Karoline Coelho de Andrade e Souza
(Organizadora)

O Direito e sua Complexa Concreção 2

Atena Editora
Ano 2019

Karoline Coelho de Andrade e Souza
(Organizadora)

O Direito e sua Complexa Concreção 2

Atena Editora
2019

2019 *by Atena Editora*
Copyright © Atena Editora
Copyright do Texto © 2019 Os Autores
Copyright da Edição © 2019 Atena Editora
Editora Executiva: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Diagramação: Natália Sandrini
Edição de Arte: Lorena Prestes
Revisão: Os Autores

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial
Ciências Humanas e Sociais Aplicadas
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar
Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof.ª Dr.ª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Atena Editora
Ano 2019

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias
Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Conselho Técnico Científico
Prof. Msc. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Msc. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Prof.ª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Prof. Msc. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Msc. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Prof. Msc. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista
Prof.ª Msc. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Msc. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof.ª Msc. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

D598 O direito e sua complexa concreção 2 [recurso eletrônico] / Organizadora Karoline Coelho de Andrade e Souza. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2019. – (O Direito e sua Complexa Concreção; v. 2)

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-85-7247-513-6
DOI 10.22533/at.ed.136190507

1. Direito. 2. Direito e sociedade. 3. Direito – Aspectos sociais. I.Souza, Karoline Coelho de Andrade e. II. Série.

CDD 340

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

Atena Editora
Ano 2019

APRESENTAÇÃO

O Direito, embora seja um fenômeno social, muitas vezes apresenta-se, em uma primeira perspectiva, como distante da realidade, da vida de todos nós. Ele é visto com um fenômeno transcendental com o qual nos defrontamos, vindo não se sabe de onde, regulando as relações sociais. A verdade, contudo, é que nós, enquanto sociedade, criamos o Direito, de forma que nossas vidas se encontram permeadas pelos fenômenos jurídicos, desde nosso nascimento até a morte e, mesmo, para depois dela. Fenômeno multifacetado que permeia a política, as relações interpessoais, as relações de trabalho, os sonhos e anseios por uma sociedade mais justa.

No entanto, o Direito não é simplesmente um caso de mera regulação das relações sociais, ele apresenta-se como a expressão mais alta de toda sociedade que se julgue verdadeiramente democrática, é o resultado de anos de aprimoramento de nossas instituições. Sem sombra de dúvida, o Direito é essencial para o alcança daquilo que os gregos denominavam de *eudemonia,* uma boa vida, uma vida feliz. Não é à toa que, desde a Antiguidade, dizemos que o Direito persegue a Justiça. Por trás de cada decisão judicial, de cada ato legislativo ou contrato privado, é o ideário de uma sociedade mais justa que encontramos.

Não se trata de mera retórica, como se a Constituição ou as leis em geral fossem um pedaço de papel, como criticava Lassalle. Não é uma questão de discutir filosofias, pontos de vista, ou de vencer um debate. O Direito é realidade viva com a qual convivemos, de forma concreta – é ao Direito que recorremos em busca de uma boa vida. Desta forma, faz-se necessário uma reafirmação constante da percepção do Direito como um fenômeno concreto e basilar para a vida em sociedade.

É sob esta perspectiva que a **Atena Editora** procura lançar **"O Direito e sua Complexa Concreção"**, em formato *e-book*, para aproximar – de forma necessária e com excelência –, temas tão importantes para Ciência do Direito, aos leitores que, obviamente, não se encontram apenas na academia, na Universidade. O livro traz textos de pesquisadores nacionais renomados que, sob diversas perspectivas transpassam temas atuais dentro da seara jurídica, no Brasil e no mundo, contribuindo para a abertura e ampliação do debate sobre a efetivação de direitos e a prática jurídica no seu cotidiano.

Diante da realidade que, hoje, vivenciamos no Brasil, que parece constantemente colocar sob dúvida as instituições democráticas e o respeito aos direitos humanos, faz-se necessário abrir um amplo debate com a sociedade civil, a respeito das principais questões jurídicas – e suas consequências práticas. É desse debate, em grande medida, que depende a busca por uma sociedade menos desigual.

No presente *e-book*, assim, encontraremos temas que permeiam o Direito Constitucional e a importância da axiomática dos direitos humanos, como valores essenciais para um Estado Democrático, centrado na dignidade humana

e na concretização de direitos básicos, como o direito à saúde e à educação e o acesso à justiça. Também podemos acompanhar os principais debates dentro da esfera do Direito Penal, no qual se discute a falência e transmutações do sistema carcerário nacional, do processo penal e da execução da penal dos condenados pelo cometimento de infrações penais.

Temáticas mais especializadas, e com grande relevância, também são apresentadas como àquelas atinentes a criança e ao adolescente, ao âmbito do Direito de Família e as novas formas de resolução de litígios no âmbito civil, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, como formas de acesso à justiça e sua efetivação. Também não ficam de fora questões atinentes ao meio ambiente, que discutem de forma crítica a sua preservação, principalmente diante dos acidentes ecológicas que o país tem vivenciados.

Esses temas, e outros de igual relevância e qualidade encontram-se, assim, disponíveis pela Editora Atenas, como forma de permitir o alargamento do debate e reforçar a democracia, não só no Brasil, mas no mundo. Debate aberto de forma lúcida e crítica que compreende o papel do Direito não só como efetuador de direitos e da própria democracia, mas como *práxis* que necessita de revisões e melhorias incessantes, evitando-se, assim, as injustiças e as burocráticas que dificultam tal efetivação. É somente por intermédio deste debate que, conseguiremos chegar cada vez mais perto da utopia da Justiça.

Karoline Coelho de Andrade e Souza

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 1

OS BENEFÍCIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL FRENTE À CULTURA DO ENCARCERAMENTO

Monalisa Muriel Rabelo Freire

DOI 10.22533/at.ed.1361905071

CAPÍTULO 2 13

RESTITUIÇÃO AO STATUS QUO NO PROCESSO PENAL E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

André Murilo Parente Nogueira
Manuella de Oliveira Soares

DOI 10.22533/at.ed.1361905072

CAPÍTULO 3 26

A DENÚNCIA COMO PONTAPÉ INICIAL PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONTO “O CASO DA VARA” DE MACHADO DE ASSIS

Tauana Jadna Ribeiro Carneiro

DOI 10.22533/at.ed.1361905073

CAPÍTULO 4 37

A POTENCIAL CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO DA ILICITUDE DOS ATOS PRATICADOS PELO JOVEM CONTEMPORÂNEO NA VISÃO DOS PROFISSIONAIS QUE ATUAM DIRETAMENTE COM ELE

Luiz Ronaldo Apno
Thayan Gomes da Silva

DOI 10.22533/at.ed.1361905074

CAPÍTULO 5 57

ALIENAÇÃO PARENTAL – A MORTE SILENCIOSA – FALSAS NOTÍCIAS – VÍCIOS NO PODER JUDICIÁRIO

Cláudia Leareno Monteiro

DOI 10.22533/at.ed.1361905075

CAPÍTULO 6 69

A IMPORTÂNCIA DA PSICOLOGIA JURÍDICA E A APLICAÇÃO DE LAUDO PSICOLÓGICO COMO MOTIVAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Sofia Muniz Alves Gracioli
Lívia Pelli Palumbo

DOI 10.22533/at.ed.1361905076

CAPÍTULO 7 92

ANÁLISE DO CARÁTER COERCITIVO DA PRISÃO CIVIL POR DIVIDA ALIMENTAR A PARTIR DOS ATENDIMENTOS DO NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS E ENTREVISTAS COM OS PRESOS DO CENTRO PROVISÓRIO DETENÇÃO DE VIANA

Aline Carolina Motizuky Bonadeu

DOI 10.22533/at.ed.1361905077

CAPÍTULO 8 124

O PAPEL DO PROCON NA DEFESA QUALIFICADA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES – UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N° 5196/13

Ana Cristina Alves de Paula
Maiara Motta

DOI 10.22533/at.ed.1361905078

CAPÍTULO 9 135

A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO ACESSO À JUSTIÇA

Janete da Silveira Wilke

DOI 10.22533/at.ed.1361905079

CAPÍTULO 10 147

A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Gustavo Zardo Reichert
Leonardo Lindroth de Paiva
Lucas Pereira dos Santos

DOI 10.22533/at.ed.13619050710

CAPÍTULO 11 159

INSTITUTO DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EFETIVA E ADEQUADA

Thiago André Marques Vieira
Maria Caroline da Silva

DOI 10.22533/at.ed.13619050711

CAPÍTULO 12 171

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL: ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS COMERCIAIS NO BRASIL

André Luis Ferreira Gonçalves

DOI 10.22533/at.ed.13619050712

CAPÍTULO 13 186

MODALIDADES DE USUCAPIÃO: A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Ana Carolina Lovato
Marília Camargo Dutra

DOI 10.22533/at.ed.13619050713

CAPÍTULO 14 200

O ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA CENTRAL DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DA COMARCA DE PELOTAS: ANÁLISE PRELIMINAR DE UMA POLÍTICA PÚBLICA A PARTIR DOS MAGISTRADOS

Carmen Lúcia Kaltbach Lemos de Freitas

DOI 10.22533/at.ed.13619050714

CAPÍTULO 15 214

O PAPEL DO *Amicus Curiae* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Caroline Taffarel Stefanello
Maurício Zandoná

DOI 10.22533/at.ed.13619050715

CAPÍTULO 16 225

A RELEVÂNCIA DA NOTIFICAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO DIANTE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO APLICADOS POR AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

Luciano Nolasco Ferreira
Darlan Alves Moulin

DOI 10.22533/at.ed.13619050716

CAPÍTULO 17 237

A APLICABILIDADE DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO BRASIL

Ellen Valotta Elias Borges
Mariana Rodrigues Gomes de Mello
Daniel Martínez-Ávila

DOI 10.22533/at.ed.13619050717

CAPÍTULO 18 250

DIREITO AMBIENTAL ESPACIAL, A POLUIÇÃO SIDERAL E A SÍNDROME DE KESSLER

Gabriel Sommer
Waleska Mendes Cardoso

DOI 10.22533/at.ed.13619050718

CAPÍTULO 19 263

POLUIÇÃO ATMOSFÉRICA, SAÚDE HUMANA E MITIGAÇÃO POR COBERTURAS VEGETADAS OU TELHADOS VERDES

Rosilma Menezes Roldan
Fernando Reverendo Vidal Akaoui
Marcelo Lamy

DOI 10.22533/at.ed.13619050719

CAPÍTULO 20 273

USURPAÇÃO MINERAL E TUTELA AMBIENTAL

Marcelo Kokke Gomes
Nathan Gomes Pereira do Nascimento

DOI 10.22533/at.ed.13619050720

CAPÍTULO 21 289

O DECLÍNIO DE ABELHAS PELO USO ARBITRÁRIO DE DEFENSIVOS QUÍMICOS EM SISTEMAS AGRÍCOLAS

Cynthia Maria de Lyra Neves
César Auguste Badji
Lucas Evangelista Costa

DOI 10.22533/at.ed.13619050721

CAPÍTULO 22 300

OS MEIOS MARÍTIMOS NÃO TRIPULADOS: IMPACTOS PRÁTICOS E JURÍDICOS NA NAVEGAÇÃO MERCANTE E NOS NAVIOS DE GUERRA AUTÔNOMOS E REMOTAMENTE CONTROLADOS

Nathalia Vasconcellos de Souza
Larissa Noé Gonçalves Miranda
Lucas Ferreira Braga

DOI 10.22533/at.ed.13619050722

SOBRE A ORGANIZADORA 315

ÍNDICE REMISSIVO 316

CAPÍTULO 1

OS BENEFÍCIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL FRENTE À CULTURA DO ENCARCERAMENTO

Monalisa Muriel Rabelo Freire
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Foi integrante do Laboratório de Ciências Criminais (IBCCRIM–PA).
É integrante do Grupo de Estudos Avançados em Criminologia Crítica – GEA (IBCCRIM–PA).
monalisafreire.direito@gmail.com

RESUMO: Texto que discute o instituto da audiência de custódia, a partir de sua instituição por deliberação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), materializada por meio da Resolução n° 213 do órgão. Em tese, a audiência de custódia, como vem sendo realizada no Brasil, atende às exigências dos tratados internacionais de Direitos Humanos, superando o mero envio do auto de prisão em flagrante, e propicia ao indivíduo acusado sua condução à autoridade judiciária no prazo de 24 horas, para que seja avaliada a prisão, sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação. Estudo eminentemente teórico, sustentado na análise de dados já colhidos, como o Mapa de Implantação de Audiência de Custódia do CNJ, e que tem por objetivo analisar se as audiências de custódia ocorridas no Brasil têm trazido redução nas prisões preventivas, bem como analisar se é um instrumento que efetiva a redução de tortura e/ou maus-tratos da pessoa presa.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana, audiência de custódia, encarceramento em massa.

ABSTRACT: Text that discusses the institute of the custody hearing, from its institution by resolution of the National Council of Justice (CNJ), materialized through Resolution no. 213 of the body. In theory, the custody hearing, as it has been carried out in Brazil, meets the requirements of the international human rights treaties, surpassing the mere sending of the arrest warrant in flagrante, and allows the individual accused to be taken to the judicial authority within 24 hours, in order to evaluate the prison, under the aspect of legality, necessity and adequacy. An eminently theoretical study, supported by the analysis of data already collected, such as the CNJ's Custody Hearing Map, and whose objective is to analyze whether custody hearings in Brazil have led to a reduction in pre-trial detention, as well as to analyze if it is an instrument that effectively reduces torture and / or ill-treatment of the prisoner.

1 I INTRODUÇÃO

Veiculada no ramo do direito como princípio jurídico fundamental, da dignidade decorre um conjunto de direitos subjetivos, que têm por escopo o respeito e proteção

do indivíduo. A dignidade da pessoa humana, qualidade intrínseca reconhecida à pessoa, possui previsão constitucional, que garante os direitos fundamentais ao indivíduo, promovidos pelo Estado e pela sociedade. O princípio da dignidade da pessoa humana é a diretriz para a presente pesquisa que se debruçará sobre o instituto da audiência de custódia.

O Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n° 213 de 15 de dezembro de 2015, com o objetivo de assegurar que todo cidadão preso seja apresentado à autoridade judiciária no prazo de 24 horas, desse modo, proporcionando os direitos humanos do indivíduo. Dentre os pactos internacionais em que o Brasil é signatário, esse ato pré-processual deriva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

Veremos a relevância dos instrumentos normativos para a promoção dos direitos fundamentais e respeito à dignidade de cada um.

