia para atender a pedido de determinado parlamentar federal, a quem devia alguns inesquecíveis favores.

Os exemplos mostram como é difícil manter o julgador isento de qualquer paixão, vírus que pode atingir todo o colegiado, se não estiver fortemente vacinado.

A exposição da matéria serve como subsídio para sedimentar a dificuldade de um tribunal eleitoral funcionar a contento, não só pela falta de preparo na matéria de direito eleitoral, como também pela influência político-partidária transmitida.

A matéria, pela sua complexidade, exige reflexões profundas. Não se vai apontar resoluções mágicas que, de um momento para outro, solucione os problemas abordados. O certo é que, da maneira como a sua estrutura se apresenta, com o quase total domínio do Tribunal de Justiça na escolha dos membros do Tribunal Eleitoral, saindo, inclusive, de seu bolso a figura do presidente e do vice, obrigatoriamente, por força da Constituição, o rastro que deixa não é bom, reclamando alteração que o constituinte, mais cedo ou mais tarde, vai parar para refletir e indicar o caminho correto.

É o que sempre se espera.

O SURSIS PROCESSUAL E O CRIME ELEITORAL

João Hora Neto⁸²

É preciso prestar atenção: nós homens não somos iguais. Há uns que não valem, outros que valem muito. Mas o nosso dever de Homem é diminuir a desigualdade humana.

Pontes de Miranda

Resumo

Positivado no Direito Pátrio através da Lei 9.099/95, art. 89, o Sursis Processual representa uma das maiores inovações na prestação jurisdicional penal, atingindo os crimes com pena mínima *in abstracto* de até um ano, afora demais requisitos, sendo aplicável a qualquer delito (comum, eleitoral, fiscal, etc). A decisão judicial que o homologa é uma decisão interlocutória, que não examine o mérito, gerando para o réu uma gama de benefícios, dentre as quais, por primacial, a inoccorrência de reincidência e do sumário de culpa, além de, em sede de Direito Eleitoral, não implicar na perda ou suspensão dos direitos políticos. A competência para fiscalização é exclusiva do Juízo Processante (Comum ou Eleitoral), que pode deprecar a fiscalização, e nunca do Juízo da Vara das Execuções Criminais, por não haver sentença de mérito.

1 Introdução

Induvidoso é que a Lei 9.099/95, em vigor há quase doze anos, representa um marco revolucionário no Direito Penal Pátrio, com a instituição do Juizado Especial Criminal. De fato, inspirada pela denominada Justiça Penal Consensual, dita Lei trouxe à lume diversos institutos de relevo, modernos e eficientes, como, por exemplo, a composição civil dos danos, a transação penal, e, muito especialmente, o sursis processual ou a suspensão condicional do processo, este aplicável não só aos crimes de menor potencial ofensivo (de bagatela), como também aos crimes de médio potencial ofensivo, cuja pena mínima em abstrato não ultrapasse um ano.

Em verdade, o sursis processual é um benefício para o réu, vez que não gera efeitos típicos da sentença condenatória, tipo reincidência, rol de culpados, prisão, maus antecedentes, podendo ser aplicável em qualquer natureza de crime, ou seja, comum, militar, eleitoral, ambiental, etc.

Em sede de crime eleitoral há um aspecto importante a destacar, isto é, o sursis processual não implica na perda dos direitos políticos, visto que a decisão que o homologa não é de mérito, isto é, nem condena e nem absolve e que, na prática forense, tem sido usado às largas, com real sucesso, evitando-se o sumário da culpa, no mais das vezes burocrático, demorado e tendente à prescrição.

2 Conceito de Sursis Processual

À luz do magistério, a suspensão condicional do processo:

⁸² Juiz de Direito no Estado de Sergipe. Professor na Universidade Federal de Sergipe. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Especialista em Novo Direito Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.

Trata-se de um instituto de política criminal, benéfico ao acusado, proporcionando a suspensão do curso do processo, após o recebimento da denúncia, desde que o crime imputado ao réu não tenha pena mínima superior a um ano, mediante o cumprimento de determinadas condições legais, como o fito de atingir a extinção da punibilidade, sem necessidade do julgamento do mérito propriamente dito. É denominado, também, de *sursis processual*.⁸³

Em igual desiderato doutrinário, por seu turno, assim o conceitua *Fernando Capez, verbis*:

Trata-se de instituto despenalizador, criado como alternativa à pena privativa de liberdade, pelo qual se permite a suspensão do processo, por um determinado período e mediante certas condições. Decorrido esse prazo, sem que o réu tenha dado causa à revogação do benefício, o processo será extinto, sem que tenha sido proferida nenhuma sentença.⁸⁴

O instituto da Suspensão Condicional do Processo, do “*sursis antecipado*” ou do “*sursis processual*” está previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, vigente desde 28/11/1995, sendo considerado pela doutrina como uma das maiores inovações introduzidas no sistema processual penal.

Trata-se de um instituto revolucionário, moderno, na esteira da chamada Justiça Penal Consensual, aplicável não só às infrações de menor potencial ofensivo, mas também a qualquer infração cuja pena mínima cominada -- *in abstracto* -- não ultrapasse um ano, consoante assim preleciona, *in verbis*:

Desde logo, ressalte-se que, embora dirigidas à solução do conflito surgido com a alegada prática dessas infrações penais ditas de médio potencial ofensivo, em tese, nada impede que tais regras se apliquem também em ações penais condenatórias em que veiculada pretensão punitiva fundada na alegada prática de infrações penais de menor potencial ofensivo, quando inviabilizada a aplicação antecipada da pena não privativa de liberdade, como inicialmente proposta, na forma das regras do art. 76 da Lei. 9.099/95.⁸⁵

No cotidiano forense, em sede de Justiça Criminal, é um instituto usual, frequente, recorrente, de larga eficácia, essencialmente desburocratizante, pois evita-se o sumário de culpa - não havendo sentença, não havendo rol de culpados, não havendo antecedentes criminais, bem como promove e fomenta a ressocialização do acusado, inclusive com o reconhecimento de “sua” vítima na audiência homologatória. Aliás, por sinal, na aludida audiência de *sursis processual*, entendo que é dever do Juiz explicar ao réu, com detalhes, e da maneira mais prática e informal possível, acerca do alcance do instituto, *mas sem entrar no mérito da lide*, inclusive alertando ao acusado que, se o mesmo entender “que tem culpa no cartório”, como se diz no popular, ou mesmo se tem dificuldade ou impossibilidade em provar o seu alibi, preferível é a aceitação do *sursis processual* a fim de angariar os benefícios do mesmo, mormente evitar a reincidência.

⁸³ NUCCI, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 409.

⁸⁴ CAPEZ, Fernando. *Legislação penal especial*. 4. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, v. 2, p. 39.

⁸⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Juízados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 156.

3 Requisitos

O referido art. 89 da Lei 9.099/95 estabelece os requisitos objetivo e subjetivo de admissibilidade, a saber:

3.1 Requisitos Objetivos

3.1.1 Pena mínima cominada ao crime não pode ultrapassar um ano

Observe-se bem que a pena mínima cominada deve ser examinada *in abstracto* e não *in concreto*, e que pode sim ser inferior a um ano, mas jamais superior a um ano; abrange não só as infrações de menor potencial ofensivo, como também as infrações de médio potencial ofensivo sujeitas ou não a procedimento especial, valendo-se lembrar que embora o texto da lei se refira a expressão crime, igualmente se aplica o instituto ao chamado “crime anão”, isto é, a contravenção.

De referência à hipótese de concurso de crimes -- *crime continuado, concurso material ou formal* -- filio-me à corrente doutrinária e jurisprudencial mais benéfica, entendendo que as penas não devem ser somadas e nem devem ser considerados os acréscimos nos casos de concurso formal e crime continuado, pois que, a nosso juízo, o legislador levou em consideração tão apenas o tipo de infração penal, isto é, *a gravidade da infração*, cuja pena mínima não pode ser superior a um ano, consoante assim magistério: “Quanto à pena (requisito objetivo), o critério de valoração é o individual (CP, art. 119 e Súmula 497 do STF). Cada crime deve ser considerado individualmente, com sua sanção mínima abstrata respectiva”.⁸⁶

Dessarte, nesse cotejo, o próprio Enunciado nº 11, do Fórum Nacional Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais, também tem secundado o mesmo entendimento, *verbis*: “Enunciado nº 11. Não devem ser levados em consideração os acréscimos do concurso formal, do crime continuado para efeito de aplicação da Lei 9.099/95”.

Já de referência ao crime tentado, entendo que a diminuição *in abstracto* deve ser a máxima, isto é, dois terços e, em igual sintonia doutrinária mais benevolente, nas causas de diminuição deve-se considerar o máximo da diminuição *in abstracto*, bem como nas causas de aumento deve-se aplicar o mínimo de aumento.

3.1.2 Ausência de outro processo em curso

Sustento que tal requisito é inconstitucional, por violar o Princípio da Presunção da Inocência (art. 5º inciso LVII CF/88), e, por conseguinte, causar um dano irreparável ao réu, que por sinal tem um direito público subjetivo ao *sursis processual*. Imagine-se, aqui, por exemplo, o fato de o processo em curso anterior resultar numa sentença absolutória ou mesma extintiva de punibilidade (prescrição, por exemplo), como ficaria a situação do réu se por acaso for condenado naquele processo cuja suspensão lhe fora negada pelo fato de estar respondendo a um outro processo, isto é, por inoccorrência do requisito ora em exame?

3.1.3 Inexistência de condenação anterior por outro crime

À evidência, tal requisito não se aplica se o réu foi condenado, anteriormente, a uma pena de multa ou condenado por contravenção. A nosso juízo, aplica-se o presente requisito a qualquer condenação anterior por crime, *pouco importando se*

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 222.

doloso ou culposo, se consumado ou tentado, sendo tal condenação impeditiva da suspensão condicional do processo, devendo, todavia, a nosso juízo, ser observado o prazo ou período depurador, para fins de reincidência (ou seja, cinco anos), conforme a regra do art. 64 do Código Penal, até porque ressoaria ilógico, por exemplo, o fato de alguém ter sido condenado por um crime culposo há mais de vinte anos e, agora, se cometesse um estelionato, não poder beneficiar-se do sursis processual, em razão de uma mácula anterior, de uma reincidência eterna, sem qualquer prazo depurador, como assim exige o art. 64 inciso I do Código Penal, isto é, um prazo depurador de cinco anos, inspirado no chamado sistema da temporariedade.

3.2 Requisito Subjetivo

3.2.1 Coexistência das circunstâncias de que trata o inciso II do art. 77 do Código Penal ou requisitos da suspensão condicional da pena

Cuida-se de um requisito essencialmente subjetivo, que exige prudente arbítrio do Julgador e do Ministério Público, sendo que este tem o poder-dever de ofertar ou não a proposta de sursis processual. Acerca desse requisito, assesta a unânime doutrina que, basicamente, deve-se aferir se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, em cotejo similar com o art. 77, inciso II do referido Diploma Legal, são ou não favoráveis ao réu, impondo-se atentar para a culpabilidade, a conduta social, os antecedentes, a personalidade, os motivos, as circunstâncias do delito, etc., a fim de sopesar-se o real juízo de reprovabilidade que permita ou não o reconhecimento do sursis antecipado.

4 Natureza Jurídica do Sursis Processual

Indaga-se aqui qual a natureza jurídica do instituto: *se de direito material, processual ou ambos*.

Nesse sentido, a majoritária doutrina entende que se trata de um instituto misto, de dúplici natureza, isto é, é de cunho material (penal), por ensejar uma eventual extinção de punibilidade (art. 89 § 5º da Lei 9.099/95), acaso o réu cumpra rigorosamente as condições impostas durante o período de prova, mas também tem a natureza adjetiva (processual), à vista do procedimento aplicável, que implica no sobrestamento da lide, sem exame da culpabilidade do agente. Dessarte, em sendo também uma norma processual, a sua incidência é imediata, de logo, ainda que o delito tenha ocorrido antes da vigência da lei (28/11/1995), bem como em sendo uma *lex nova* benéfica, a sua incidência é retroativa, isto é, aplica-se a fatos ocorridos antes da vigência da lei, por força de dispositivo constitucional (art. 5º inciso XL), como também assim verbera, em igual sintonia doutrinária, o eminente *Fernando da Costa Tourinho Filho*⁸⁷, *in verbis*:

Na verdade, se a norma do art. 89 é eminentemente híbrida, visto que mesclada de conteúdo processual e penal, sobressaindo, com vantagem, suas conseqüências jurídicas no plano material, como se infere do seu § 5º, deverá ela ser subsumível à noção da *lex mitior*, e, desse modo, a toda evidência, é possível a sua aplicação.

⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.

5 Classificação da Decisão que Suspende Condicionalmente o Processo

Averba a doutrina majoritária que se trata de uma *decisão interlocutória*, sendo esse o posicionamento a que me filio sem vexame e sem percalço. E para tanto, trago à baila o acurado magistério de *Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes*⁸⁸, *in verbis*:

A decisão do juiz que determina a suspensão do processo não julga o mérito, isto é, nem absolve nem condena nem julga extinta a punibilidade. Não se trata de sentença, portanto. Muito menos de mero despacho. Só resta admitir que é uma decisão interlocutória (decisão que não encerra o processo). Sobrestamento não é encerramento. Não se pode confundir o ato que suspende o processo com o que aplica imediatamente a pena alternativa aceita (art. 76).

E em assim sendo – *uma decisão interlocutória* – o recurso a ser interposto é o recurso em sentido estrito, nos moldes do art. 581 do Código de Processo Penal, nada obstante não esteja a suspensão condicional do processo expressamente prevista no rol do referido artigo, podendo, contudo, proceder-se à aplicação analógica, por força do art. 3º do CPP, valendo-se consignar, por oportuno, uma forte discordância jurisprudencial e doutrinária nesse particular.

A meu juízo, pois, da decisão que defere (homologa) ou indefere (recusa) a suspensão condicional do processo cabe recurso em sentido estrito, pois advogo que não se trata de uma decisão de mérito, na medida em que não encerra o processo, não exaure a jurisdição.

Nesse diapasão, assevere-se ainda que, *preferencialmente*, o momento próprio para o oferecimento da suspensão condicional do processo é quando o Ministério Público oferta a denúncia, e que, estando presentes os requisitos objetivos e subjetivos, decorre de um poder-dever a cargo da Promotoria de Justiça; malgrado isso, acaso não tendo sido ofertada a proposta de sursis, apesar de presentes os requisitos, o Juiz não pode fazê-la de ofício ou *ex officio*, podendo, todavia, valer-se do art. 28 do Código de Processo Penal ou mesmo o réu, no exercício de um direito público subjetivo, poderá impetrar Hábeas-Corpus contra o ato ilegal do Ministério Público.

6 Aplicabilidade em Sede de Direito Eleitoral

É voz corrente na doutrina que a suspensão condicional de processo aplica-se a qualquer delito que tenha pena mínima cominada de até um ano, pena essa considerada *in abstracto*. Nesse diapasão, pois, não importa se o delito tenha ou não procedimento especial ou se esteja ou não previsto no Código Penal ou em Lei Especial (Crime Eleitoral, Tributário, Ecológico, etc) – pois, como já dito, a admissibilidade ou não do sursis processual depende da pena mínima cominada em abstrato – *em tese* – afora, é claro, os outros requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, aqui já analisados.

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juízados Especiais Criminais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 286.

Pacificamente, o sursis processual aplica-se em sede de crime eleitoral, até porque o Código Eleitoral, no mais das vezes, não dispõe sobre a pena mínima das infrações eleitorais, aplicando-se desse modo a regra do art. 284, *verbis*:

Código Eleitoral – Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965
Art. 284. Sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão.