De acordo com o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – 2016, o Brasil encontra-se entre os países com maior número de presos, perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia. O documento mostra que em 2016 houve um crescimento de 707% em relação à década de 90 dessa população. O mecanismo punitivo vem tomando larga proporção ao longo dos anos, e a prática judicial do país onde a prisão cautelar é evidentemente vista como regra, é denominada por Masi (2015, p. 112) de, “cultura do encarceramento”.

Nesse contexto, seremos guiados pela seguinte problemática: quais os benefícios da audiência de custódia no Brasil frente à cultura do encarceramento?

Teremos como objetivo analisar se a Resolução n° 213 do CNJ tem sido um instrumento eficiente para a redução das prisões preventivas. Isso porque, para além da verificação da legalidade da prisão, é objetivo, ainda, do ato pré- processual o enfrentamento à cultura do encarceramento.

Já através do Mapa de Implantação da Audiência de Custódia do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), houve redução no número de prisões preventivas e se o instituto tem trazido amparo à dignidade ao indivíduo preso.

No item a seguir, apresentaremos o princípio da dignidade da pessoa humana, e a relevância dos tratados internacionais de direitos humanos, destacando os Pactos dos quais derivaram o instituto da audiência de custódia.

No segundo item, analisaremos o momento histórico que contribuiu para a massificação do sistema prisional, evidenciando alguns pontos da Resolução 213 do CNJ que dá azo às penas alternativas diversas da prisão. Ainda no segundo item, com base no Relatório elaborado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD verificaremos os primeiros desafios da audiência no país ocorrido inicialmente na capital paulista; mostraremos após um ano da implantação do instituto no Brasil, como as audiências de custódia estavam sendo conduzidas em diferentes unidades federativas. Por fim, no terceiro item, já entrando na problemática, analisaremos

se a implantação da audiência de custódia trouxe redução no número de prisões preventivas e se resguarda a dignidade e os direitos fundamentais do imputado.

Após o aprofundamento acerca deste tema, traremos, em considerações finais, nossas impressões a respeito da temática.

2 I AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Conceituar claramente o que é dignidade da pessoa humana não é considerado tarefa fácil, isso porque a doutrina nos mostra conceitos "vagos e imprecisos" ao definir o que vem a ser dignidade humana. Sarlet (2006, p. 40), destaca a lição de Michael Sachs, pois, diferentemente do que ocorre com as demais normas, Sachs afirma que a dignidade não se apresenta pormenorizada no sentido jurídico-normativo, como o direito à propriedade, por exemplo, trata-se de uma condição inerente ao ser humano, fundado em um valor próprio do indivíduo, que identifica a condição deste enquanto ser racional, visto que para ter dignidade basta o ser humano nascer com vida. Ocorre que, essa condição (valor), inerente ao ser humano não contribui para mostrar o que de fato é a esfera ou alcance de proteção da dignidade da pessoa humana.

Barroso (2014, p. 111), destaca a diversidade cultural e histórica que ocorre em diferentes partes do mundo e que afetam precisamente o significado e alcance da dignidade humana.

Em que pese não haver consenso no seu conceito ou abrangência, é possível afirmar que a dignidade é algo real, principalmente, no que tange às situações nas quais ela se encontra desrespeitada. Por isso, é mais simples "desvendar e dizer o que não é dignidade do que expressar o que ela é". (SARLET, 2006, p.40)

A dignidade humana ao ser analisada como princípio jurídico e ao ser aplicado ao caso concreto, deve levar em consideração três componentes: o valor intrínseco, que se refere a uma posição especial que o ser humano ocupa no mundo; a autonomia, que é o direito que cada indivíduo possui de ter uma vida digna para alcançar seus sonhos e metas como ser racional; e o valor comunitário, onde teremos a interferência da sociedade e a prestação positiva estatal de modo a respeitar a autonomia de cada um. (BARROSO, 2014, p. 112)

O reconhecimento à dignidade independe das circunstâncias concretas, ainda que o indivíduo pratique atos indignos, caberá a este ser reconhecido em sua dignidade, pois, mesmo "as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração" (SARLET, 2006, p. 44).

A dignidade da pessoa humana é analisada como "limite e tarefa dos poderes estatais", é imposto limitações para a atuação do Estado, impedindo, atos estatais abusivos, como, por exemplo, violação à dignidade, por outro lado, o estado possui

como tarefa, promover e concretizar uma vida com dignidade para todos (SARLET, 2006, p.110).

A doutrina e a jurisprudência se ocupam em identificar o que compõe a noção de dignidade e vindicam sua proteção pela ordem jurídica, objetivando esclarecer que, se não houver o respeito à vida e a integridade física e moral do indivíduo, se não for dado a ele condições mínimas para existência digna, para o exercício da sua autonomia, liberdade, igualdade de direitos e dignidade, assim como a falta de concretização dos direitos fundamentais por parte do Estado, não há de se falar em dignidade da pessoa humana "e esta pessoa, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças" (SARLET, 2006, p. 59).

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentado no artigo 1° inciso III da CF/88, é, portanto, um valor intrínseco do ser humano, cabendo primordialmente ao estado fazer valer o princípio supracitado, e, consequentemente, concretizar os direitos fundamentais do indivíduo, caso contrário, é estar cerrando os olhos para o ser humano que é merecedor de respeito e consideração por parte do Estado.

Referido princípio é fortalecido nos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente após a Segunda Guerra Mundial e desenvolvem papel significativo ao longo da história. As grandes atrocidades e violações dos direitos humanos ocorridas neste período contribuíram para que o indivíduo fosse núcleo de proteção por parte dos Estados. Momento em que há o surgimento da ONU e que "as nações do mundo decidiram pela promoção dos direitos humanos e liberdades individuais sendo estes os principais propósitos da Organização das Nações Unidas" (PIOSEVAN 2016, p. 58-59).

Brito Filho (2018, p. 77) destaca a universalidade, trata-se de uma das principais características dos Direitos Humanos e está diretamente ligada à própria ideia de Direitos Humanos. É uma característica de suma importância que dá sentido a sua concepção e resguarda, ainda, a própria dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, determinando meios de responsabilidade e "código de atuação", para os Estados que se comprometem respeitar os tratados internacionais. A Declaração introduziu de forma clara e expressa a característica universal dos Direitos Humanos. O próprio Preâmbulo da Declaração faz menção aos Estados-Membros que devem, se comprometer em promover o respeito aos direitos e garantias individuais, assim como observar esses direitos juntamente com a Organização das Nações Unidas (BRITO FILHO, 2018, p. 79).

A união de interesses entre os Estados é o ponto de partida para firmar acordos no âmbito internacional visando uma proteção abrangente desse conjunto de direitos. "Até o ano de 2015 o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contavam com 168 Estados-partes; o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 164 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 158 Estados-partes" (PIOSEVAN 2016, p. 64).

Segundo Andrade (2017, p. 16-17), a incorporação da audiência de custódia no Brasil, é fruto do Pacto San José da Costa Rica, adotado em 22 de novembro de 1969 e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 19 de dezembro de 1966. Os tratados foram ratificados pelo Brasil no ano de 1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) por meio do decreto n° 678 de 09 de Julho de 1992 e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos por meio do Decreto n° 592 e anos depois a Resolução n° 213 do CNJ, que regulou a apresentação da pessoa presa à autoridade competente.

Não raro, no início da persecução penal há ocorrência de agressões físicas à pessoa que teve sua liberdade privada pela prática de um delito, sendo este um dos objetivos da audiência da custódia, evitar violações à integridade física do preso.

Podemos verificamos a importância do princípio da dignidade da pessoa humana que tem amparo e permanência em toda sociedade mundial, sua sustentação é essencial para o desenvolvimento humanitário e promoção de uma vida mais digna. É imprescindível, portanto, que seu questionamento permeie o estado e a sociedade mundial com vistas à efetivação dos direitos e garantias fundamentais mínimos.

No Brasil com a promulgação da CF/88, as incorporações de instituições que passam a integrar o sistema punitivo mostram as modificações ocorridas em matéria penal e processual penal, pois o crescimento punitivo que marcou a década de 90 mostrou que o Poder Legislativo da mesma década “ampliou as hipóteses de criminalização primária e enrijeceu o modo de execução das penas” (CARVALHO, 2010, p. 32).

Carvalho (2010, p. 33-34) exemplifica: a Lei 8.072/90, que cuida dos crimes hediondos, quando da sua redação, no que tange à execução penal, determinou vedação na progressão de regime, aumentou o prazo para livramento condicional, proibiu o indulto e comutação aos presos condenados por delitos hediondos.

Referida Lei, ao vedar a progressão de regime, sem dúvida, foi um dos principais motivos para o crescimento do encarceramento no País. Contudo, algumas decisões monocráticas, assim como parte da doutrinária suscitavam a inconstitucionalidade da Lei 8.072/90, principalmente após a publicação da Lei dos Crimes de Tortura (Lei 9.455/97), momento em que o STF pacificou a matéria declarando a constitucionalidade da lei através da Súmula 698. Foi somente com julgamento do HC 82.959/06 pelo Pleno do STF que, por maioria de votos, após 16 anos de vigência da Lei, a Corte declarou a inconstitucionalidade do §1° do art. 2° da Lei 8.072/90.

Nesse sentido, destacamos o Caderno de Propostas Legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. A proposta de n° 5 objetiva justamente trazer mudanças na aplicação de pena de crimes hediondos, bem como alteração da “decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n° 82.959/SP, de 2006, que declarou a inconstitucionalidade da vedação à fiança provisória”. (IBCCRIM, 2018, p. 18)

A lei dos crimes hediondos, assim como a decodificação e a reforma parcial do Código Penal, certamente ampliou as formas de criminalização primária, quando expandiu as possibilidades de aplicação e execução das penas privativas de liberdade em regime fechado.

Nesse sentido, concordamos com Carvalho (2010, p.35), quando sustenta a necessidade de uma reforma legislativa, visto que este é o ponto de partida para iniciarmos um processo de redução na população carcerária do País; e essas mudanças devem ocorrer desde o início da persecução penal até seu fim, sem falar da imperiosa necessidade de mudar, ainda, a cultura dos operadores do direito.

O demasiado encarceramento das duas últimas décadas é fruto das inúmeras hipóteses criadas pelo Poder Legislativo para aprisionar, influenciando o Poder Judiciário, que possui nítida influência punitivista.

Nas últimas décadas o Brasil passou a ter um controle contínuo da quantidade de pessoas presas nas unidades prisionais de cada Estado. Antes, esse controle era realizado por cada Estado individualmente; com o passar dos anos as informações de cada ente federativo foram integralizadas, o órgão competente para reunir e divulgar as informações acerca da quantidade de presos de cada unidade carcerária do Brasil é o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), vinculado ao Ministério da Justiça.

Não há informações acerca da quantidade de presos das unidades prisionais na década de 90 e não é possível verificar o número da população carcerária antes da reforma do sistema punitivo, obtendo, na década de 90, números incompletos. Já nas últimas décadas podemos verificar um levantamento integral do número de pessoas presas, momento este que aponta o Brasil como um dos países que mais encarceram, adentrando firme no cenário punitivista internacional.

Um estudo elaborado pela Secretaria Nacional de Juventude verificou que num período de sete anos o encarceramento aumentou 74%, no Espírito Santo, por exemplo, esse número chegou até 624% (MASI, 2015, p. 112-113).

Trata-se de um demasiado de encarceramento no território brasileiro e que tem gerado grandes discussões, principalmente, após a criação das medidas cautelares. O autor destaca, ainda, a omissão artigo 310 do CPP que versa sobre o auto de prisão em flagrante, quando não clarificou o que de fato poderá afastar à prisão, isto é, “o papel de *extrema ratio* estatal de controle” (MASI, 2015, p. 112-113).

Desse modo, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva é máxima nos processos penais, seguindo à risca o enunciado do inciso II do artigo 310 do CPP, de modo a banalizar a prisão cautelar.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, criado em 2004, que tem objetivo unificar as informações do sistema penitenciário brasileiro, referente ao total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade de vagas existentes no sistema prisional nos mostra que até junho de 2016 existiam 726.712 pessoas presas, superando a marca de 700 mil. O Estado de São Paulo é o que agrega a

maior parte dessa população com 240.061 pessoas presas, concentrando 33.1% da população prisional do território nacional, Roraima é o Estado que possui o menor número de pessoas privadas de liberdade do país com 2.339 pessoas (INFOPEN, 2016, p. 8-9).

O artigo 9° da Resolução 213 do CNJ dispõe sobre a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão que estão previstas no art. 319 do CPP. Deve o juiz avaliar a real adequação e necessidade para conceder tais medidas. Em que pese o *caput* do artigo destacar apenas as medidas cautelas inseridas nos artigos 319 e 320 do CPP, em nosso ordenamento jurídico existem outras espécies inseridas em Leis Penais Especiais, exemplificamos: *i)* o artigo 249 do CTB, que em qualquer fase da investigação ou da ação penal, de ofício, ou a requerimento do MP ou mediante representação da autoridade policial, poderá, motivadamente, o magistrado decretar a suspensão da permissão para dirigir, ou proibir sua obtenção; *ii)* o artigo 22 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), no que se refere às medidas protetivas de urgência, assegura que "constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher" poderá o juiz, de imediato, aplicar ao agressor em conjunto ou separadamente medidas protetivas, como: I- suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n° 11. 826/03; II- afastamento do lar, domicílio ou local da ofendida; e até mesmo a proibição de determinadas conduta, exemplificando: aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; ou até mesmo, proibir a frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida. (ANDRADE, 2017, p. 116-117)

Verificamos, portanto, que há inúmeras previsões legais que dão aos magistrados a possibilidade de não lançar mão no instituto da prisão.

Desde 24 de fevereiro de 2015 houve diariamente um acompanhamento das audiências de custódia pelo IDDD. A pesquisa realizada pelo instituto durou dez meses e acompanhou mais de 700 audiências, onde foram "sistematizadas para formarem um banco de dados quantitativos e qualitativos que pudesse representar o projeto piloto em São Paulo no seu primeiro ano de funcionamento." Foram observadas, as dificuldades dos magistrados, defensores e promotores de justiça, desse modo, contribuindo positivamente para solução de possíveis obstáculos. (IDDD, 2016 p. 9)

O art. 11 da Resolução determina que nos casos em que a pessoa presa em flagrante foi vítima de tortura ou maus tratos, os relatos devem ser registrados e deverão ser adotadas as providencias cabíveis para investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima.