E nesse apanágio, sustenta a abalizada doutrina de *Joel J. Cândido*⁸⁹, *in verbis*:

A pena mínima dos crimes eleitorais nem sempre vem indicada, na lei, junto com a pena máxima, logo após a descrição do tipo, que é a técnica legislativa comumente usada em matéria penal. O legislador eleitoral preferiu indicar o grau dessa sanção pelo art. 284 do Código Eleitoral, norma aplicável a todos os crimes eleitorais em que silenciou.

Nesse cotejo, corrobora igual entendimento, *Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes*⁹⁰, *verbis*:

O art. 89 da Lei 9.099/95 não excluiu do âmbito de sua incidência nenhum crime previsto em lei especial nem qualquer procedimento especial. Logo, é evidente que a suspensão do processo é aplicável também aos crimes da competência das Justiças Militar, Eleitoral e Federal.

Bem como ratifica igual entendimento, *Julio Fabbrini Mirabete*⁹¹, *in verbis*:

Não fazendo art. 89 da Lei 9.099/95 qualquer restrição, mas, ao contrário, referindo-se o diploma legal aos crimes abrangidos ou não por ele, não inclui apenas os crimes de competência da Justiça Ordinária, mas também os da Justiça Especial. Trata-se de novo instituto a que a lei não fazia restrição em sua abrangência, permitindo sua aplicação na Justiça Militar e na Justiça Eleitoral [...].

7 Competência Para Fiscalização ou Execução do Sursis Processual

Como sabido, *a competência é a medida da jurisdição*, conceito esse já vetusto no Direito Pátrio. Na verdade, o instituto da competência é uma cláusula pétreia, uma viga mestra do Estado Democrático de Direito, pois representa uma regra cogente, imperativa, de ordem pública. Na esteira do magistério de Paulo Rangel⁹², assim é definida a competência, *verbis*: “Competência, assim, é o espaço, legislativamente delimitado, dentro do qual o órgão estatal, investido do poder de julgar, exerce sua jurisdição”.

Ademais, violar uma regra de competência é fenecer o Princípio Constitucional do Juiz Natural, este previsto no art 5º incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal, sendo manifestamente ilegal, imoral, aético e nulo de pleno direito a escolha do Estado-Juiz, arbitrária e aleatoriamente, para processar e julgar essa ou aquela demanda, de qualquer natureza.

⁸⁹ CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Edipro, 2006, p. 281.

⁹⁰ GRINOVER, op. cit. p. 260.

⁹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 251.

⁹² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 3. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2000, p. 215.

Pois bem. Uma vez homologado o sursis processual, por força de decisão interlocutória, a competência para fiscalizar as condições impostas no Sursis Processual é o do Juízo Processante e não do Juízo das Execuções Criminais, com estribo em sólida, robusta e farta doutrina, *senão vejamos:*

*Luiz Flávio Gomes*⁹³:

A fiscalização e o controle das condições fixadas no ato da suspensão do processo competem ao juízo processante, não ao juízo das execuções. A lei, na verdade, nada disse a respeito no artigo 89 (diferente é a disciplina do juizado especial criminal, visto que o art. 60 deixou claro que inclusive da execução ele se encarregará). De qualquer modo, a outra conclusão não se pode chegar. É que, nos termos dos artigos 105, 147 e outros da Lei de Execução Penal, só se fala em competência da Vara das Execuções após o trânsito em julgado da sentença. Em se tratando de suspensão do processo, é evidente que não existe pena nem sentença de mérito nem trânsito em julgado.

Notoriamente, a competência para fiscalização e execução do sursis processual é do Juízo Processante, isto é, do Juízo Natural -- *seja criminal ou eleitoral* -- mas sempre do Juízo Processante e jamais do Juízo da Vara das Execuções Criminais, haja vista que, tratando-se de *uma mera decisão interlocutória e não de uma sentença*, dita decisão não encerra a lide penal, não exaure a jurisdição criminal, não condena e não absolve o réu, mas unicamente e exclusivamente suspende o curso da ação penal, mediante a imposição de condições, que não se constituem em pena e que, por conseguinte, tal decisão não pode ser fiscalizada ou executada pela Vara das Execuções Criminais. De mais a mais, registre-se que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) não prevê, no rol da sua competência material, o instituto da suspensão condicional do processo, sendo este totalmente estranho às hipóteses previstas no artigo 66 incisos I a X da LEP, além do que a competência do Juízo das Execuções Penais nasce em razão da matéria (art. 69 inciso III do CPP) e somente se consuma após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, *ex vi* artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal. Todavia, *lamentavelmente*, no meu Estado (Sergipe), precisamente na Comarca Especial de Aracaju, persiste uma situação de total descompasso com a legislação federal em vigor, vez que as Leis Complementares Estaduais nºs 100/2005 e 101/2005, bem como o regulamento subsequente via Provimento nº 10/2005 da Corregedoria Geral de Justiça de Sergipe -- *criaram uma competência estranhável, inaudita, novel*, uma vez que ampliaram a competência de uma Lei Federal, qual seja, a própria Lei de Execução Penal -- *na medida em que conferiram competência à Vara das Execuções de Penas Alternativas, a chamada Vempa, para fiscalizar o sursis processual*, confundindo às claras o sursis processual com a sentença definitiva e de mérito em que se aplicam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) ou as penas restritivas de direito (art. 43 do Código Penal) -- não se percebendo, pois, que estes institutos, diferentemente do sursis processual, são institutos afetos à competência da Vara de Execução Criminal, consoante epigrafado no art. 66 incisos III alínea "d" e inciso V alínea "a" da Lei nº 7.210/84.

A meu juízo, malgrado tamanha inconstitucionalidade, por diversas vezes suscitei conflito positivo de competência entre a 1ª Vara Criminal da Comarca de

⁹³ GRINOVER, *op. cit.*, p. 337.

Aracaju e a Vara de Medidas e Penas Alternativas, da mesma Comarca, arguindo, em síntese, a incompetência desta para fiscalizar o sursis processual, mas todos os conflitos foram julgados improcedentes, mantendo-se a competência da Vempa, em detrimento do Juízo Processante, ou seja, o Juízo da 1ª Vara Criminal, do qual honrosamente titularizo – valendo-se ressaltar, *concessa venia*, que as venerandas razões dos Acórdãos do Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe não me convenceram em contrário.

Assevere-se ainda, por oportuno, e até por insistência doutrinária, que a competência é do Juízo Processante, em regra o do lugar da infração (art. 70 do CPP), que recebe a denúncia, homologa o sursis processual, fiscaliza as condições durante o período de prova e, por fim, julga extinta a punibilidade, a teor do art. 89 § 5º da Lei 9.099/95, podendo até, se for o caso de o réu residir em outra comarca, expedir precatória para o Juízo Comum Deprecado, que deve fiscalizar e acompanhar o cumprimento do período de prova, sem jamais alterar o conteúdo da decisão proferida pelo Juízo Processante, posto que, conforme magistério de Vinicius Cordeiro e Anderson Claudino da Silva⁹⁴, “para os efeitos o art. 89 da Lei nº 9.099/95, se acaso houver a expedição de carta precatória, a competência para a fixação das condições a serem propostas é do Juízo deprecante, tal qual estabelece a jurisprudência do STF a respeito da matéria.”; ademais, em caso de cumprimento integral das condições, ou mesmo na hipótese de descumprimento, deve apenas o Juízo Deprecado devolver a Deprecata ao Juízo Deprecante, para as providências pertinentes, *aplicando-se igual procedimento, em sede de crime eleitoral, se envolver Zonas Eleitorais distintas*.