De acordo com Andrade, Paiva e Alflen *et al* (2017, p.15) o artigo 1° da Resolução de número 213/15 do CNJ determina que a pessoa presa em flagrante deve ser apresentada à autoridade judicial num prazo de 24 horas. Em que pese haver nos Tratados Internacionais a previsão de que toda pessoa presa ou detida deve ser

apresentada a um juiz sem demora, em nenhum momento o texto normativo previu o tempo para que essa apresentação fosse realizada, ficando a critério de cada Estado o tempo para esta apresentação. Momento em que surge a discussão sobre a interpretação legal do CPP e da própria Resolução n° 213 do CNJ, onde a "Polícia Civil teria 24 horas para concluir o auto de prisão em flagrante e, a partir de então, contar-se-iam mais 24 horas para que a pessoa presa fosse apresentada ao juiz." Durante a análise verificou-se que esse prazo ficava a critério dos operadores do direito, onde além de não cumprirem o que foi determinado pela Resolução, sempre estendiam o tempo da audiência

Segundo o Relatório do IDDD (2016, p. 66-67), o contato da vítima com o juiz na audiência de custódia objetiva proteger a integridade física e psíquica da pessoa presa, e durante o acompanhamento do projeto-piloto pelo IDDD, verificou-se que esse foi um dos assuntos que apresentou forte resistência por parte dos operadores do direito. Alguns magistrados se mostravam interessados em saber detalhes das agressões, enquanto outros se contentavam apenas com a informação sobre existência ou não de violência. O Ministério Público como órgão defensor dos interesses da sociedade mostrou-se indiferente sobre os casos que envolviam violência. A citar, de 588 audiências ocorridas, apenas oito perguntas foram formuladas pelo *parquet* (1, 36%).

Após um ano da implantação da audiência foi elaborado um relatório do Ministério da Justiça em conjunto com o Departamento Penitenciário Nacional e que teve como objetivo mostrar as análises práticas das audiências de custódia pelo País. Relatório buscou verificar as práticas adotadas nas audiências de custódia de diferentes Unidades Federativas; analisando se ocorriam encaminhamentos para a rede de apoio e proteção social e, se as audiências de custódia possuíam relação com os serviços de acompanhamento para penas alternativas. Foi observado, principalmente, se o uso da prisão provisória no País correspondia às diretrizes da Política Nacional de Alternativas Penais.

De acordo com o Relatório, a concessão de liberdade e a decretação de prisão preventiva, assim como o número de audiências de custódia foi bastante variável nos Estados brasileiros, a variação decorre de inúmeros motivos, como por exemplo, "a cultura profissional e corporativa dos profissionais do SJC, o histórico da política criminal de alternativas penais assumida pelo judiciário, a disponibilidade e qualidade das políticas sociais e assistenciais de Poder Executivo, que devem ser avaliados especificamente para cada realidade local".

A audiência de custódia, além de um ambiente inovador, pode ser eficaz na redução das prisões preventivas, tendo em vista que este também é um dos objetivos a ser alcançados com a sua implantação. O Relatório destacou alguns estados que tiveram maior taxa de concessão de liberdade, como: Amapá, Bahia, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Rio Grande do Norte. De acordo com os envolvidos, esses estados devem servir de exemplo para aqueles que ainda mantêm altas taxas de prisão, para

que também possam obter resultados positivos. (DEPEN, 2016, p. 26-27)

Mesmo depois da implantação da audiência no território brasileiro, já havia relativização das normas atinentes à audiência, pois as pessoas presas sequer eram apresentadas à autoridade judiciária "mesmo para os locais onde as audiências já estariam funcionando".

Após quatro anos da regulamentação da audiência de custódia no Brasil podemos verificar que ainda há descumprimento por parte de magistrados que, por mera deliberação, não realizam a audiência de custódia e decretam de plano a prisão preventiva. Recentemente o Conselho Nacional de Justiça intimou juízes que não estavam realizando a audiência de custódia sob o argumento de que "a apresentação dos presos em juízo era desnecessária, pois o normativo editado pelo CNJ seria inconstitucional". O juiz da Comarca de São Luiz Gonzaga, Thiago Dias da Cunha em justificativa sustentou que o CNJ extrapolou suas atribuições definidas na Constituição Federal ao regulamentar um tratado internacional por meio de resolução – a tarefa caberia ao Poder Legislativo, por meio de lei. (MARTINS FERNANDO, 2019)

Em que pese a audiência de custódia já está regulamentada no Brasil os operadores do direito estão o devido valor ao instituo o que consequentemente desrespeita os preceitos constitucionais e fere a os direitos inerentes ao indivíduo.

Segundo Andrade (2017, p. 11-12), o Conselho Nacional de Justiça, em cooperação com o Ministério da Justiça, iniciou o projeto-piloto da audiência de custódia, para que paulatinamente esta fosse implantada no Estado de São Paulo. Juntamente com o Tribunal de Justiça desse Estado houve uma experiência que ocorrera especificamente na capital paulista e gradativamente foi se firmando em outros Estados Brasileiros.

Através dos Dados Estatísticos do Mapa de Implantação de Audiência de Custódia do Conselho Nacional de Justiça, verificaremos as informações das audiências ocorridas em todo território brasileiro, desde a edição da Resolução n° 213/15 do CNJ, até junho de 2017. Das 258.485 audiências de custódia realizadas nos Estados foram extraídas informações acerca dos casos que resultaram em liberdade, prisão preventiva, casos em que alegaram violência no ato da prisão, e casos em houve encaminhamento social. Vale destacar aqui, para fins da pesquisa os Estados que resultaram com maior número de prisão preventiva e os Estados com maior número de liberdade.

No Estado do Rio Grande Do Sul foram realizadas 6.769 audiências, das quais resultaram em prisão preventiva 5.742, totalizando 84,83% das audiências realizadas, e em somente 1.027 casos houve liberdade, alcançando 15,17% das audiências. Ao realizar 6.358 audiências de custódia, o Estado de Rondônia realizou 3.974 prisões preventivas, chegando a 62,5% do total das audiências. Já as liberdades obtidas somam 2.384, resultando 37,5%. O Estado do Tocantins também se apresenta entre os Estados com maior número de prisões, pois, de 1.217 audiências realizadas, 736

foram prisões preventivas, alcançando 60.48%, as liberdades, resultaram um total de 481 obtendo 39.48%.

Os Estados com menor taxa de aprisionamento foi o Estados do Mato Grosso, pois, de 5.927 audiências realizadas, 3.336 foram os casos que resultaram em liberdade (56,28%) e 2.591 resultaram em prisão preventiva (43,72%). O Estado da Bahia realizou 6.330 das quais 3877 resultaram em liberdade (61,25%), e as preventivas alcançaram 2.453 (38,75%). O Estado de Santa Catarina realizou 4.651 das quais 2.343 resultaram em liberdade (50,83%), e 2.308 foram prisão preventiva (49,62%).

Os Estados supracitados foram aqueles obtiveram maior e menor número de prisões preventivas e liberdades. Desde o ano de 2015 até junho de 2017 foram realizadas 258.485 audiências de custódia de todos os Estados Brasileiros, com apenas 115.497 audiências resultando em liberdade, somando 44,68%. Já as prisões preventivas somaram 142.988, o que é equivalente a 55,32% dos casos. De acordo com o mapa do CNJ é possível verificar que a prisão ainda é a protagonista no cenário penal brasileiro; é ainda, um instrumento indispensável e não inútil na forte tendência punitivista do Brasil.

Segundo o relatório do IDDD (2016, p. 66-67), durante o acompanhamento do projeto-piloto pelo IDDD, verificou-se que esse foi um dos assuntos que apresentou forte resistência por partes dos operadores do direito. Alguns magistrados se mostravam interessados em saber detalhes das agressões, enquanto outros se contentavam apenas com a informação sobre existência ou não de violência. O Ministério Público como órgão defensor dos interesses da sociedade mostrou-se indiferente sobre os casos que envolviam violência. A citar, de 588 audiências ocorridas, 8 perguntas foram formuladas pelo órgão, (1, 36%).

Na maioria dos casos houve relatos de agressão por parte da polícia militar no momento do flagrante, das pessoas acompanhadas ao longo da pesquisa, nove sequer foram questionadas sobre possíveis agressões, isso porque já havia outro tipo de explicação no Boletim de Ocorrência, descrevendo fuga do preso. Dentre alguns relatos registrou-se uma forma peculiar de agressão, pois os policiais ao saberem que na audiência de custódia há de ser apresentado o preso ao juiz, estes utilizavam “choques nas mãos e choques nos pés, tapas e ameaças” no custodiado, dessa forma, sem deixar marcas visíveis. (IDDD, 2016, 70-71

A atuação dos operadores do direito, mesmo com a existência de medida cautelar possui como único referencial no nosso sistema jurídico interno o uso da prisão e os casos de agressão física ainda são corriqueiros.

3 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da concepção de valoração prévia do indivíduo é que temos uma realidade jurídica, materializada nos instrumentos normativos como um todo ao

quais consagram os valores mais relevantes em uma dada sociedade.

Desse modo, a intervenção penal se faz necessária, devendo a lei, através do legislador, determinar critérios basilares para combater condutas que não estão de acordo com o convívio social. Beccaria (2002) afirma que "[...] somente as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda sociedade unida por um contrato social".

Ademais, o indivíduo que estiver em desconformidade com o convívio social, somente restará a ele a função retributivista da pena, de modo que o direito de punir caberá primordialmente ao Estado, uma vez que este é o possuidor de tal função.

É certo que o sistema jurídico brasileiro já se adequou ao procedimento das audiências de custódia, que objetiva proporcionar ainda mais as garantias processuais da pessoa presa. Entretanto, a relevância da audiência de custódia ainda é vista de maneira indiferente aos olhos de quem a conduz. Fosse diferente, seu resultado refletiria positivamente na realidade das pessoas presas, na redução das agressões físicas ou maus-tratos ao indivíduo preso, objetivo principal do ato pré-processual, mas, também, incidiria de modo efetivo na redução da população prisional provisória do país.

Apesar de a prática judicial ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direito Humanos, ainda há de se falar em mudança, principalmente, no que se refere à cultura dos atores do processo penal.

Os reflexos benéficos da realização da audiência de custódia frente aos problemas do encarceramento, assim como torturas ou maus tratos, carecem da atuação jurisdicional pura e positiva do juiz, bem como daqueles que contribuem diretamente nas audiências, devendo sempre proporcionar maior efetividade do instituto da audiência de custódia, garantindo, principalmente, a máxima efetividade dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de custódia comentários à resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: https://pt.scribd.com/ >. Acesso em: 10 Jan. 2018.

BRASIL: Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos do Mapa de Implantação de Audiência de Custódia do CNJ.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil

BRASIL: Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN-Junho 2016**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf

BRASIL: MARTINS, FERNANDO. CNJ intima juízes que decretaram prisão sem fazer audiência de custódia. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/desembargadores-ministros-gostam-audiencia-custodia-juizes Acesso: 22.03.2019

CARVALHO, de Salo. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo. (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena).** Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010 Disponível em: https://pt.scribd.com/ >. Acesso em: 10 Jan. 2018.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo (2016).** Disponível em: http://www.iddd.org.br/index.php/2016/06/27/relatorio-do-iddd-de-monitoramento-das-audiencias-de-custodia-em-sao-paulo-e-apresentado-em-evento-do-cnj-sobre-tortura-e-violencia/

MASI,. Carlo Velho. **Revista dos Tribunais, Audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**, São Paulo, v. 960, ano 104, p. 77-120, out./ 2015.
Disponível em: https://pt.scribd.com/ >. Acesso em: 10 Jan. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 9ed. Saraiva, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**. Porto Alegre, 2006.

CAPÍTULO 2

RESTITUIÇÃO AO STATUS QUO NO PROCESSO PENAL E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

André Murilo Parente Nogueira
Advogado, Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pela Ius Gentium Conimbrigae – Universidade de Coimbra; Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE/Bauru; Professor de Direito Processual Civil e Coordenador do Curso de Direito da ITE/Botucatu; Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário de Bauru – ITE/Bauru; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Presidente da 25ª Subseção da OAB/SP (2013/2018).

Manuella de Oliveira Soares
Advogada, Doutora em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE/Bauru; Mestre em Processo Civil e Cidadania pela UNIPAR; Professora efetiva da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul; Juíza leiga.

RESUMO: O direito ao esquecimento deve ser encarado como uma garantia constitucional do Direito Penal contra a exposição perpétua pela internet dos réus em processos arquivados e a utilização eterna do agravamento da pena em razão dos maus antecedentes, mesmo após cinco anos da extinção da pena. O presente trabalha objetiva, por intermédio de uma pesquisa bibliográfica, demonstrar que o direito ao esquecimento deve ser aplicado ao direito penal em diversas situações. Em especial, evidencia que o que se busca não é reescrever a história nem tão pouco apagar os registros de dados passados, mas sim o direito de evitar que tais dados sejam divulgados sem necessidade, ferindo direitos fundamentais do réu. Concluiu-se que a manutenção de dados processuais criminais, quando já ocorrido o arquivamento dos autos, fere vários direitos constitucionais daquele foi que respondeu o processo. Do mesmo modo, a utilização perpétua dos maus antecedentes para aumento da pena também fere princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Penas Perpétua previstos na Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVES: Direito do esquecimento; exposição de dados na internet; eternização dos maus antecedentes.

1 | INTRODUÇÃO

No atual contexto brasileiro, de um Estado Democrático de Direito, é inquestionável o valor do Direito Penal Mínimo, que esteja assentado sobre as máximas garantias constitucionais; sobretudo, nos princípios basilares contidos na Constituição Federal, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana (base de todos os outros), o princípio da intervenção mínima, princípio da ofensividade, princípio da insignificância, princípio da legalidade, dentre outros.

Nesse cenário é que se encaixa o direito ao esquecimento, que além de ser aplicado aos outros ramos do direito, também deve ser aplicado na seara criminal como garantia de eficácia dos direitos fundamentais constitucionais e, em especial, da concretização do fundamento do Estado Democrático de Direitos no qual estamos inseridos.

Portanto, nessa trilha, estudar-se-á primeiramente a respeito do direito ao esquecimento, sua origem, aplicação e importância. Em ato contínuo, demonstrar-se-á a importância da aplicação desse instituto quando se trata de processos criminais arquivados. A exposição eterna de dados processuais nos sites dos Tribunais podem trazer inúmeros prejuízos aos processados, sejam àqueles que foram absolvidos ou não.

Por fim, a fim de se preservar direitos fundamentais constitucionais, também deve ser repensando o fato de os maus antecedentes justificarem o aumento da pena base, mesmo após passados mais de cinco anos da data da extinção da punibilidade, sob pena de se estar desrespeitando inúmeros preceitos garantistas.

2 | DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONCEITO E APLICAÇÃO AO DIREITO PENAL

O direito ao esquecimento, também denominado entre os norte -americanos de *the right to be let alone* (direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só) e, em países de língua espanhola, conhecido como *derecho al olvido* (direito a ser esquecido), é o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.

Esse direito surgiu para beneficiar aqueles que já cumpriram suas penas por crimes cometidos, ou provaram sua inocência em alguma acusação, mas que tiveram suas vidas pessoais envolvidas em eventos muitas vezes com efeitos nefastos e que, por tal razão, não convém serem relembrados, trazendo à tona todos os malefícios que, com muito esforço, foram superados.

Embora relativamente novo no Brasil, há muitos anos discute-se o tema na Europa e nos Estados Unidos. O filosofo francês, Fraçois Ost menciona como exemplo, uma decisão de 1983, do Tribunal de última instância de Paris (*Mme. Filipachi Cogedipresse*), sobre o caso:

> [...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela (OST, 2005, p. 161).

Outro caso bem conhecido a respeito do tema é o chamado “caso Lebach”,

julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão: em 1969, quatro soldados alemães foram assassinados em uma cidade na Alemanha chamada Lebach. Após o processo, três réus foram condenados, sendo dois à prisão perpétua e o terceiro a seis anos de reclusão.

O terceiro réu, quando saiu da prisão, ficou sabendo que uma emissora de TV iria exibir um programa especial sobre o crime que o mesmo cometeu, inclusive com fotos dos condenados e a insinuação de que eram homossexuais.

Diante disso, ele ingressou com uma ação inibitória para impedir a exibição do programa. Com inúmeros recursos, o processo chegou até o Tribunal Constitucional Alemão, que decidiu que a proteção constitucional da personalidade deve se sobrepor a liberdade de imprensa, não admitindo que a imprensa explore, por tempo ilimitado, a pessoa do criminoso e sua vida privada.

O Tribunal Alemão entendeu, na ocasião, que a emissora de televisão não deveria exibir novamente notícia sobre o crime, uma vez que o mesmo teria ocorrido há vários anos e que não haveria interesse atual na retransmissão da noticia.

Ademais, o Tribunal entendeu que a transmissão da reportagem causaria grandes prejuízos ao réu, que já havia cumprido a pena e precisava ser ressocializado, o que certamente seria dificultado com aquela nova exposição.

No Brasil, o direito ao esquecimento tem cunho tanto constitucional como infranconstituconal, uma vez que é considerado uma extensão ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana e à vida privada, intimidade e honra, assegurado tanto pelo artigos 1º, III e 5º, X, ambos da Constituição Federal, como pelo artigo 21 do Código Civil.

Toda essa preocupação é válida e latente quando se está à frente de uma sociedade da hiperinformação, onde os riscos de lesão à privacidade e à autonomia individual parecem ser eternos. Nesse viés, diante da velocidade e amplitude da propagação das informações veiculadas pelas mídias televisivas e pelas “mídias virtuais” é que surge o direito ao esquecimento, que tem como função sobrepesar os preceitos fundamentais discutidos a fim de reacender a força da privacidade ora mitigada e permitir que ela possa ser usada como limitação da liberdade de informação.

Nesse sentido foi o posicionamento do Ministro Salomão, Relator do Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ, interposto pela Rede Globo Comunicações e Participações S/A em desfavor de Jurandir Gomes de França:

> A tese do direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira, tendo sido aprovado, recentemente, o Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e justificativa ora se transcrevem: ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar

> fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

E continua:

> A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse cyberespaço. Até agora, tem-se mostrado inerente à internet - mas não exclusivamente a ela -, a existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado.

O conceito de vida privada hoje parece estar sendo degradado, o que fere indiscutivelmente direitos fundamentais, já que não se pode hipertrofiar a liberdade de informação, à custa do atrofiamento dos valores que apontam para a pessoa humana.

O que se busca com o direito ao esquecimento, não é reescrever a história nem tão pouco apagar os registros de dados passados, mas sim o direito de evitar que tais dados, fatos, imagens, etc, sejam reapresentados de modo sensacionalista ou num contexto diferente do original. A pessoa deve ter o direito de ter controle sobre seus dados. O que se busca com o direito ao esquecimento não é apagar a história ou reescrever o passado, mas é se atentar a análise de quais fatos merecem ser rememorados e em qual contexto.

> Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído (OST, 2005, p. 160).

Nessa trilha, pode-se falar sobre a aplicação do direito ao esquecimento na seara penal, em especial as respeito das informações eternamente disponíveis nos sites dos Tribunais, como na carga permanente que o réu carrega pelos maus antecedentes.

3 I DA EXPOSIÇÃO DE DADOS PROCESSUAIS CRIMINAIS APÓS ARQUIVAMENTO DOS AUTOS

Não há duvidas de que a informatização dos processos judiciais estão contribuindo para a melhora da efetiva prestação da tutela jurisdicional, principalmente porque diminuem o tempo de tramitação do processo, há economia de espaço e facilidade de acesso ao processo, permitindo acesso rápido e universal aos autos, entre outros benefícios.

Todavia, é inegável que a informatização trouxe mais publicidade aos atos processuais que, embora antes também já fossem públicos, a exposição era menor,

já que o público só poderia acessar os autos caso se deslocassem até a vara ou secção judiciária que o mesmo tramitava.

O princípio processual da publicidade é a garantia de uma justiça "justa", que nada esconde; a garantia de uma magistratura imparcial, que permite a verificação de seus atos.

> A publicidade é garantia para o povo de uma justiça "justa", que nada tem a esconder; e, por outro lado, é também garantia para a própria magistratura diante do mesmo povo, pois está agindo publicamente, permite a verificação de seus atos. (ALVIM, 1999, p.134)

Esse princípio é decorrente do Estado Democrático de Direito e, neste sentido, leciona Santos, *"não terá uma legítima democracia o Estado em que o poder não seja exercido com transparência e não conte com mecanismos de controle dos atos dos representantes do povo"* (SANTOS, 2008, p. 174/175).

Contudo, embora a publicidade seja um princípio processual consagrado, com a informatização dos processos judiciais, pode-se falar que a mesma acaba, por vezes, feriando alguns direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Em inúmeros tribunais percebe-se que o público em geral tem acesso, não somente ao conteúdo completo dos autos que estão tramitando (que não estejam em segredo de justiça), mas também ao conteúdo daqueles que já estão arquivados.

> Em decorrência da implantação do PJE, o princípio da publicidade (PP) tem sido objeto de estudo por vários pensadores jurídicos contemporâneos, pois muito se indagou sobre a inconstitucionalidade da Lei 11.419/2006 no que tange à publicidade no PJE. A Comissão Nacional de Justiça, por intermédio da resolução 121/2010, pôs um fim na interminável discussão doutrinária firmada, dispondo sobre quais as informações do processo que deveriam ser publicadas e sobre quem teria acesso aos autos eletrônicos. As regras de publicidade estabelecidas pela CNJ não destoam do disposto no Código de Processo Civil, nem tampouco diferem de quando os processos eram exclusivamente físicos (em papel), de forma que todos terão acesso aos autos, desde que não tramitem em segredo de justiça. (BELOTTO, PAGANI, 2014, p. 67).

Quando o público geral tem acesso às informações do processo, de maneira tão fácil e rápida, e especial aqueles que já foram arquivados, pode-se afirmar que inúmeros direitos fundamentais podem estar sendo lesados ou, no mínimo, mitigados, tais como dignidade da pessoa humana, privacidade, honra e direito à imagem (JUNIOR, 2007, p. 59).

Na seara penal tal fato fica mais evidente, já que facilmente é possível saber se a pessoa respondeu alguma ação penal, qual crime foi acusada, se foi condenada, etc, violando, como já dito, direitos fundamentais como o da privacidade e dignidade da pessoa humana.

Se de um lado tem-se o princípio da publicidade processual, de outro tem-se o princípio da inviolabilidade da privacidade. Não é fácil optar por algum deles, escolhendo o mais importante.

Quando se tem uma colisão de princípios, deverá haver um sopesamento dos

mesmos, por meio do postulado ou da máxima da proporcionalidade *lato sensu*, para aferir qual deve ser o princípio jurídico aplicável ao caso concreto, sem que os demais princípios postos em confrontos, que foram então rechaçados, sejam revogados. Só assim poder-se-á garantir a preservação dos valores ético-morais albergados ela Constituição (ALEXY, 2008, p. 94)

Se de um lado é importante a publicidade, para garantia da imparcialidade do julgamento, de outro a mesma pode ser prejudicial, em especial na seara penal. Assim, entende-se que num confronto entre o princípio da publicidade processual e o princípio da inviolabilidade a intimidade, deve-se dar preferência à intimidade, eis que integra um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o que é assegurado constitucionalmente.

Não há dúvida de que o direito à intimidade não deve prejudicar a sociedade em geral, que tem o direito a ser informada; todavia cabe ao Poder Judiciário resguardar o direito a intimidade dos litigantes, restringindo algumas informações.

O CNJ estabeleceu em sua Portaria nº 121 o seguinte teor:

> Art. 1.º A consulta aos dados básicos dos processos judiciais será disponibilizada na rede mundial de computadores (internet), assegurado o direito de acesso a informações processuais a toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse.
>
> Parágrafo único. No caso de processo em sigilo ou segredo de justiça não se aplica o disposto neste artigo.

Segundo o entendimento do CNJ, "dados básicos" seriam o *"número, classe e assunto do processo, nome das partes e dos advogados, movimentação processual, teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos, exceto nos casos que tramitam em sigilo de justiça"* (PINHO, 2012, p. 47).

Todavia, o Poder Judiciário deveria ser mais cauteloso e diminuir o acesso a tantas informações. Ninguém duvida de que a informação disponível na internet, de que certa pessoa respondeu por um processo criminal, ainda que tenha sido absolvida, pode causar um grande prejuízo a sua imagem. O fato dessas informações estarem eternamente disponíveis para a sociedade por intermédio da internet pode causar efeitos nefastos na vida de quem já respondeu por uma ação criminal, ainda mais numa sociedade como a nossa, cheia de preconceitos. É por isso que se defende que a publicização exacerbada trazida pelos sites dos Tribunais brasileiros deve ser repensada, de forma que, ao menos os processos que estejam arquivados definitivamente, tenham o acesso impedido pelo público em geral, liberando-se o acesso apenas mediante petição específica protocolizada por um advogado (BELOTTO, PAGANI, 2014, p. 70).

Têm eclodido na Europa diversas demandas com referido escopo, onde a liberdade de expressão e a publicização de dados pessoais encontra óbice na privacidade e na vontade da pessoa a quem se expõe, prevalecendo o direito fundamental à privacidade em detrimento do direito à informação, demonstrando

patente evolução da proteção dos direitos fundamentais individuais em face do direito coletivo à informação. Seria adotar o direito ao esquecimento às consultas processuais em relação aos processos já definitivamente arquivados.

É certo que existem alguns posicionamentos contrários, alegando que o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, afrontando o direito à memória de toda a sociedade; que o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, o que é de inegável interesse público; que é absurdo imaginar que uma informação que é lícita se torne ilícita pelo simples fato de que já passou muito tempo desde a sua ocorrência; que quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público, etc.

Entretanto, não se pode olvidar que, em que pese tais argumentos sejam importantes, há que se lembrar que outros direitos fundamentais, de maior importância, são mitigados quando a informação sobre uma ação que determinada pessoa respondeu fica eternamente disponível ao público, mesmo após o arquivamento dos autos.

O que sempre se discute é que a falta de um botão delete na internet é um problema significativo, já que por ela ter um potencial de difamação maior, não se pode permitir que dados na internet permaneçam na memória da sociedade (REsp 1.334.097).

Para aqueles que responderam a ação criminal e foram condenados, além da pessoa ter registrado esses maus antecedentes em sua “ficha criminal”, ainda o terá na sua vida privada. Aliás, o eterno registro dos maus antecedentes, na vida pregressa do infrator, também fere a dignidade da pessoa humana, devendo ser combatido pelo direito ao esquecimento.

4 I A ERRÔNEA APLICAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES APÓS CINCO ANOS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

É possível fazer uma ligação do direito ao esquecimento, que protege o direito a proteção à vida privada (privacidade), intimidade e honra, e a dignidade da pessoa humana, com o direito penal, mais precisamente com a questão dos maus antecedentes.

O fato dos maus antecedentes poderem ser utilizados sem qualquer limitação temporal atenta contra a dignidade da pessoa humana do condenado. A utilização dos maus antecedentes sem qualquer limitação temporal não permite que o indivíduo seja deixado em paz pelo Estado e possa se desvincular de delitos do passado.

> O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe

> foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado 'direito ao esquecimento', não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta." (STF- HC 119/2000- Voto do Ministro relator Dias Toffoli, DJe 11/03/2014).

A aplicação dos maus antecedentes não pode ser eterna, devendo sofrer uma limitação temporal. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se posicionaram no sentido de que não existe prazo limite para que uma condenação penal definitiva possa fundamentar o aumento da pena base em razão de maus antecedentes[1]. Para a corrente majoritária do Supremo Tribunal Federal somente a reincidência deve ser extinta após o prazo de 05 (cinco) anos, computado a partir do cumprimento ou extinção da pena (art. 64, I, CP).

Entretanto, no dia 11/02/2014, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 119.200/PR, o qual tinha como relator o Ministro DIAS TOFFOLI, publicado em DJe 11/03/2014 aplicou aos maus antecedentes a regra do artigo 64, I do Código Penal. Segundo o Ministro Relator, Dia Tofoli, em seu voto,

> [...] a interpretação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal deve ser no sentido de se extinguirem, no prazo ali preconizado, não só os efeitos decorrentes da reincidência, mas qualquer outra valoração negativa por condutas pretéritas praticadas pelo agente. Penso que eventuais deslizes na vida pregressa do sentenciado que não tenha, há mais de cinco anos, contados da extinção de pena anterior que lhe tenha sido imposta, voltado a delinquir, não podem mais ser validamente sopesados como circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59), sob pena de perpetuação de efeitos que a lei não prevê e que não se coadunam com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e do caráter socializador da reprimenda penal. [...]
>
> O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado 'direito ao esquecimento', não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. Por isso, delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para o desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64). Se essas condenações não mais se prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que são o menos.

Essa questão da aplicação ou não os efeitos do artigo 64, I do CP aos maus antecedentes foi afetada pelo Supremo Tribunal Federal no RE no 593818 RJ[2], que reconheceu a repercussão geral, encontrando-se pendente de julgamento. Somente após a decisão de mérito pelo Plenário do STF é que haverá unicidade da jurisprudência.

---

1. STF: RHC nº 106.814/MS, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/2/11; HC nº 97.390/SP, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/9/10; HC nº 98.803/MS, Segunda Turma, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, DJe de 11/9/09.
2. STF: RE 593818 RG, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, julgado em 26/02/2009, DJe-064 Divulgado 02-04-2009, Publicado 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01118

> EMENTA: MATÉRIA PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDIDICAIS. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. MANIFESTAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO REQUISITO DE REPERCUSSÃO GERAL PARA APRECIAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (RE 593818 RG, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Julgado em 26/02/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01118).