Assim, nada obstante o posicionamento contrário do Tribunal de Justiça de Sergipe, conforme já assinalado -- efetivamente o que é vedado é a fiscalização por parte da Vara de Execução Criminal, ainda que em sede de precatória, conforme, inclusive, entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. LEI Nº 9.099/95. SUSPENSÃO DO PROCESSO. FISCALIZAÇÃO. JUIZ DO PROCESSO. PRECATÓRIA. As condições estabelecidas no sursis processual concedido nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, de 1995, devem ser objeto de fiscalização pelo Juiz do processo, situando-se fora da competência do Juízo da Vara das Execuções Penais. Residindo o réu em lugar diverso da Comarca onde teve curso o processo, é competente para a fiscalização das condições do sursis o Juízo para quem for distribuída a precatória. Conflito conhecido. Competência do Juízo Suscitado.”(CC nº 1085/MG – in DJ 17/11/97 – Rel. Min. Vicente Leal) (STJ, Ccomp. 25.264/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 3-5-1999, DJU, 7-5-1999, p. 109).

Dessarte, *na hipótese de sursis processual em sede de crime eleitoral*, a competência para fiscalização será sempre do Juízo Eleitoral e jamais da Vara das Execuções Criminais, haja vista que a sentença condenatória, pressuposto básico para fixar a competência desta última, não se implementa ou não se consuma em face do sursis processual, restando patente tal entendimento, conforme posicionamento jurisprudencial seguinte, *apud* Julio Fabrini Mirabete⁹⁵, *verbis*:

STJ: “Competência criminal – Conflito entre o Juízo eleitoral e o da Vara das Execuções Criminais – Crime Eleitoral – Processo suspenso

⁹⁴ CORDEIRO, Vinicius, DA SILVA, Anderson Claudino. *Crimes Eleitorais e seu Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 257.

⁹⁵ MIRABET, op. cit., p. 325.

cm base no art. 89 da Lei nº 9.099/95 – Competência do Juiz eleitoral para fiscalização do cumprimento das condições impostas” (RJE 6/310)

8 Perda ou não dos Direitos Políticos em Face do Sursis Processual

A jurisdição eleitoral se acha prevista nos artigos 118 a 121 da Carta Magna, sendo classificada como uma Justiça Federal Especial, cuja organização é composta pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE), pelos Juízes Eleitorais e pelas Juntas Eleitorais.

De referência ao tema ora em estudo, asseste-se que, à luz do artigo 35 do Código Eleitoral, é da competência do Juiz Eleitoral processar e julgar crimes eleitorais, a saber:

Art. 35. Compete aos Juízes:

I – [...];

II – processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais;

Como sabido, a competência da Justiça Eleitoral é constitucional e se consoma em razão da natureza da infração, a teor do artigo 74 do Código de Processo Penal.

Já o art. 15 da Constituição Federal dispõe:

Art. 15. É vedada a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

Dessarte, em igual desiderato, a Lei Complementar nº 64, de 18/05/1990, que dispõe sobre os casos de inelegibilidade, prevê que:

Art. 1º. São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;

Ora, à vista de tais normas – o *art. 15 inciso III da CF* e o *art. 1º inciso I alínea “e” da Lei Complementar nº 64/90* -- indaga-se então se a decisão homologatória do sursis processual afeta ou não os direitos políticos do réu?

Eis a resposta: não! Sem dúvida, como já visto, em se tratando de uma mera decisão interlocutória – que não julga o mérito, que não condena e nem absolve – efetivamente em nada afeta ou repercute na seara dos direitos políticos do réu, conforme assim preleciona pacífica jurisprudência, *apud Luiz Flávio Gomes*⁹⁶, *verbis*:

A decisão que decreta a suspensão do processo (porque não discute a culpa) não julga o mérito, isto é, não absolve, não condena nem julga

⁹⁶ GRINOVER, op. cit. p. 323.

extinta a punibilidade, decorrendo então que não gera nenhum efeito penal secundário típico de sentença penal condenatória, muito menos afeta quaisquer direitos políticos” (TJSC, Processo-Crime n. 96002025-0, Rel. Nilton Macedo Machado).

E reforçando a resposta negativa, trago à baila dois *Acórdãos sobre Inelegibilidade e Sursis Processual*, a saber:

Acórdão 30.015 – TRE/PR:

Consulta eleitoral. Ocorrência de inelegibilidade caso candidato a cargo eletivo venha a aceitar proposta de suspensão condicional do processo. Não caracterização de Inelegibilidade, que só ocorre com o fenômeno da res judicata. Não gera efeitos secundários a suspensão do processo, porque nele não se decide sobre a culpabilidade do denunciado, muito menos se dá a perda ou suspensão dos direitos políticos, que só ocorrem com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 15, III, da Constituição Federal). Resposta negativa à consulta. (Acórdão nº 30.015, TRE/PR, de 22.04.98, Relatoria do Juiz Ruy Formiga Barros).

Acórdão 24.086 – TRE/PR:

A suspensão dos direitos políticos somente ocorre com o trânsito em julgado da condenação criminal. Inquéritos policiais e ações penais pendentes de julgamento não acarretam a inelegibilidade. O instituto da suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95) não importa em reconhecimento de culpabilidade nem em aplicação de pena. Por isso, não gera inelegibilidade (Acórdão nº 24.086, de 23.8.00, do TRE/PR, Relatoria do Dês. Roberto Pacheco Rocha, originado do Recurso Eleitoral nº 633/00, em que se discutia registro de candidatura).

Em suma, pois: nada obstante a suspensão condicional do processo gerar muitos efeitos, como, por exemplo, a paralisação do processo, a suspensão do curso da prescrição (art. 89 § 6º da Lei 9.099/95), o início do período de prova, que pode ser de dois a quatro anos – também não gera nenhum efeito penal secundário típico da sentença penal condenatória (rol de culpados, maus antecedentes, reincidência, etc.) e, muito menos, *não implica em perda ou suspensão dos direitos políticos*, os quais não são afetados e continuam incólumes, consoante sólido entendimento doutrinário e jurisprudencial, ao que me filio, *in totum*.

9 Conclusão

À evidência, diante do expandido nesse estudo, conclui-se que o *sursis processual*, positivado no Direito Pátrio via art. 89 da Lei 9.099/95 -- *de fato* é um instituto eficaz, prático, desburocratizante e extremamente benéfico ao réu, mormente se o mesmo praticou o delito ou pelo menos tenha dificuldade em provar eventual alibi.

Cuida-se sim de instituto eficiente e pragmático, *senão vejamos*: uma vez presentes os requisitos objetivo e subjetivo, o Ministério Público, no exercício do seu poder-dever, já no bojo da denúncia oferta a proposta de *sursis processual* e o Estado-Juiz, em recebendo a denúncia, de logo designa audiência para tal finalidade, sendo que nessa audiência, o réu, na presença de defensor, em aceitando a suspensão condicional do processo – *de logo* será submetido a um período de prova (de dois a

quatro anos), mediante condições exaradas em decisão interlocutória homologatória, que não entra no mérito e sequer examina a culpabilidade.

A partir dessa decisão, caberá ao réu cumprir as condições, no prazo estipulado, e ao cabo lhe será declarada extinta a punibilidade, resultando o sursis processual, em suma, numa série de vantagens para o réu, *a saber*: evita-se a instrução da ação, não necessitando mais o réu comparecer ao Fórum para audiências; evita-se a inscrição do réu no rol de culpados, sem qualquer registro de antecedentes criminais e muito de reincidência, afora a suspensão do curso da prescrição durante o período de prova, *bem como não gera nenhum efeito em sede de Direito Eleitoral, vez que não há suspensão ou perda dos direitos políticos do réu.*

E toda essa dinâmica e operacionalidade do instituto aplica-se a qualquer delito, pouco importando a sua natureza – *se comum, tributário, ambiental, eleitoral, militar, etc.* -- valendo-se registrar que a grande maioria dos crimes eleitorais permite o sursis processual, posto que como não prevêem pena mínima *in abstracto*, aplicando-se, *ope legis*, a regra do art. 284 do Código Eleitoral, isto é, quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a pena de reclusão.

Por último, assevere-se que a competência para fiscalização e execução das condições impostas no sursis processual é exclusiva do Juízo Processante (Comum ou Eleitoral), do Juízo da Causa, do Juízo Natural – *e jamais do Juízo da Vara das Execuções Criminais* – haja vista que a decisão judicial que homologa o benefício é uma decisão interlocutória, *que não absolve e não condena*, isto é, não enfrenta o mérito, até porque, acaso o réu não cumpra as condições, o sursis processual será revogado e o processo voltará a seu curso normal, sem outra oportunidade para igual fim, salvo motivo justificado. Dessarte, na hipótese de o réu residir em outra Comarca ou Zona Eleitoral (em sendo caso de crime eleitoral), o Juízo Processante poderá deprecar a feitura da audiência de sursis processual, bem como a fiscalização das condições impostas pelo Juízo Processante ou Deprecante, devendo o Juízo Deprecado tão apenas realizar a audiência e fiscalizar as condições, devolvendo a Deprecata, ao depois, devidamente cumprida ou não, mas não podendo, em hipótese alguma, revogar o benefício ou alterar as condições impostas.

Alfim, na condição de magistrado criminal há mais de dez anos, entendo que se trata de um instituto real, concreto, eficiente, prático, ressocializador, que inclusive faz aproximar o réu e a “sua vítima” na audiência mesma de sursis, evitando-se a impunidade na medida em que o Estado-Juiz dá uma resposta à vítima de pronto, ali mesmo na audiência, e, por outro lado, efetiva-se o Princípio da Segurança Pública, a Paz Social, materializando e dando concretude a chamada *Justiça Penal Consensual* – que é um valor de Justiça factível, palpável, concreto e jamais *virtual* – manifestamente contrário à impunidade, um dos maiores males desse País, diferentemente, pois, do adotado pelos sequazes do “*direito penal romântico*” ou “*direito penal virtual*”, *data venia!*

O PROCESSO DE ADOÇÃO E AS LIMITAÇÕES ENFRENTADAS POR CASAIS HOMOSSEXUAIS APÓS O RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR

Mellissa Lorena Souza Andrade⁹⁷

Resumo

O presente trabalho aborda sobre a possibilidade de adoção por homossexuais e as limitações enfrentadas pelos mesmos, relacionando-se com as definições amplas de entidade familiar. A atual conjectura jurisprudencial brasileira inicia-se com mudanças de substancial importância à noção de família e da possível inserção de homossexuais no arquétipo de família, trata-se de situações nas quais o reconhecimento e a legitimidade para cumprir com os requisitos da adoção são definidos como ato jurídico através do qual um indivíduo é permanentemente assumido como filho por uma família. Após o reconhecimento da união estável como entidade familiar as dificuldades ainda demonstram persistência no que se refere à adoção, uma vez que o respectivo processo denota grandes barreiras em qualquer entidade familiar já reconhecida. No Brasil, o processo de adoção está significativamente ligado ao conceito de família, entretanto, ainda se observa distante de promover maiores progressos, mantendo como consequência abrigos lotados e ao mesmo tempo, a incongruência de famílias com grandes empecilhos no processo de adoção.

Palavras-chaves: Adoção; Entidade Familiar; União Homoafetiva.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da adoção tem sido amplamente rediscutido com o reconhecimento da entidade familiar homoparental pelo STF. As dificuldades enfrentadas por casais homossexuais para requerer a adoção são desde o processo propriamente dito através de lapso temporal extenso até o real preconceito de tanger a aceitação da homossexualidade como um aspecto impeditivo.

O processo de adoção leva em consideração alguns critérios, via de regra criados a fim de possibilitar segurança e sempre pautar-se no princípio do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, a adoção não se limita a parâmetros ligados a sexualidade dos adotantes. A sexualidade é construída culturalmente através de padrões que são produzidos e reproduzidos em um exercício simbólico mutável. Dessa forma, ao considerar os homossexuais como uma entidade familiar, reconhece-se o direito de os mesmos adotarem com as mesmas consequências de qualquer outro casal, entretanto, a realidade ainda apresenta resistência.

Com esse propósito, justifica-se a abordagem do presente trabalho com os problemas da adoção em relação aos homossexuais, analisando as emblemáticas enfrentadas, pormenorizando em suas seções alguns pontos relevantes à pesquisa.

⁹⁷Advogada, graduada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT e Pós-graduanda em Direito Processual Civil.

Tem-se como objetivo geral do presente trabalho demonstrar a relevância da modificação das políticas de adoção e como objetivos específicos abordar a acepção do conceito de família, demonstrar a pertinência dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da isonomia, analisar a jurisprudência e legislação brasileira e por fim expor as dificuldades enfrentadas por casais homoparentais.

Para efeitos do presente trabalho, tem-se como metodologia utilizada a análise da jurisprudência com o escopo de realizar uma apreciação ampla e precisa dos reflexos da limitação da adoção para os homossexuais no processo de adoção.

A pesquisa restringe-se ao campo teórico. O estudo será desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas relacionadas à área jurídica, concernentes ao tema e a jurisprudências e decisões dos tribunais superiores e dos juízos de primeiro grau.

O segundo capítulo propõe-se a demonstrar a acepção do conceito de família com base nas suas inovações conceituais atrelado às novas necessidades sociais. Salienta no terceiro capítulo as concepções principiológicas atreladas aos Princípios do Melhor Interesse da Criança, da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade. No quarto capítulo será apresentada uma abordagem acerca da Jurisprudência e da Legislação Brasileira com relação à adoção por homossexuais no Brasil. Por fim, o quinto capítulo demonstrará as dificuldades enfrentadas por casais homoparentais no processo de adoção.

2 A ACEPÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A criança e o adolescente são sujeitos de direitos reconhecidos no ordenamento jurídico nacional e internacional, objeto de intensa proteção e afetividade da família. A doutrina que abarca o Direito de Família, atualmente reconhece o desenvolvimento do tema ao longo dos anos, inclusive em razão da configuração de família, que surgem novos perfis constantemente.

A noção do temor família se insere dentro de um conteúdo moral e ético, sujeita a transformações e, por esta razão, necessita de proteção jurídica. Nesse sentido, para a acepção de família deriva de um conteúdo que nasce marcadamente patriarcal, heterossexual e estabelecida como um núcleo uniforme aos interesses da figura paterna. (TEIXEIRA, 2003, p.2).

Explicita que, em virtude do forte conteúdo multidisciplinar que possui, a família deve ser considerada em diversos prismas. O primeiro deles, considerado amplo, concebe a família no sentido de parentesco, ou seja, é família o grupo de pessoas ligadas por vínculo jurídico de natureza familiar, que compreende ascendentes, descendentes e cônjuges consanguíneos e afins. (VENOSA, 2016, p.5).

Existe em outra vertente, o entendimento em que o núcleo familiar é restrito aos pais e os filhos que vivem sob o poder familiar. Com o objetivo de ampliar esse conceito, a Constituição Federal em seu artigo 226, reconhece como família o núcleo monoparental, ou seja, aquela família formada por apenas um dos pais e seus descendentes, fruto de um processo histórico e de movimento sociais.

Essa reforma de pensamento, que incide socialmente, reforça a atenção nas legislações. Desta forma, surge uma espécie de visão pluralista da família, que permite o enlace do conceito de entidade familiar de todos os conteúdos originários que têm origem em um elo de afetividade. A família deve estar pautada, então, sobre os pilares da afetividade, da pluralidade, notadamente criando forças e fortalecendo valores existentes no cerne social.

No Brasil, a partir de 2008, ocorreu uma inovação no Cadastro Nacional de Adoção que passou a dar razão e ordem social a emblemática de conseguir adotar e possibilitar adotados de ter uma família. O que de pronto denota uma situação visível em que por um lado, a existência de milhares de crianças vivendo em abrigos, sem pais, doutro diversas pessoas esperando dispostas a adotá-las.

Nesse teor, a adoção por casais homoafetivos tem significativa relevância na sociedade hodierna, principalmente em razão da nova formação social e das recentes mudanças concernentes ao instituto da família.