A doutrina também está em consonância com esse novo posicionamento da Corte Constitucional, defendendo que a tese da *"temporariedade dos maus antecedentes"* como sendo a mais razoável, já que evitaria que os efeitos de uma condenação se propagassem por toda a vida do agente, além de não haver justificativa lógica para que cessem os feitos da condenação com relação à reincidência e não com relação aos maus antecedentes (SCHMITT, 2012, p. 124-125).

Um dos argumentos doutrinários é que se assim não for entendido, haverá reconhecimento de pena de caráter perpétuo no nosso país, o que é vedado pela nossa Constituição Federal. Aliás, a proibição das penas perpétuas está em consonância com os princípios, também constitucionais, da inviolabilidade da liberdade, da humanidade e da dignidade da pessoa humana (GRECO, 2008, 43).

A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, Bernardo Gonçalves Fernandes (2010, p. 176) defende que é um metaprincípio que irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais:

> Partindo das noções afirmadas pela teoria constitucional majoritária – ainda que pesem as críticas feitas, bem como as incoerências internas a essa teoria –, com fortes heranças germânicas e bases axiológicas, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88) é erigida à condição de meta-princípio (sic). Por isso mesmo esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros. Sendo assim, direitos como vida, propriedade, liberdade, igualdade, dentre outros apenas encontram uma justificativa plausível se lidos e compatibilizados com o postulado da dignidade humana. Por exemplo, a vedação geral a penas de morte, já que suprimindo a vida, suprime-se também qualquer condição de existência, inclusive moral do sujeito.

Nessa trilha, portanto, não há duvida de que a Constituição Federal consagrou a proibição das penas perpetuas.

> [...] Nessa perspectiva, por meio de cotejo das regras basilares de hermenêutica, constata-se que, se houve o objetivo primordial de afastar a pena perpétua, reintegrando o apenado no seio da sociedade, com maior razão deve-se aplicar tal raciocínio aos maus antecedentes. Advirto, outrossim, que o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia in malam partem, método de integração vedado no ordenamento jurídico. É que, em verdade, assiste ao indivíduo o "direito ao esquecimento", ou "direito de ser deixado em paz", alcunhado, no direito norte-americano de "the right to be let alone". O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa

> humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade. Manifestei-me nesse sentido, ainda em maio de 2013, quando relatei o HC nº 110.191/RJ, DJe 6.5.13. Em seguida, o entendimento foi adotado na Primeira Turma, em março de 2014, quando do julgamento do HC nº 118.977/DF, da relatoria do ministro Dias Toffoli, a saber: Recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal. Interposição contra julgado em que colegiado do Superior Tribunal de Justiça não conheceu da impetração, ao fundamento de ser substitutivo de recurso ordinário cabível. Constrangimento ilegal não evidenciado. Entendimento que encampa a jurisprudência da Primeira Turma da Corte. Precedente. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos. Pretensão à aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Penas ainda não extintas. Constrangimento ilegal inexistente. Recurso não provido. 1. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento do habeas corpus encampou a jurisprudência da Primeira Turma da Corte no sentido da inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário (HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 11/9/12), o que resultou no seu não conhecimento. 2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes. 3. No caso as condenações anteriores consideradas pelas instâncias ordinárias para fins de valoração negativa dos antecedentes criminais do ora paciente ainda não se encontram extintas. 4. Recurso não provido. Dessa forma, entendo que, decorridos mais de cinco anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes.(*acordão publicado no Dje de 24.9.2015 **nomes suprimidos pelo Informativo Secretaria de Documentação – SDO Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados – CJCD (INFORMATIVO STF- Brasília, 26 a 29 de outubro de 2015 – Nº 805. HC 126.315/SP. Rel. Ministro Gilmar Mendes)

Pode-se afirmar ainda que se aos maus antecedentes não for aplicada a regra do artigo 64, I do Código Penal, estar-se-ia privilegiando em nosso sistema penal o Direito Penal do Autor em detrimento do Direito Penal do Fato.

Embora não exista muito consenso em relação ao conceito a respeito do que seria Direito Penal do autor, Nivaldo Brunoni (BRUNONI, 2007) ensina que para esse Direito o que é preponderante para configurar o delito é o modo de ser do agente, como sintoma de sua personalidade. De acordo com o referido autor, para o Direito Penal do Autor, *"o delito em si tem um significado sintomático. O ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor."* (BRUNONI, 2007, p. 2). Portanto, estaria intimamente relacionado com o Direito Penal do Inimigo idealizado por Günther Jakobs, no qual o inimigo é submetido a uma legislação de exceção e é condenado pelo que é, e não pelo fato cometido (JAKOBS, 2007).

O Direito Penal do fato, adotado pelo legislador brasileiro, veda a punição do agente em razão de sua condição pessoal, o que está em perfeita consonância com o Estado Democrático de Direito, o qual privilegia o Estado de Inocência e a Dignidade da Pessoa Humana.

Diante dessas considerações, o reconhecimento eterno dos maus antecedentes para caracterizar o aumento da pena base é admitir a adoção em nosso país do direito

penal do autor, uma vez que o indivíduo portador de maus antecedentes é punido mais duramente em virtude de uma causa não relacionada ao delito cometido, mas à sua pessoa, o que, segundo Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2008, p. 107) seria a *"corrupção do direito penal"*.

Portanto, negar a aplicação do artigo 64, I do Código Penal aos maus antecedentes, é negar a própria dignidade humana ao condenado.

Apesar da posição prevalente do STJ e da, ainda dúbia e incerta do STF, dúvidas não há que se abriu a possibilidade de correção dos rumos (no mínimo) estranhos da jurisprudência até então consolidada, com a sinalização de possibilidade da superação dos critérios de efeitos perpétuos dos "maus antecedentes".

5 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente as considerações tecidas, pode-se afirmar que a tutela da dignidade da pessoa humana inclui o direito ao esquecimento, que é perfeitamente aplicável ao direito penal a medida que contribui de maneira singular à ressocialização o condenado.

A aplicação da teoria do direito do esquecimento ganha muito mais força numa era em que a tecnologia ajuda na não preservação de dados privados, frente a seu potencial lesivo, tanto pela rapidez que as informações circulam, quanto pela existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia que, no mínimo, torna-se desconfortante àquele que é noticiado.

Nesse contexto, é que se pode afirmar que o direito ao esquecimento deve ser aplicado na seara penal e, em especial, nesses dois pontos em específico: a manutenção de dados relativos a processos criminais quando estes estão definitivamente julgados e arquivados, e a não utilização do artigo 64, I do Código Penal para os maus antecedentes.

Não se deseja extinguir a digitalização dos processos criminais ou seu acesso por intermédio da internet, até porque tais fatores, por si só, não ofendem os princípios da dignidade pessoa humana e/ou vida privada e intimidade. A informatização dos processos e divulgação os dados dos processos em andamento não ofende, nem tampouco reproduz informações excessivas ao público no tocante aos processos judiciais, uma vez que somente serão acessíveis os nomes das partes, natureza da demanda e o teor das decisões.

Todavia, o que se defende é manutenção do acesso ao público em geral nos sites dos Tribunais em relação aos processos criminais definitivamente arquivados, já que mantem expostos dados que não têm mais razão de existirem e que, por consequência, acabam atrapalhando a vida pregressa desse condenado e sua ressocialização.

Além desse aspecto, também entende-se que o não reconhecimento de que não prevalece os maus antecedentes para as próximas condenações, se entre a

data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, também configura ofensa ao direito ao esquecimento, uma vez que ofende princípio da vedação das penas perpétuas, da humanidade e, sobretudo da dignidade da pessoa humana.

É notório que o Estado vem falhando em seu dever de ressocializar o condenado e prevenir, por meio da efetivação de direitos individuais e sociais, a prática de novos crimes. Nesse cenário, o que se defende é que a exposição eterna de dados processuais criminais, bem como a não aplicação do artigo 64, I, do Código Penal aos maus antecedentes, atrapalha, não só a ressocialização do condenado, como fere precipuamente os direitos e princípios fundamentais, tais como o princípio da violação à intimidade e vida privada, da humanidade, da proibição de penas perpétuas e, em especial, o da dignidade da pessoa humana.

Há de ser aplicado o direito ao esquecimento em ambas as situações, sob pena de se estar atentando contra o Estado Democrático de Direito, vez que nessas situações fere-se um de seus fundamentos mais relevantes, que é a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. Malheiros. São Paulo, 2008.

ALVIM, E. A. **Curso de direito processual civil**. v.1. São Paulo: RT, 1999.

BELLOTO, c.c; PAGANI, V. A. G. **A publicidade do processo judicial eletrônico e o direito ao esquecimento**, *in*: IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate. Vol. 1, Umuarama : Universidade Paranaense, 2014.

BRUNONI, N. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. **Revista Doutrina**, ed. 21, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/ artigos/edicao021/ Nivaldo_Brunoni.htm>. Acesso em: 03 mar 2016.

FERNANDES, B. G. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRECO, R. **Curso de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008

JAKOBS, G. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas.** Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

JUNIOR, F. D. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** Salvador: Juspodivm, 2007.

OST, F. **O Tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PINHO, H. D. B. de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo.** São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, N. A. M. dos. **Princípio da publicidade.** In: OLIVEIRA NETO, O. de; LOPES, M. E. de C.

(Org.) Princípios processuais civis na Constituição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SCHMITT, R.A. **Sentença penal condenatória. Teoria e prática.** 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

STF. **INFORMATIVO STF N. 805**. HC 126.315/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 26 a 29 de outubro de 2015.

ZAFFARONI, E.R; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** V.01, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPÍTULO 3

A DENÚNCIA COMO PONTAPÉ INICIAL PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONTO "O CASO DA VARA" DE MACHADO DE ASSIS

Tauana Jadna Ribeiro Carneiro
Universidade Estadual do Maranhão
São Luís- Maranhão

RESUMO: O renomado autor brasileiro Machado de Assis sempre buscou retratar a realidade social através de suas obras. Se atualmente o literato fosse vivo, certamente não seria diferente, pois continuaria apresentando as mazelas sociais de sua época por meio de seu trabalho. Através da análise do conto "O caso da Vara", buscou-se, no presente artigo, apresentar uma relação entre o que ocorre com a pequena Lucrécia, a personagem infantil que sofre violência física e psicológica no âmbito doméstico, com a violência (em suas mais diversas formas) sofrida pelas crianças e adolescentes atualmente no Brasil. Ademais, mediante a observação do balanço geral das denúncias feitas através do Disque Direitos Humanos (Disque 100) entre os anos de 2014 a 2018 pretende-se apresentar a importância das denúncias nos casos de violência contra crianças e adolescentes, como uma forma de dar o primeiro passo para o enfrentamento de tamanha violação a tais seres vulneráveis, os quais precisam que seus direitos fundamentais sejam respeitados e tenham eficácia. Objetiva-se mostrar tal temática de forma dinâmica, através da interdisciplinaridade existente entre Direito e Literatura.

PALAVRAS- CHAVE: Violência infantil. Denúncia.

THE DENOUNCEMENT AS A KICK-OFF FOR TACKLING VIOLENCE AGAINST CHILDREN AND ADOLESCENTS IN BRAZIL: AN ANALYSIS FROM THE TALE "THE CASE OF THE STICK" OF MACHADO DE ASSIS

ABSTRACT: The renowned Brazilian author Machado de Assis has always sought to portray social reality through his works. If the literary were alive today, it would certainly not be different, since he would continue to present the social ills of his time through his work. Through the analysis of the story "The Case of the Stick", in this article we sought to present a relation between what happens with little Lucrecia, the child character who suffers physical and psychological violence in the domestic sphere, with violence (in its most diverse forms) suffered by children and adolescents currently in Brazil. In addition, observing the general report on the denunciations made through the Human Rights Dialogue (Dial 100) between 2014 and 2018 intends to present the importance of denunciations in cases of violence against children and adolescents, as a way of giving the first step towards facing such a violation of such

vulnerable beings, who need their fundamental rights to be respected and effective. The objective is to show this theme in a dynamic way, through the interdisciplinarity existing between Law and Literature.
KEYWORDS: Child violence. Complaint.

1 I INTRODUÇÃO

"A denúncia como pontapé inicial para o enfrentamento da violência contra crianças e adolescentes no Brasil: uma análise a partir do conto 'o caso da vara' de Machado de Assis" objetiva estabelecer uma relação entre o que ocorre no conto machadiano e os atuais casos de violência envolvendo como vítimas as crianças e adolescentes no Brasil.

Primeiramente, apresenta-se o resumo do conto, para que, em seguida, seja feito o estudo da obra, analisando o contexto histórico em que esta se insere, bem como destacando as situações de violência vivenciadas em ambiência doméstica pela personagem infantil, Lucrécia.

Em seguida, buscou-se apresentar uma breve evolução histórica do tratamento conferido às crianças e adolescentes através das constituições brasileiras ao longo dos anos e, também, mediante legislações infraconstitucionais.

Além disso, serão apresentadas algumas formas de agressões sofridas pelos seres vulneráveis aqui observados, para que, posteriormente, seja conferido um significado simbólico às personagens criadas pelo literato brasileiro, a fim de que seja inserido o tema da denúncia como instrumento de proteção aos sujeitos infantes vitimados.

Por fim, apresenta-se o Disque Direitos Humanos como instrumento de denúncia em mãos da população. Serão trabalhadas as denúncias envolvendo violência contra crianças e adolescentes entre os anos de 2014 a 2018.

Foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, correspondendo a primeira à observação de estudos os quais analisaram a referida obra machadiana e a segunda correspondendo à análise dos levantamentos anuais fornecidos pela Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos.

2 I ANÁLISE DO CONTO "O CASO DA VARA" E SUA RELAÇÃO COM A VIOLÊNCIA SOFRIDA PELAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

O conto tem início com a fuga de Damião do seminário para onde seu pai o havia mandado. O jovem, desesperado com o desejo de não seguir a vida religiosa está em busca de um local para se refugiar e também um recinto onde exista alguém que possa ajudá-lo a sair daquele lugar, esse alguém é sinhá Rita, uma senhora que possuía boas relações com seu padrinho, João Carneiro, o qual fazia todas as

vontades do pai de Damião. Para o rapaz, a rica senhora exerceria influência sobre seu padrinho, que, por sua vez, convenceria seu pai a retirá-lo do seminário.

Ao chegar à casa de sinhá Rita, implorou para que esta o ajudasse a sair do seminário. Fazendo uso de uma verdadeira súplica, fez com que a senhora se compadecesse de sua situação, o que a impeliu a estar determinada a ajudar o jovem rapaz. Então, sinhá Rita mandou que um menino fosse chamar João Carneiro e, enquanto esperavam, começaram a conversar de forma descontraída. Uma das histórias descontraídas contadas por Damião fez a pequena Lucrécia sorrir, a garota era uma da crias de sinhá Rita e seu sorriso não agradou à senhora, que logo lhe fez uma ameaça de bater-lhe com uma vara. Damião observou a criança e o desconforto que gerou para ela a situação causada pelo riso decorrente da história por ele contada. Então, prometeu que apadrinharia a criança caso esta não conseguisse finalizar a tarefa a qual realizava no momento do riso, para que a mesma não sofresse o castigo prometido por sinhá Rita.

Com a chegada de João Carneiro, sinhá Rita determinou que este deveria convencer o pai de Damião a tirar o rapaz do seminário. O padrinho do jovem hesitou, afirmando e mostrando o quanto seria difícil atingir tal objetivo. No entanto, como não gostaria de ir contra a vontade de sinhá Rita, o padrinho do moço saiu com o escopo de conversar com o pai de Damião, a fim de convencê-lo de que o rapaz não deveria levar a vida religiosa.

Enquanto aguardavam o retorno de João Carneiro, o jovem, agora mais nervoso e apreensivo à medida que o tempo ia passando e nenhuma resposta chegava, começou a conversar com sinhá Rita, ao que esta pediu que contasse novamente a história que a fez sorrir outrora, a mesma que também causou graça à pequena Lucrécia. O jovem contou novamente a anedota, mas percebeu que Lucrécia não sorriu, nem mesmo desviou sua atenção de seu trabalho, permaneceu de cabeça baixa, para que conseguisse findar sua tarefa até o final do dia.

João Carneiro havia mandado um escravo entregar uma carta para sinhá Rita, na qual explicava que o assunto ainda não estava resolvido e que ainda teimaria novamente com o pai de Damião, a fim de convencê-lo da incapacidade daquele jovem rebelde para um futuro religioso. Damião ficou muito preocupado com a possibilidade de não conseguir, mas sinhá Rita o consolou, dizendo que ele conseguiria sair do seminário e que aquele agora era um assunto dela.

Por fim, é chegado o momento de recolher os trabalhos das crias, Lucrécia não havia terminado o seu. Então, sinhá Rita, repleta de raiva, agarrou a pequena e começou a castigá-la, a criança tentou escapar, mas foi agarrada pelas orelhas. Então, sinhá Rita pediu que Damião desse a ela a vara para que castigasse a miúda. Damião lembrou da promessa que fizera de apadrinhar a garota, mas, mesmo com o suplício de Lucrécia por ajuda, pensou que aquela atitude o prejudicaria, pois assim não teria mais a ajuda de sinhá Rita para sair do seminário. Assim, no clímax do conto, o jovem pega a vara e a entrega à sinhá Rita, fazendo o leitor supor o castigo

que se seguiu após tal atitude do jovem.

Este foi um breve resumo do que se passa no conto. A partir de agora, será feita uma análise do que ocorre com a criança (Lucrécia) naquela ambiência doméstica e será apontada sua relação com a violência atualmente sofrida pelas crianças e adolescentes no Brasil.

O conto, como se pode observar logo no início, se passa em período anterior a 1850, de modo que ainda vigorava o regime monárquico e a escravidão no Brasil. Bellin (2013, p. 2) define a conjuntura em que a personagem infantil estava inserida: "[...] uma vítima dos abusos relacionados à exploração do trabalho infantil no Brasil do século XIX". Àquela época, as crianças, sobretudo as negras e escravas, não eram vistas como seres diferentes dos adultos, de modo que a estas eram atribuídas as mesmas incumbências daqueles, inclusive no que se refere ao trabalho. Lucrécia possuía apenas 11 anos, mas já era cobrada em um labor como se fosse plenamente desenvolvida, conforme destacam Cordeiro e Rocha (2013, p. 19):

> Lucrécia e Negrinha, felizmente, são apenas duas meninas de papel. Mas nos propiciam, com toda certeza, novos ângulos de observação da educação informal da criança escrava ou filha de escravos no Brasil. A indiferença em relação à criança foi hábito mais comum do que muitos de nós podemos imaginar. Na sociedade medieval, o sentimento da infância inexistia (isto deve ser interpretado de forma diferente do não gostar). E apenas nos séculos XVI/XVII, por exemplo, as crianças das classes superiores ganhariam um traje especial, diferente dos de uma pessoa adulta e se admitiria existir nelas uma personalidade / particularidade diferenciada.

Além de ser explorada no trabalho, a personagem também sofria diversas agressões físicas e psicológicas. Um dos momentos em que é possível perceber que o deferimento de castigos físicos à pequena Lucrécia era algo corriqueiro na vida da menina fica claro no instante em que Damião conta a anedota que fez a garota sorrir, de acordo com Assis (1899, p. 7):

> Dentro de pouco, ambos eles riam, ela contava-lhe anedotas, e pedia-lhe outras, que ele referia com singular graça. Uma destas, estúrdia, obrigada a trejeitos, fez rir a uma das crias de Sinhá Rita, que esquecera o trabalho, para mirar e escutar o moço. Sinhá Rita pegou de uma vara que estava ao pé da marquesa, e ameaçou-a: — Lucrécia, olha a vara!

A reação da criança diante da ameaça deixa claro o quanto a violência física fazia parte de seu dia a dia: "A pequena abaixou a cabeça, aparando o golpe, mas o golpe não veio. Era uma advertência; se à noitinha a tarefa não estivesse pronta, Lucrécia receberia *o castigo do costume*" (ASSIS, 1899, p. 7, grifo nosso).

Ademais, é possível perceber o resultado das agressões físicas que a criança sofria, ao observar a descrição que Damião faz da garota: "Damião olhou para a pequena; era uma negrinha, magricela, *um frangalho de nada, com uma cicatriz na testa e uma queimadura na mão esquerda.* Contava onze anos*"* (ASSIS, 1899, p. 7, grifo nosso). Além de frágil fisicamente, a menina possuía uma cicatriz na testa e uma queimadura na mão esquerda, de fato, em seu corpo estavam marcadas as

agressões que sofria, de acordo com Cordeiro e Rocha (2013, p. 1):

> As meninas carregam suas histórias de vida escritas em seus corpos. As marcas são também pedaços de narrativas que se advinham sobre a pele. Nem tudo é dito com palavras no texto literário, muita coisa se preenche, se infere. No caso delas, muito se diz através da expressão do olhar, do físico e, sobretudo, das tatuagens que as aproximam de forma cruel. Negrinha e Lucrécia serão afligidas física e psicologicamente pelas senhoras que as educam, as duas crianças sofrem castigos corporais e humilhações.

Lucrécia era silenciada de todas as maneiras possíveis, as humilhações que sofria eram tão intensas e frequentes, que a pequena sabia que não poderia sequer praticar pequenos atos como, por exemplo, tossir diante de outros, para não ser castigada, não poderia nem mesmo sorrir de uma história que lhe causasse graça para não enfurecer sua senhora. Lucrécia possuía um psicológico tão afetado pela violência, que nem ao menos conseguia se enxergar como gente, pois "não há infância, não há graça ou sorriso de menina. Todas as suas energias devem ser dedicadas ao trabalho" (CORDEIRO; ROCHA, 2013, p. 13).

No ápice do conto, quando a pequena não consegue terminar o trabalho que lhe foi passado, sinhá Rita, ao perceber que a garota não havia concluído, logo começa a agredi-la verbal e fisicamente. Então, segura a criança e começa a castigá-la, a menina até mesmo corre, mas logo é agarrada pelas orelhas por sinhá Rita, a qual pede que Damião dê a ela a vara, para que castigue a pequena. Damião tem agora em suas mãos o poder de cumprir a promessa que fizera, a de apadrinhar a menina caso esta não conseguisse terminar o seu trabalho. No entanto, não é isso que ocorre, pois, movido pelo desejo de sair do seminário, o rapaz entrega a vara para sinhá Rita e, no embate entre a moral e sua consciência, o mesmo permite que seu interesse maior (sair do seminário) se sobreponha ao interesse de proteger a pequena Lucrécia, nas palavras de Aquati (2010, p. 8):

> Assim, "moral" corresponderia a "vontade", "fortuna" a "possibilidade" e, no momento em que se instala a dúvida ocasionada pela premência da decisão processasse uma divisão — o que escolher? — na consciência de Damião: optar por aquilo que a moral julga certo — proteção à menina — ou por aquilo por que a consciência egoísta clama — a salvação da própria pele? caminha para a liberdade enquanto condena a menina Lucrécia.

O que se observa é que, a partir do momento em que Damião entrega a Vara para sinhá Rita, o jovem se torna tão agressor quanto a senhora, pois além de não proteger a criança, como havia prometido, também entrega à agressora o objeto que seria utilizado no verdadeiro espancamento que a criança sofreria como castigo. Damião cala-se diante da violência e sua omissão o transforma em um agressor, de modo que ocorre uma mudança na figura do herói que estava determinado a proteger a menina para um ser tão ruim quanto a real agressora, conforme destaca Aquati (2010, p. 09):

> quando Damião e Sinhá Rita, cada um a seu modo, condenam aquela menina à desgraça — seja social, moral ou mesmo física. O exato momento em que a vara

une a mão do moço à mão da viúva, formando em Damião um vínculo entre o servil e o ser vil.

O conto se passa no século XIX, e, como já referido, em um contexto de escravidão, no qual as crianças escravas eram tratadas como adultas. Nele mostra-se clara a violência sofrida por tais seres, os quais não eram tratados com o mínimo de dignidade. Atualmente, apesar de não vivermos em um regime de escravidão, a situação das crianças, por mais que tenha sofrido diversas mudanças ao longo dos anos, continua envolvendo a prática de atos violentos contra tais indivíduos vulneráveis. De fato, a agressão contra crianças e adolescentes é algo histórico no Brasil, de acordo com o destacado por Cruz (2013, p. 25 e 26):

> No Brasil, desde a sua colonização, a história do cotidiano infantil foi de tragédias pessoais e coletivas. A bordo das embarcações quinhentistas, as crianças portuguesas que se dirigiam ao país eram escravizadas, abusadas sexualmente e muitas vezes exauridas pelo trabalho até a morte (RAMOS, 2000).
>
> As crianças eram consideradas "adultos em miniatura" segundo Ariès (1981), e sua falta de compreensão das regras sociais ou incapacidades, pela falta de maturidade sócio-emocional eram consideradas "má índole" ou resultados das "más influências".

Apenas com o surgimento das primeiras legislações voltadas à proteção das crianças e adolescentes é que estes indivíduos passaram a possuir maiores possibilidades de proteção frente às violências sofridas. Entre os grandes marcos de proteção pode-se citar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, e, no Brasil, o Estatuto da Criança e do adolescente, de 1990 (CRUZ, 2013). Mas a proteção dada pelas constituições brasileiras é anterior à Constituição de 1988, conforme destacado por Hayeck (2014, p.04):

> No Brasil, no século XX, emergiram legislações para a promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente. Historicamente, a primeira foi a Constituição "Polaca" de 1937, que assegurava condições físicas e morais a estes sujeitos. A Constituição de 1969 reduziu a idade mínima de trabalho infantil, reiterado no Código de Menores de 1979. Até esta época, a infância ainda não era bem definida juridicamente, pois estava envolta em representações que analisavam os infantes pela incapacidade, necessidade de tutela, por limitações da menoridade para certos atos e direitos e pela obrigatoriedade de obediência e submissão aos adultos (FALEIROS, 1998). Em meados da década de 1980 a sociedade brasileira começou a sinalizar respostas efetivas à questão da violência doméstica, processo que ocorreu concomitantemente a redemocratização do Brasil. As experiências em torno desta questão foram se ampliando e despertou-se um maior interesse por esta problemática, de forma que, tanto a sociedade civil quanto o Estado, apresentaram suas propostas de intervenção na área (AZEVEDO & GUERRA, 1997; MINAYO & SOUZA,1999). Com a Constituição, de 1988, a legislação passa a caracterizar as crianças e os adolescentes como cidadãos dotados de direitos e sinaliza para critérios mais democráticos da discussão e reflexão sobre o significado de infância e adolescência, abolindo-se, assim, a visão assistencialista e repressiva vigente até então. O artigo 227 desta constituição destaca que a sociedade e o Estado devem assegurar os direitos destes 'novos' cidadãos, que são regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei 8.069) no ano de 1990, substituindo o Código de Menores de 1979. Considerar o ECA implica em valorizar, redimensionar e assegurar à criança e ao adolescente o

> direito à vida digna de um cidadão em formação e desenvolvimento. O estatuto é considerado um grande passo para o combate à violência contra estes sujeitos, pois regulamentou a prevenção e a intervenção como responsabilidade do Estado e da sociedade (BRASIL, 1990 apud BURJAILI & RIBEIRO, 2007).

Como é possível verificar, as evoluções ocorridas nas constituições brasileiras e nas leis infraconstitucionais ao longo dos anos contribuíram sobremaneira para a viabilização de uma maior proteção e amparo aos direitos das crianças e adolescentes, de modo que tais seres passaram a ser reconhecidos cada vez mais como sujeitos de direitos e não como "miniaturas" de adultos, mas como indivíduos com personalidade própria e direitos singulares (CRUZ, 2013).

No conto machadiano, Lucrécia sofre violência física e psicológica. Atualmente, as crianças sofrem inúmeros tipos de agressões, conforme destaca Cruz (2013, p. 24):

> A violência psicológica inclui ações ou omissões que causem ou visem causar danos à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento biopsicossocial da pessoa. A negligência é a omissão de responsabilidades de um ou mais membros da família em relação àqueles que precisam de ajuda por questões de idade ou alguma condição física permanente ou temporária (MARTINS, 2012). A violência física pode ser definida como o uso intencional de força física ou atos de omissão intencionais, não acidentais, com o objetivo de ferir, danificar ou destruir a criança e/ou o adolescente, deixando ou não marcas evidentes (AZEVEDO; GUERRA, 2002). A violência sexual é descrita como toda ação na qual uma pessoa, em situação de poder, obriga outra a práticas sexuais, utilizando força física, influência psicológica ou uso de instrumentos (CRUZ, 2006).

No conto analisado, é possível verificar que, ao final, quando Damião entrega a vara para sinhá Rita, para que esta proceda com o castigo à Lucrécia, o rapaz não só se omite diante da proteção a qual poderia conferir à criança vitimizada, como também entrega o objeto materializador das agressões, a vara. Assim, além de não impedir, contribui para que a violência ocorra (BELLIN, 2013).