3 PRINCÍPIOS

3.1 Do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O Princípio Do Melhor Interesse Da Criança e Do Adolescente representou uma imensa inovação no ordenamento jurídico brasileiro e gerou uma imposição de uma nova forma de enxergar a criança e o adolescente, como sujeitos de direito e de fato. (MAIA, 2015, p.7).

A primeira das diretrizes da política do bem-estar do menor, esteve presente no artigo 6º da Lei 4.513/64, determinava que fosse assegurada como prioridade problemas que visassem à integração do menor na comunidade, através de assistência na própria família e da colocação familiar em lares substitutos. A ideia voltada para o bem-estar do menor solidificou como prioridade de seus interesses e fez prevalecer no ordenamento jurídico brasileiro, observado inclusive imediato e eficaz reflexo nas questões relativas à guarda de crianças. (BARBOZA, 2000, p. 205).

O objetivo basilar deste princípio é conferir relevância de maneira adequada ao direito do infante bem como priorizar suas necessidades e protegê-los juridicamente. A primazia do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é que norteia a adoção ao possibilitar pressupostos benéficos como o desenvolvimento sadio, um lar harmonioso, proteção integral e uma vida digna, considerados requisitos mínimos que devem ser desfrutados por estes que já sofreram ou ainda sofrem com o abandono, maus-tratos, abuso sexual e necessitam da unidade de família de forma mais célere, uma vez que estão propensos a não desfrutarem deste benefício sem mudanças.

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Inicialmente, conforme explana a ideia nuclear que já se fazia presente até da palavra dignidade traz como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal o que faz com que não possa ser destacado, não existindo a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. (SARLET, 2007, p. 6).

O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta seus fundamentos presentes na República Federativa do Brasil expressamente previstos na magna carta de 1988 no art. 1º, III, vincula todo o ordenamento jurídico à sua orientação.

A “dignidade da pessoa humana” é reconhecer a autonomia ética do homem, de forma singular no caso concreto, portador de um destino, únicos e de realização livre e responsável, devendo ser cumprida numa relação social. A igualdade radical entre todos os homens – tal que nenhum deles há de ser reduzido a mero instrumento

ou servo do “outro”. E sublinhar esse princípio como fundamento da República é dizer que este se constrói a partir da “pessoa” a fim de servi-la. (COSTA, 1999, p. 38).

Nesse sentido, Flávia Piovesan diz que (2013, p. 54):

A dignidade da pessoa humana, [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem por objetivo promover o pleno desenvolvimento dos membros da família, principalmente, das crianças e adolescentes. (DINIZ, 2004, p.25).

Nos ensinamentos de Cunha Pereira (2006, apud Karina Carelli, 2008, p.48) considera-se que de todos os princípios o da dignidade da pessoa humana “é o universal e é dele que se propagam todos os demais princípios como o da liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade”.

A carta maior, em seu artigo 1º, inciso III, menciona:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

Ao decorrer do raciocínio nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito homoafetivo, consiste que se ao pensar na família moderna esquecendo o princípio da dignidade da pessoa humana é uma contradição e verdadeira forma de se negar a função primeira da família: o desenvolvimento de cada um de seus membros. (ANGELUCI, 2005, p. 8).

Observa-se que a dignidade da pessoa humana se relaciona à questão da livre escolha na constituição de família, ela, também, diz respeito à sexualidade enquanto própria condição humana.

Sobre isso, Maria Berenice Dias assinala (2000, p. 16):

Indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem desejar, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individual, seja genericamente considerada.

O constitucionalismo contemporâneo traz a Magna Carta como uma ordem objetiva de valores, como um reflexo dos anseios da sociedade em um determinado momento histórico. Esse novo contexto traz uma ordem que permite que valores se construam ao longo da história da sociedade. Esses axiomas inerentes ao texto constitucional, preserva, sempre, de acordo com as necessidades sociais, políticas e jurídicas do momento em que se vive.

Afirma Flademir Jerônimo Belinati Martins (2003, p. 55):

Os valores constitucionais são a mais completa tradução dos fins que a comunidade pretende ver realizados no plano concreto – da vida real mesma – mediante a normatização empreendida pela Constituição [...] Com efeito, enquanto ordem objetiva de valores, a Constituição cumpre o importante papel de transformar os valores predominantes

em uma comunidade histórica concreta em normas constitucionais; com todos os efeitos e implicações que esta normatização possa ter.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é dotado de um certo grau de generalidade que lhe permite concretizar sobre inúmeras situações, quando se utiliza um enunciado normativo largo e abrangente. É impregnado de profundo conteúdo, o que propicia uma dimensão axiológica e contextualizada ao seu tempo.

Essas características permitem acompanhar o ritmo rápido da evolução social presente na sociedade, sem que com isso provoque rupturas constitucionais. É princípio que orienta e limita criticamente a interpretação de todo o ordenamento jurídico. Esse funcionamento como operador torna-se especial, pois na medida e nas possibilidades orienta o intérprete.

O dever de considerar um princípio absoluto não é interessante, uma vez que o risco de se relativizar em demasia os demais princípios constitucionais revela a normatividade, algo que lhe é inerente e faz-se necessário estabelecer segurança. O valor nele contido sem dúvida alguma é absoluto, inafastável e irrenunciável, mas o princípio em si é relativo.

3.3 Princípio da Isonomia

Consoante a existência de diversas concepções filosóficas para conceituar e legitimar a igualdade, dentre as quais se menciona a concepção idealista. Os idealistas sustentam que a igualdade é insita aos homens, inerente a sua condição de evolução. Por outro prisma, a teoria da igualdade pelo nascimento prega a existência da isonomia em razão da condição de nascimento, ou seja, os indivíduos nascem iguais e desiguais (D'OLIVEIRA, 2011, p. 2).

Reconhecer a existência das desigualdades sociais, políticas, econômicas que o consubstanciam da isonomia de fato tem um liame com a justiça dentro de suas principais virtudes e, por conseguinte, deve incutir no intérprete o direito não de uma maneira mecânica de inserção automática dos casos concretos a letra seca das normas, mas concentrar a essência das virtudes da equidade.

O princípio da isonomia ou também chamado de princípio da igualdade é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito (D' OLIVEIRA, 2011, p. 1).

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o Princípio da Isonomia em seu artigo 5º traz que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros bem como aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Dessa forma as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência em verdade da definição de Justiça, pois representa o que realmente protege certas finalidades.

Conforme explica, Maria Berenice Dias (2006, p. 175):

O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluído entre os direitos da personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica.

Desse modo, rejeitar a existência de uniões homossexuais é afastar o princípio insculpido no inc. IV do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou tipo seja (DIAS, 2010, p. 2).

Com a reflexão de Dias, é possível verificar que o princípio da isonomia veda discriminações se relacionando com a liberdade de expressão. Dessa forma, no que se diz respeito aos casais homossexuais na convivência de união estável, deve prevalecer a equiparação as demais entidades, concluindo-se, portanto, que o tratamento diferenciado em razão da orientação sexual viola a Constituição Federal bem como o referido princípio da isonomia.

4 A JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A realidade brasileira se convergiu a compenetrar valores integradores nas mais diversas formas, dentre elas o casamento homoparental. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo.

Dentre as interpretações uma delas fundamentada pelo ministro Ayres Britto no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Esse argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigual ação jurídica”, o ministro concluiu que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Observado o casamento homoparental como uma família comina ao entendimento de que poderiam adotar uma criança, uma vez que consoante os novos ordenamentos jurídicos representam uma família.

Dialogando com esse entendimento, os tribunais brasileiros desenvolveram a possibilidade de adoção reformando pensamentos equivocados em primeiro grau, expandindo a real condição de família aos casais homoparentais que enfrentam dificuldades expressas para adotar.

O Tribunal do Rio Grande do Sul sob essa ótica integradora desenvolveu e aplicou de forma plena a adoção por homossexuais, conforme abaixo (TJRS):

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexistente vedação legal para a hipótese. Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2010) (grifo nosso).

No entendimento acima suscitado o Tribunal do Rio Grande do Sul entendeu que a formação da acepção de família deve também abranger casais homossexuais levando em consideração a não vedação legal da hipótese de adoção. A corte em verdade entende tal pensamento como majoritário em termos jurisprudenciais. Nesse evidente teor, nota-se que em que pese a existência diversos princípios o juízo a quo ainda pode decidir de forma diversa sem que isso implique transgressão de princípios basilares da magna carta o que por ora é lamentável.

O Tribunal de São Paulo também demonstrou a conjectura familiar a fim de demarcar os valores condensados de isonomia para os casais homoparentais, também se manifestou a favor da adoção para os casais como se observa abaixo (TJSP):

Ementa: Apelação – Procedimento de habilitação no cadastro de pretendentes à adoção, por casal em união homoafetiva – Deferimento, com ressalva de vedação à adoção de infante masculino – **Lesão a direitos constitucionalmente reconhecidos - Às autoras, o direito constitucional à família.** À criança, ou adolescente, o direito a ampla proteção – Estado que tem o dever de proteger a criança e o adolescente, não podendo, assim, restringir a adoção por pares homoafetivos, que comprovadamente possuam convivência familiar estável - Tramitação idêntica do processo de adoção requerido por pessoa heterossexual deve ter aquele solicitado por homossexual – (APL: 4884-79.2011.8.26.0457. Órgão julgador: Câmara Especial, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Claudia Grieco Tabosa Pessoa. Data do julgamento: 23/07/2012). (grifo nosso).

No caso do Tribunal de São Paulo o entendimento se fundou em considerar a aceitação da adoção por casais homossexuais em decorrência da violação a princípios reconhecidos constitucionalmente, inclusive suscitando o direito à proteção da criança e do adolescente.

O Tribunal de Santa Catarina também no mesmo sentido reconhece a adoção de casais homoparentais (TJSC, 2018):

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. PEDIDO DE HABILITAÇÃO PARA **ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.** APELO DO PARQUET. PRETENDIDA A COMPLEMENTAÇÃO DO ESTUDO PSICOSSOCIAL. DESNECESSIDADE. ESTUDOS SOCIAL E PSICOSSOCIAL CLAROS E FAVORÁVEIS À HABILITAÇÃO. TRATAMENTO PSICOTERÁPICO POR UM DOS ADOTANTES. FATO QUE CORROBORA SUA DISPOSIÇÃO EM SE PREPARAR PSICOLÓGICAMENTE PARA A ADOÇÃO. **AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A COLOCAR EM DÚVIDA O PREPARO DO CASAL NESTE MOMENTO PROCESSUAL. CRITÉRIOS RECURSAIS DISCRIMINATÓRIOS, INFUNDADOS E DESARRAZADOS.** PRETENSÃO DE DESCOBRIR A "GÊNESE" DA HOMOSSEXUALIDADE E OS "PAPÉIS" QUE CADA UM EXERCE NO ÂMBITO RELACIONAL. **PLEITO QUE ESBARRA NA DIGNIDADE HUMANA DOS REQUERENTES E NA NECESSIDADE DE TRATAMENTO IGUALITÁRIO.** INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º, III, 3º, IV, E 5º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABILITAÇÃO DEFERIDA.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0002583-11.2017.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 13-03-2018). (grifo nosso).

O Tribunal de Santa Catarina desproveu um recurso em que na apelação pleiteava-se o não reconhecimento do direito do casal homossexual adotar o menor. Com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, considerou-se a inexistência de elementos impeditivos a adoção por casais homossexuais, o que representa uma adaptação da acepção familiar.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo desprovemento de recurso especial em que o Ministério Público Estadual defendia a limitação de idade mínima do menor para adoção por casais homossexuais, vejamos abaixo, (STJ, 2015):

RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO DE HOMOAFETIVO NO REGISTRO PARA ADOÇÃO DE MENORES. POSSIBILIDADE. LIMITE DE IDADE PARA SER ADOTADO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REQUISITOS DO RECURSO NÃO PREENCHIDOS. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS.

1. Hipótese em que pessoa homoafetiva intenciona figurar no registro de pessoas interessadas em adoção de menores.

2. A tese do Ministério Público estadual é de que o interessado homoafetivo somente pode se inscrever para adoção de menor que tenha no mínimo 12 (doze) anos de idade, para que possa se manifestar a respeito da pretensa adoção.

3. Não há disposição no ordenamento jurídico pátrio que estipule a idade de 12 (doze) anos para o menor ser adotado por pessoa homoafetiva.

4. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal 5. O conteúdo normativo dos arts. 3º, 6º, 15, 16, 18 e 45, § 2º, do ECA não foi prequestionado pelo tribunal de origem, mesmo depois de opostos os embargos declaratórios, de modo que incide, na espécie, a Súmula nº 211/STJ. 6. Recurso especial não provido. (STJ - REsp 1540814/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 25/08/2015). (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal manifestou uma apreciação que se coadunou com os tribunais acima mencionados, conforme pode observar na ementa abaixo, (STF, 2015):

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. APELO CONHECIDO E PROVIDO. (STF – RE: 846102 PR – PARANÁ, Relator: Min. CÁRMEN

LÚCIA, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-052 18/03/2015). (grifo nosso).

Os Tribunais Superiores concebendo que as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, não identificaram razões para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.

Consoante o entendimento do Supremo a delimitação em relação ao sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais.

Nesse teor a legislação e a jurisprudência já apresentam fundamentos a favor do casamento homoparental, ocorre que o procedimento em si tem sido dificultado e a adoção tem se tornado algo extremamente desanimador uma vez que mesmo com valores claramente adaptados ainda existe resistência de alguns juízos a quo. Ao revés os abrigos permanecem cheios e com necessidades de que o procedimento seja facilitado.

5 AS DIFICULDADES ENFRENTADAS POR CASAIS HOMOPARENTAIS

O crescimento percentual de casamentos entre pessoas do mesmo sexo cresceu significativamente comparado ao de entre homens e mulheres em 2015, segundo dados das Estatísticas do Registro Civil 2015, divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). As uniões entre cônjuges de sexos diferentes aumentaram 2,7%, enquanto as entre cônjuges do mesmo sexo aumentaram 15,7%, representando 0,5% do total de casamentos registrados.

Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução 175 que determina que todos os cartórios habilitem ou celebrem casamento civil e conversão da união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

As uniões civis entre cônjuges do mesmo sexo aumentaram 51,7%. Em números absolutos, foram 1.131.707 casamentos entre pessoas de sexos opostos e 5.614 entre pessoas do mesmo sexo em 2015.

A adoção tem como finalidade fazer com que os menores que se encontram em orfanatos tenham uma nova família. Este tema, porém, gera muitas discussões quando se trata dos casais homossexuais, apesar das novas possibilidades, ainda encontram grandes dificuldades práticas em adotar.

Ocorre, porém, que como acontece com o pretendente à adoção, casado ou solteiro, este deverá requerê-la através de processo judicial. Implica afirmar que o desejo da adoção será obrigatoriamente avaliado por profissionais, que farão um levantamento da vida social do adotante.

Esse contexto gera enorme insegurança e apresenta uma realidade prática ruim, consoante o sítio oficial do Senado todas as estatísticas conduzem à conclusão de que o desafio da adoção no país, que já é enorme, se torne ainda maior. Segundo o Levantamento Nacional de Crianças e Adolescentes em Serviços de Acolhimento, existem 2.624 abrigos em 1.157 municípios do Brasil (20,8%). O Estado de São Paulo também apresenta o maior número de estabelecimentos: 362. Na lista dos estados que concentram mais unidades de acolhimento, estão também Minas Gerais (352), Rio Grande do Sul (213), Rio de Janeiro (173) e Paraná (131). (SNAS/MDS, 2010, p. 12).

Os relatórios da Corregedoria Nacional de Justiça indicavam que apenas 5.465 dos 44.585 acolhidos nesses abrigos (um em cada oito) estavam aptos à adoção. As razões são diversas, mas a principal delas é que, muitas vezes, o abrigo acolhe

temporariamente a criança (ou o adolescente) até que os familiares recuperem a capacidade de recebê-la em um ambiente considerado apropriado pela legislação.