A interpretação que neste artigo se confere ao conto machadiano corresponde, justamente, a uma relação simbólica entre a atitude de Damião e as denúncias de violências contra crianças e adolescentes. Em uma analogia, todos aqueles que possuem o poder de fazer algo em prol das crianças e adolescentes vítimas de violência, têm, em suas mãos, um poder semelhante ao de Damião no ápice do conto, pois possuem a possibilidade de conferir às crianças vitimadas um destino diverso daquele que normalmente faz parte de suas vidas. Sinhá Rita, analogicamente, representa todos aqueles que cometem violência contra crianças e adolescentes no âmbito doméstico, ainda que a criança não esteja inserida em um contexto de exploração de trabalho escravo infantil, como ocorre no conto. A vara pode muito bem representar as mais variadas formas de violência sofridas pelas crianças, violências estas que, como já referido, ultrapassam o físico e o psicológico, podendo ocorrer de várias maneiras.

Se Damião não tivesse entregado a vara para sinhá Rita e se tivesse apadrinhado a pequena Lucrécia, certamente teria impedido a continuidade das

agressões à criança. Damião poderia não entregar a vara e, apesar de tal atitude não configurar-se, no contexto do conto, como uma denúncia, em uma relação simbólica feita no presente trabalho, não entregar a vara (símbolo da violência), seria uma forma de proteger a criança. A partir dos significados que aqui estão sendo atribuídos às personagens do conto, no contexto atual de violência contra crianças e adolescentes, não entregar a vara para o agressor seria uma forma de denunciá-lo e impedi-lo de continuar com as agressões às "Lucrécias" do Brasil. Não entregar a vara seria, portanto, a denúncia, o meio de proteger as crianças e os adolescentes.

Damião entregou a vara e permitiu a continuidade da violência. Analogicamente, quando uma pessoa que tem conhecimento de uma agressão sofrida em ambiência doméstica por crianças e adolescentes não denuncia o ocorrido, tal indivíduo está, assim como Damião ao entregar a vara, se omitindo diante da agressão e permitindo a continuidade da prática da violência, assim como o rapaz do conto, são coniventes com o ato criminoso, como bem afirma Bellin (2013): "pegar a vara e entregá-la à viúva, em uma atitude que ilustra um jogo de interesses encetado por ele próprio, bem como a conivência com os abusos cometidos pelos senhores contra os escravos". Assim, aquele que não denuncia faz parte das agressões contra crianças e adolescentes, ainda que indiretamente, pois permite o prosseguimento de tais práticas.

3 I AS DENÚNCIAS DOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES ATRAVÉS DO DISQUE DIREITOS HUMANOS (DISQUE 100) ENTRE OS ANOS DE 2014 A 2018 E O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA OS SUJEITOS INFANTES

Como anteriormente referido, a partir da análise do conto machadiano foram atribuídos significados simbólicos às personagens e às situações do conto, de modo que, ao fim da análise, foi possível perceber a importância das denúncias nos casos de violência contra crianças e adolescentes, como forma de impedir a continuidade das agressões. Percebe-se, nesse contexto, a denúncia como instrumento de enfrentamento da violência contra crianças e adolescentes no Brasil. Importante destacar que a denúncia aqui trabalhada não corresponde àquela oferecida pelo Ministério Público e que, se aceita pelo juízo criminal, poderá incorrer na deflagração de um processamento criminal. Na verdade, corresponde às denúncias que a população pode fazer através do Disque Direitos Humanos (Disque 100). A denúncia a que se refere o presente trabalho, portanto, corresponde a um instrumento o qual representa uma forma de poder da população, pois através de tal ato a mesma poderá impedir que a violência contra as crianças e os adolescentes continue sendo praticada.

O Disque Direitos Humanos, originariamente concebido como Disque Denúncia

Nacional de Abuso e Exploração Sexual Contra Crianças e Adolescentes, surgiu em 1997 e foi criado pela Associação Brasileira Multidisciplinar de Proteção à Criança e ao Adolescente (Abrapia). Apenas em 2003 o Disque Denúncia passou a ter alcance nacional, de acordo com Medeiros (2014, p. 24):

> após o colóquio sobre o sistema nacional de notificação em violência sexual contra crianças e adolescentes realizado em Brasília, no qual foi ressaltada a necessidade da instauração de um sistema mais completo de denúncias e notificações que envolvessem a participação mais direta dos estados e municípios.

Em 2010, já com a denominação de Disque Direitos Humanos, tal mecanismo de denúncia passou a incluir outros seres vulneráveis além de crianças e adolescentes, como, por exemplo, idosos, deficientes, LGBT, entre outros (MEDEIROS, 2014).

A partir de agora, o presente artigo concentrar-se-á na análise das denúncias ao Disque Direitos Humanos, envolvendo violência contra crianças e adolescentes entre os anos de 2014 a 2018, de acordo com os dados do balanço geral fornecido pela ouvidoria do Disque direitos Humanos.

No ano de 2014, foram feitas 91.582 denúncias de violências contra crianças e adolescentes. Em 2015 houve um decréscimo de 11,94%, pois foram feitas 80.437 denúncias. Em 2016, foram feitas 76.171 denúncias, uma diminuição de 4,23% em relação ao ano anterior. No ano de 2017 foram feitas 84.049 denúncias, havendo aumento de 10,34%. Em 2018 houve um decréscimo significativo de 56,27% na quantidade de denúncias registradas, o que resultou em um total de apenas 36.757.

É interessante notar que, no ano de 2014, no qual foi registrado o maior número de denúncias em comparação com os anos seguintes, as denúncias para o Disque Direitos Humanos estiveram atreladas à realização de uma campanha nacional, Proteja Brasil, que teve início no carnaval daquele ano e permaneceu até a copa do mundo. A partir daí, é possível observar que tal campanha promoveu maior conhecimento à população com relação à sua capacidade de denunciar atos de violência praticados contra crianças e adolescentes, bem como a necessidade de praticar tal ação. Assim, se mais campanhas em prol da conscientização da população para a educação em Direitos Humanos fossem realizadas, sem dúvidas o número de denúncias provavelmente não teria decrescido de maneira tão expressiva.

Importante ressaltar que, de 2014 a 2018, entre os tipos de violência registrados, a negligência ocupou o primeiro lugar em todos os anos analisados, seguida de violência psicológica, violência física e violência sexual.

No que se refere ao perfil das vítimas, nos cinco anos observados, as vítimas do sexo feminino foram maioria, sendo as crianças mais atingidas as pardas, a maioria na faixa etária dos 8 aos 11 anos em 2014 e 2015 e dos 4 aos 7 anos de 2016 até 2018.

Nos cinco anos estudados, os atos de violência foram praticados principalmente pela mãe da vítima, em seguida pelo pai. Ocorrendo a esmagadora maioria dos atos violentos na casa da criança.

Observar que as maiores vítimas são do sexo feminino,entre a faixa etária dos 4 aos 11 anos e agredidas dentro de casa faz com que ocorra uma despretensiosa relação com a pequena Lucrécia, personagem do conto outrora analisado, pois a criança machadiana é uma vítima do sexo feminino, com exatamente 11 anos de idade, a qual sofre violência em ambiência doméstica (na casa em que morava e trabalhava). Triste coincidência, mais triste ainda quando se pensa um conto cujo enredo se passa antes de 1850, no século XIX, possuindo, por menor que seja, uma relação com dados recolhidos em pleno século XXI.

É importante frisar que a denúncia, por si só, não resulta na efetiva proteção das crianças e adolescentes vítimas de violência, sem que ocorra a devida punição do agressor, ou o afastamento da vítima da ambiência de agressão.

Não à toa é dito no título do presente trabalho que a denúncia funciona como um "pontapé" inicial para o enfrentamento da violência contra crianças e adolescentes, de modo que a mesma é um instrumento inicial de combate, somente efetivando a proteção às vítimas de forma completa se for seguida dos passos posteriores necessários.

É urgente a necessidade de maior divulgação dos mecanismos de proteção às crianças e adolescentes, pois o cuidado dos infantes é dever de toda sociedade. Ademais, a partir do momento em que o Estado não desempenha de forma plena a sua responsabilidade de promover a proteção dos pequenos vulneráveis, também pode ser considerado um "Damião", pois similarmente ao personagem, permite a continuidade de práticas violentas e detestáveis aos menores.

4 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que as crianças e os adolescentes brasileiros estão inseridos em uma triste realidade, na qual, infelizmente, diversas "Ritas" continuam agredindo inúmeras "Lucrécias", as quais suplicam proteção, que, por sua vez, não ocorre de forma efetiva e uma das razões é, justamente, a não utilização plena de um mecanismo de denúncia tão importante como o Disque 100. Os que conhecem os meios e não utilizam podem ser considerados os "Damiões" modernos, os quais omitem-se ao não denunciar, entregando, por assim dizer, a "vara" aos agressores e permitindo a continuidade de uma prática deplorável e absurda em face de seres tão vulneráveis.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. **Páginas recolhidas.** Editora Garnier, Rio de Janeiro, 1899.

AQUATI, Cláudio. **Vínculos de poder: "o caso da vara", de Machado de Assis**. Disponível em: <http://www.olhodagua.ibilce.unesp.br/index.php/Olhodagua/article/viewFile/33/51>. Acesso em: 12 maio 2018.

BELLIN, Greicy Pinto. **Machado de assis em diálogo com a história: uma análise de "o caso da vara".** Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rl/article/viewFile/2352/1488> . Acesso em: 13 maio 2018.

CRUZ, Rosilene Miranda Barroso da.**Violência doméstica contra crianças e adolescentes: os (des) caminhos entre a denúncia e a proteção.** Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-97NF2G/15_04_2013_tese_rosilene_capa_dura.pdf?sequence=1> . Acesso em: 13 maio 2018.

MEDEIROS, Matheus de Sousa. **Disque 100: uma análise da eficácia ao longo do tempo.** Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/9295/1/2014_MatheusdeSousaMedeiros.pdf>. Acesso em: 13 maio 2018.

Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Balanço geral 2011 a 1º sem 2018 - crianças e adolescentes.** Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/ouvidoria/balanco-disque-100f>. Acesso em: 17 maio 2019.

Ministério dos Direitos Humanos. **Balanço geral da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos 2011 a 2017.** Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/disque100/balanco-2017-1>. Acesso em 13 maio 2018

ROCHA, Nalu da Silva; CORDEIRO, André. **Conversando com Lucrécia e Negrinha: dois casos de violência contra a criança na literatura brasileira.** LL Journal. Disponível em: <https://lljournal.commons.gc.cuny.edu/2013-1-dasilva-cordeiro-texto/>. Acesso em: 12 maio 2018.

Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Balanço anual da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos 2015.** Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2016/janeiro/CARTILHADIGITALBALANODODISQUE1002015.pd>. Acesso em:13 maio 2018.

Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Balanço anual da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos 2016.** Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/disque100/balancos-e-denuncias/balanco-disque-100-2016-apresentacao-completa/> Acesso em: 13 maio 2018.

HAYECK, Cynara Marques. **A violência contra crianças e adolescentes ao longo dos séculos e os atuais trâmites institucionais de atendimento aos sujeitos vitimizados.** Disponível em:<http://anais.anpuh.org/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S25.0343.pdf>. Acesso em: 13 maio 2018.

CAPÍTULO 4

A POTENCIAL CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO DA ILICITUDE DOS ATOS PRATICADOS PELO JOVEM CONTEMPORÂNEO NA VISÃO DOS PROFISSIONAIS QUE ATUAM DIRETAMENTE COM ELE

Luiz Ronaldo Apno
Graduado em ciências contábeis pela universidade estadual de ponta grossa, graduando em bacharelado em direito pela faculdade santa Amélia – SECAL, Policial Civil do Estado do Paraná.

Thayan Gomes da Silva
Especialista em Direito Público pelo Centro de Ensino Leonardo da Vinci/SC; advogado militante na região dos Campos Gerais, Professor do curso preparatório para o Exame da Ordem dos Advogados, Professor na disciplina de Direito Constitucional III e Prática Penal no Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE desde o ano de 2011; Professor da Faculdades Ponta Grossa; Professor da Faculdade Santa Amélia - SECAL na Disciplina de Direito Pena e Prática Penal.

RESUMO: Este artigo busca demonstrar que o jovem, no decorrer de sua evolução, passa por várias transformações, quer sejam provenientes de relações interpessoais ou do meio social, que o envolvem e interferem no seu processo de aprendizado; quer sejam com a massificação de informações que chegam até ele pelas redes sociais, tecnologias, entre outros. Pondera-se, ainda sobre a maturidade destes jovens frente aos atos que praticam, ou seja, se o seu entendimento psicológico está à frente do seu desenvolvimento biológico, baseado na visão de profissionais que atuam na área. Deste modo, esta pesquisa aborda estudos doutrinários, alguns apontamentos da jurisprudência, bem como pesquisa de campo.
PALAVRAS-CHAVE: inimputabilidade, evolução, meio social, relações interpessoais, atos infracionais.

THE POTENTIAL ABILITY TO UNDERSTAND THE ILLICITUDE OF THE ACTS PRACTICED BY THE CONTEMPORARY YOUNG IN THE VISION OF THE PROFESSIONALS WHO WORK DIRECTLY WITH IT

ABSTRACT: This article tries to demonstrate that the young person, in the course of its evolution, undergoes several transformations, whether coming from interpersonal relations or from the social life, that involves it and interferes in its learning process; Either with the massification of information that reaches him through social networks, technologies, among others. It is also considered the maturity of these young people in relation to the acts they practice, that is, if their psychological understanding is more advanced than their biological development, based on the vision of professionals who work in the area.
KEYWORDS: Impenetrability, evolution, social environment, Interpersonal relationships, Infractions.

1 I INTRODUÇÃO

A agressão humana sempre se fez presente na cultura de todas as civilizações, ou seja, desde muito tempo são observados conflitos em que se encontra a figura do homem como responsável. As tragédias gregas, a mitologia greco-romana e, até mesmo nas narrações bíblicas, ou seja, desde os primórdios da existência humana até os dias atuais, por onde o homem trilhou, podem ser encontrados rastros de assassinos, saqueadores, entre outros tantos infratores que deixaram as marcas de delitos por eles praticados[1], sendo, portanto, dessa forma seguida a transformação e a evolução do homem.

Para compreender que somente os mais fortes poderiam progredir – aptos a seguir na evolução – nos debruçamos sobre a tese de que a evolução do ser se dá pela seleção natural, de forma lenta e gradativa, é o que nos encontramos no livro de Charles Darwin sobre a origem das espécies, foi o que levou ao conhecimento do mundo essa tese, de que a seleção do ser se dá pelas escolhas das características dos mais aptos, fazendo com que apenas alguns possam seguir a evolução[2].