O Cadastro Nacional de Adoção (CNA), criado em 2008, possibilitou as Varas da Infância à comunicação com mais facilidade, tendo em vista que antes da criação as adoções dependiam da busca de forma manual pelas varas.

Segundo o CNJ, através de dados do CNA de maio de 2018, se encontravam para adoção aproximadamente 8,7 mil crianças e adolescentes em contrapartida existiam 43,6 mil pretendentes à adoção.

A Proteção à Criança pauta-se em um ambiente familiar afetivo e continente às necessidades da criança e, posteriormente do adolescente, constitui, então, uma base para o desenvolvimento saudável dentro de todo um ciclo. A imposição representa um limite, a autoridade e a realidade, quanto o cuidado e a afetividade são de fundamental importância para a constituição da subjetividade e desenvolvimento das habilidades necessárias à vida em comunidade.

Desta forma, as experiências sentidas na família tornam gradativamente a criança e ao adolescente capaz de se sentirem parte de uma família, de receber cuidados, de se responsabilizar por suas próprias ações e sentimentos.

Nesse período é a melhor forma de assegurar a continuidade da família e a perpetuação destes valores, quando não havia a possibilidade de se ter um filho, era pelo instituto da adoção, cultivar valores essenciais ao bem-estar social.

A adoção exerce uma finalidade social e política, onde somente os cidadãos podem adotar e serem adotados. A adoção representa um recurso para a manutenção do culto da família. Portanto, são perceptíveis essas finalidades sociais, políticas da adoção, visando interesse do adotante, dissipando um equilíbrio harmônico e contextualizado a proporcionar família e não o inverso.

A lei não trata um limite de idade para o pedido de adoção uma vez que o adotando esteja sob a guarda ou tutela manifesta-se de forma incontestável que o pedido de adoção deve ser feito até os 21 anos de idade pois caso contrário não há como requer a adoção de um maior, pois cessa a guarda ou tutela. (GRANATO, 2010, p. 73).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou demonstrar que os processos judiciais nos juízos a quo ainda divergem quanto ao tema, salientando que ainda não firmaram entendimento equânime acerca da condição de família de casais homoparentais.

Ocorre que após a decisão do STF reconhecendo que os casais homossexuais são titulares do direito a união estável e o casamento, a problemática alcançou um maior respaldo a nível jurídico, ao passo que alguns tribunais já reconhecem o pleno direito a adoção, refletindo essas condições.

Conforme demonstrado na pesquisa, a situação observada nos abrigos condiz com a não aceitação da entidade familiar homoparental, que ainda é julgada desfavorável no processo de adoção, tendo como consequência casais homossexuais querendo adotar e abrigos lotados.

Em que pese o raciocínio jurisprudencial do STF ter sido no sentido de resolução do problema, ainda se faz necessário transmitir segurança jurídica com efeito sobre todos, intitulado os casais homossexuais como dignos do direito de adoção.

Ainda que se leve em consideração o princípio da igualdade, não se pode deixar de reconhecer a importância e a necessidade da criação de um ordenamento jurídico próprio para regular essas adoções.

Desse modo, esse entendimento garantiria aos homossexuais e à própria criança, maior segurança ao seu direito de formar uma família, na medida em que, mesmo existindo equiparação com as uniões estáveis, o juízo a quo pode não concordar com esse entendimento, baseado apenas nos seus valores.

Para que se evite a decisão pautada em requisitos subjetivos se faz necessário à regulamentação expressa desse instituto quando se trate de casais homossexuais, para que a decisão seja avaliada através de um enfoque objetivo o que afastaria insegurança e aflição a essas pessoas que pretendem dar e receber o direito eficiente à família.

REFERÊNCIAS

Adoção. Senado Federal. Revista de Audiências Públicas. 2013. Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201302%20-%20maio/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_maio_2013_internet.pdf. Acesso em: 9 mai. 2018.

ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Ano 53, n. 331, p. 8 mai. 2005.

BARBOZA, Heloísa Helena. A Família Na Travessia Do Milênio **Anais** Do II Congresso Brasileiro De Direito De Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1540814/PR**. Recurso especial. Inscrição de homoafetivo no registro para adoção de menores. Possibilidade. Limite de idade para ser adotado. Inexistência de previsão legal. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: R. G. DA S. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 18 de agosto de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864015414/recurso-especial-resp-1540814-pr-2011-0274763-1>. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 846102/PR**. Decisão recurso extraordinário. Constitucional. Reconhecimento de união estável homoafetiva e respectivas consequências jurídicas. Adoção. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: A. L M. DOS R., D. I. H. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 05 de março de 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770481/recurso-extraordinario-re-846102-pr-parana>. Acesso em: 4 jan. 2021.

CARELLI, Karina. **Novas Formas de Constituição de Família e Seus Efeitos Jurídicos**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Karina%20Carelli.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2018.

COSTA, José Manuel M. C. da. **O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na Jurisprudência constitucional portuguesas**. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord). Direito constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. **Breve Análise Do Princípio Da Isonomia**. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/13>. Acesso em: 4 jan. 2021.

Dia da Adoção. CNJ. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA). 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dia-da-adocao-8-7-mil-criancas-a-espera-de-uma-familia-no-cadastro-nacional-do-cnj/>. Acesso em: 1 jan. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A Igualdade desigual**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_646\)32__a_igualdade_desigua l.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_646)32__a_igualdade_desigua l.pdf). Acesso em: 25 mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Estatísticas do Registro Civil 2015. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasília, 2015. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2015_v42.pdf. Acesso em: 14 mai. 2018.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção doutrina e prática: com comentários à nova lei de adoção**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MAIA, H. J. L. *et al.* Adoção homoparental conjunta: família socioafetiva e a concretização do melhor interesse da criança e do adolescente. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

MARTINS, F.J.B. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003.
NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano. 37, n. 145, jan/mar. 2000.

POVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Quarto Grupo de Câmaras Cíveis). **Embargos Infringentes 70034811810/RS**. Pedido De Habilitação. Adoção Conjunta

Por Pessoas Do Mesmo Sexo. Embargante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Embargados: V. A. S., C. E. N. B. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/910259221/embargos-infringentes-ei-70034811810-rs/inteiro-teor-910259290?ref=serp>. Acesso em: 4 jan. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. (Terceira Câmara de Direito Civil). **Apelação Cível 00025831120178240036/SC**. Infância e juventude. Pedido de habilitação para adoção por casal homoafetivo. Sentença de procedência. Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Embargados: A. R. K, J. D. M. Relator: Des. Marcos Tulio Sartorato, 13 de março de 2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559812471/apelacao-civel-ac-25831120178240036-jaragua-do-sul-0002583-1120178240036/inteiro-teor-559812544>. Acesso em: 4 jan. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. (Câmara Especial). **Apelação Cível 48847920118260457/SP**. Apelação. Procedimento de habilitação no cadastro de pretendentes à adoção, por casal em união homoafetiva. Deferimento, com ressalva de vedação à adoção de infante masculino. Lesão a direitos constitucionalmente reconhecidos. Às autoras, o direito constitucional à família. Apelantes: Xádia Roberta Ferreira Zanatta Cital e Ana Lúcia de Oliviera. Apelado: Promotor de Justiça da Vara da Infância e da Juventude de Pirassununga. Relatora: Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, 26 de julho de 2012. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22226482/apelacao-apl-48847920118260457-sp-0004884-7920118260457-tj-sp>. Acesso em: 4 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões Da Dignidade Da Pessoa Humana: Construindo Uma Compreensão Jurídico Constitucional Necessária E Possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. **SNAS/MDS**. Secretaria Nacional de Assistência Social. Disponível em: <https://fazendohistoria.squarespace.com/>. Acesso em: 9 mai. 2018.

STF. Supremo reconhece união homoafetiva. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 9 mai. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Novas entidades familiares. **Revista trimestral de Direito Civil**. Dez. 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2016.