Através disso podemos considerar que a evolução social se torna muito mais rápida que a evolução biológica, pois o meio em que o individuo está inserido se torna cada vez mais limitador das atitudes individualizadas do ser nele inserido, assim como se expressa o entendimento de Oliveira[3]:

> Que as nossas sociedades diferem em muito o grau de complexidade das sociedades de 250 anos atrás. Pois vivemos em um mundo globalizado, onde bilhões de pessoas interagem simultaneamente, num verdadeiro frenesi social, fortemente influenciado por um conhecimento que se renova de forma espantosa.

Ainda segundo Oliveira[4], não pode ser imputado ao fator biológico os comportamentos do ser humano, pois o cérebro foi dotado de mecanismos automáticos de sobrevivência ao longo da caminhada evolutiva, mas não consegue resolver todos os problemas que são encontrados no dia a dia, com isso se atribui que parte da solução é encontrada no meio social em que o individuo está inserido, entretanto pode explicar apenas algumas alterações de comportamento do ser humano, ou seja, como se ativa e como pode ser freada a agressividade do ser humano.

Com isso, pode-se considerar que a premissa a seguir, será em primeiro momento a análise da agressividade em diferentes meios, e, posteriormente, através de uma pesquisa de campo, uma analise do comportamento do homem enquanto jovem, na qual encontramos profissionais que detém uma visão sobre a capacidade de entendimento desse jovem contemporâneo, cometer ou não delitos, tanto no

1. OLIVEIRA, Gilson Marciano de. A Agressão Humana: uma investigação filosófica mediante o pensamento de Steven Pinker. Curitiba. 2009. p. 55.
2. DARWIN, Charles. A origem das espécies. São Paulo. Itatiaia, 2001, p.85.
3. OLIVEIRA, Gilson Marciano de. A Agressão Humana: uma investigação filosófica mediante o pensamento de Steven Pinker. Curitiba. 2009. p. 21.
4. Idem. p.35

momento do cometimento do ato infracional, durante, assim como posteriormente quando do retorno em sociedade.

2 I O DESENVOLVIMENTO DA AGRESSIVIDADE

A agressividade pode aparecer por diferentes meios, diferentes formas de manifestação, e partindo disso, quando ela se manifesta, podemos considerar que será o caminho mais curto para o cometimento de infrações penais.

2.1 A agressividade no cérebro do homem e o meio social como indutor da agressividade

A explicação sobre a área do cérebro que ativa a agressividade provém do estudo da neurobiologia, a qual traz o entendimento de que o sistema límbico é o responsável pela ativação da agressividade no ser humano, ou seja:

> Os estados emocionais podem envolver diversas áreas do sistema límbico, sendo algumas estruturas ativadas e outras inibidas simultaneamente como no caso da alegria que provoca a ativação de regiões como gânglios basais, estriado ventral e putâmen, já a expressão de raiva, por sua vez, está relacionada com a excitação do hipotálamo posterior enquanto o telencéfalo media efeitos contrários a esse comportamento[5].

Já, a parte responsável por frear a agressividade do ser humano é chamada de Córtex Pré-frontal, que é responsável por limitar algumas ações impulsivas.

> O lobo frontal, que inclui o córtex motor e pré-motor e o córtex pré-frontal, está envolvido no planejamento de ações e movimento, assim como no pensamento abstrato. A atividade no lobo frontal aumenta nas pessoas normais somente quando temos que executar uma tarefa difícil em que temos que descobrir uma sequência de ações que minimize o número de manipulações necessárias. A parte da frente do lobo frontal, o córtex pré-frontal tem que ver com estratégia: decidir que sequências de movimento ativar e em que ordem e avaliar o seu resultado. As suas funções parecem incluir o pensamento abstrato e criativo, a fluência do pensamento e da linguagem, respostas afetivas e capacidade para ligações emocionais, julgamento social, vontade e determinação para ação e atenção seletiva. Traumas no *córtex pré-frontal* fazem com que uma pessoa fique presa obstinadamente a estratégias que não funcionam ou que não consigam desenvolver uma sequência de ações correta[6].

Juntamente com o córtex Pré-frontal encontramos um fármaco que atua no individuo com a finalidade de inibir a agressividade, que é a serotonina, é um neurotransmissor que atua no cérebro regulando o humor, sono, apetite, ritmo cardíaco, temperatura corporal, sensibilidade, dor, movimentos e as funções intelectuais[7], e, como formas de aumentar a serotonina na corrente sanguínea estão a prática de exercícios físicos, a ingestão de alimentos ricos em triptofano (vinho

5. MOREIRA, Diego Marques. Disponível no site http://www.infoescola.com/anatomia-humana/sistema-limbico/ acesso em fevereiro de 2017.
6. CRITIS, Maria. Disponível no site http://www.jobairubiratan.com.br/cortex.html acesso em fevereiro de 2017.
7 . FRAZÃO, Arthur. Disponível no site https://www.tuasaude.com/serotonina/ acesso em 18 de fevereiro de 2017.

tinto, chocolate preto, abacaxi, tomate, banana, entre outros).

Nesse sentido, John Locke, afirma no seu livro "ensaio acerca do entendimento humano" de que existe no intimo de cada pessoa algo que impulsiona acerca de práticas agressivas e o torna parte do meio social em que está inserido.

> O único objeto próprio do ódio ou da vingança é uma pessoa ou criatura dotada de pensamento e de consciência; e quando atos injuriosos ou criminais excitam esta paixão, referem-se à pessoa ou estão em conexão com ela. As ações são, por sua própria natureza, temporais e perecíveis e se não procedem de alguma causa que reside no caráter ou disposição da pessoa que as realizou não podem redundar em sua honra, se são boas, nem em sua infância, se são más[8].

Pode-se considerar então, que o meio em que o individuo está inserido é quem influência as suas atitudes, e que essa influência pode ser transmitida de geração para geração, como uma forma de repetição de atos, ou seja, considerando que uma criança ou adolescente não tem o devido discernimento quanto aos seus atos, pois ainda não detém o devido conhecimento entre o bem e o mau, o certo e o errado, mas, o meio em que esta inserida detém a grande gama de ensinamentos que precisa e lhe traz todos os aparatos necessários para ativar o sistema da agressividade e adentrar no meio delituoso.

Considera-se que esse aprendizado na mente de uma criança pode ser considerado como uma "tabula rasa", ou seja, supõe que a mente desses menores é como se fosse uma folha em branco, e que tudo o que for colocado nessa folha será repetido de forma constante, senão vejamos uma explicação sobre a tabula rasa:

> Suponhamos, pois, que a mente é, como um papel branco, desprovida de todos os caracteres, sem quaisquer ideias; como ela será suprida? De onde lhe provém este vasto estoque, que a ativa e que a ilimitada fantasia do homem pintou nela com uma variedade quase infinita? De onde apreende todos os materiais da razão e do conhecimento? A isso se responde, numa palavra: da experiência. Todo o nosso conhecimento está nela fundado, e dela deriva fundamentalmente o próprio conhecimento. Empregada tanto nos objetos sensíveis externos como nas operações internas de nossas mentes, que são por nós mesmos, percebidas e refletidas, nossa observação supre nosso entendimento com todos os materiais do pensamento[9].

Para firmar esse conceito de que a mente de uma criança pode ser considerada como sendo uma folha em branco, e que o seu conhecimento advém de ensinamentos adquiridos durante sua trajetória de evolução, John Locke traz essa tese da seguinte forma:

---

8. HUME, Davi, Versão eletrônica do livro "Investigação Acerca do Entedimento Humano" Tradução: Anoar Aiex. Disponível em Homepage do grupo: http://br.egroups.com/group/acropolis http://livros01.livrosgratis.com.br/cv000027.pdf. acesso em fevereiro de 2017.
9. Disponível no site http://jaueras.blogspot.com.br/2012/01/teoria-da-tabula-rasa.html acesso em fevereiro de 2017.

> Os costumes dos homens são diferentes em épocas e países diferentes? Daqui aprendemos a grande força do costume e da educação, os quais modelam o espírito humano desde sua infância e lhe formam o caráter de modo estável. O comportamento e a conduta de um sexo são muito diferentes dos do outro? Deste modo é que chegamos a conhecer os diferentes caracteres que a natureza tem imprimido nos sexos e que ela mantém com regularidade e constância. As ações de uma mesma pessoa são muito diversas nos diferentes períodos de sua vida, desde sua infância até sua velhice? Isto dá lugar a várias considerações gerais acerca da mudança gradual de nossos sentimentos e inclinações, e das diferentes máximas que prevalecem nas diferentes idades das criaturas humanas. Mesmo os caracteres peculiares de cada indivíduo têm uma uniformidade em sua ação; de outro modo, nosso conhecimento das pessoas e nossa observação de sua conduta jamais nos poderiam ensinar acerca de suas disposições ou servir para dirigir nosso comportamento diante delas[10].

Destarte, e, de acordo com os ensinamentos de Oliveira[11], nos podemos considerar que traços da personalidade podem ser trazidos no decorrer da idade em virtude do ambiente social no qual o individuo está inserido, pois em qualquer momento da vida as crianças competem com seus irmãos e colegas em buscas de *status*, pois, para que essa criança possa encontrar seu espaço e mantê-lo, é necessário um cérebro com grande volatilidade, em decorrência dos locais em que se apresenta possuírem grandes diferenças, ele necessita apresentar seu domínio para que possa ocorrer um convívio satisfatório.

E, quando os indivíduos são forçados pelo próprio meio social a habitar lugares com poucos recursos e de inchaço populacional, a criminalidade pode surgir como uma forma de adaptação ao meio, pois, não detendo maneiras de conseguir recursos de forma honesta esses indivíduos podem buscar meios de sobreviver de forma ilícita.

2.2 O ambiente familiar: um status como mecanismo de ligação da agressividade e a estipulação de uma idade de responsabilização criminal

Em uma linha de pensamento, Silva[12], traz o entendimento de que a capacidade humana de distinguir o certo do errado é apreendida tanto nas relações interpessoais, assim como no meio em que o individuo nasce e cultiva a sua cultura, sendo que essa cultura influencia diretamente os valores morais de uma sociedade e cria também os parâmetros que estabelece o *status* hierárquico de cada membro social, seja ele intelectual ou material.

Com isso, e segundo as escritas de Vianna[13], a desestruturação familiar também pode trazer a influência para o jovem se tornar um delinquente, ou seja, consideramos que o afastamento da sociedade conjugal é inevitável pela violência

10. HUME, Davi. Versão eletrônica do livro “Investigação Acerca do Entendimento Humano” Tradução: Anoar Aiex. Disponível em Homepage do grupo: http://br.egroups.com/group/acropolis acesso em fevereiro de 2017.
11. OLIVEIRA, Gilson Marciano de. A Agressão Humana: uma investigação filosófica mediante o pensamento de Steven Pinker. Curitiba. 2009. p. 44.
12. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p.152/157.
13. VIANNA, Rafael Ferreira. Dialogo sobre Segurança Publica – o fim do Estado Civilizado. Ithala. Curitiba. 2011. p. 90-91.

interpessoal, trazendo a dificuldade de sobrevivência, sendo que isso se faz presente e se torna normal na visão da criança, e, portanto, trará reflexos para a sua vida adulta, podendo influenciar no cometimento de delitos, ora, portanto, a ausência da figura paterna pode fazer com que o adolescente se torne delinquente.

Em que pese muitas vezes os crimes não estejam ligados em busca de algum *status,* poderá estar vinculado a outras formas no alcance de reconhecimento perante o meio em que vive, ou ainda, podem ser considerados como outras formas de distúrbios de comportamentos, ou seja, segundo Silva[14], quando chegam menos informações no sistema afetivo/límbico para o centro executivo do cérebro (lobo central), o qual prepara todo o comportamento logico/racional, mas totalmente desprovido de afeto, esses indivíduos são conhecidos como psicopatas, pois seus cérebros são gelados, e definidos como incapazes de sentir as emoções positivas como o amor, a amizade, a alegria, a generosidade ou qualquer outro sentimento que possa ser visualizado nas outras pessoas.

E, apesar de todo o desenvolvimento racional do ser, há uma grande dificuldade em se estabelecer em qual momento o sujeito pode ser considerado responsável pelos seus atos, diante disso e de acordo com suas legislações, alguns países estipulam as idades mínimas para que o sujeito seja responsabilizado criminalmente, senão vejamos alguns exemplos: na Austrália e na Suíça a idade é aos 07 anos, no Equador a responsabilidade criminal inicia-se aos 12 anos, na Dinamarca aos 15, na Argentina aos 16 anos, Colômbia, Luxemburgo a responsabilidade inicia-se somente aos 18 anos, nos Estados Unidos, em alguns estados a idade mínima é de 06 anos, cabendo ao juiz decidir se esse jovem infrator deve ser julgado como adulto ou não, diferentemente de todos, na Inglaterra, não há uma idade mínima, sendo que uma criança de 10 anos de idade pode ser julgada como adulto, isso depende da gravidade do crime cometido.

No nosso ordenamento pátrio, diferentemente de tantos outros países, considerando a legislação que vigorava em outrora, a fim de sancionar os atos praticados por menores, instituiu o decreto 17943-A de 12 de outubro de 1927, chamado de Código de Menores de 1927 o qual consignava 3 (três) limites de idade: com 14 anos de idade o infrator era inimputável; de 14 até 16 anos de idade ainda era considerado irresponsável, mas instaurava-se um processo para apurar o fato com possibilidade de cerceamento de liberdade; finalmente entre 16 e 18 anos de idade, o menor poderia ser considerado responsável, sofrendo pena[15].

Já com relação ao código civil de 1916, havia uma disparidade entre as idades consideradas aptas às praticas de atos que poderiam ser responsabilizados, ou seja, eram considerados incapazes da pratica de determinados atos, os menores de 21

14. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p.161.

15. Disponível no site http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro--1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html acesso em 18 de fevereiro de 2017.

anos[16], e em consonância trazia o Código de Processo Penal a expressão de que os atos seriam nulos caso não fosse nomeado curador para o menor de 21 anos.[17].

Posteriormente, em 1979 através da Lei Federal 6.697 de 1979, o legislador veio fortalecer o que expressava o código penal de 1940, ou seja, pela adoção do critério bio-psicológico, o legislador estipulou que para aferir a capacidade de consciência dos atos praticados, segundo o artigo 26 do Código Penal, o agente deve possuir capacidade psíquica de compreender a ilicitude dos seus atos[18], e possuir idade biológica suficiente para receber a reprimenda do estado, ou seja, deve possuir 18 anos completos, caso contrário, será considerado inimputável.

Entretanto, com a entrada em vigor no novo Código Civil em 2002, e de acordo com os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, assim que a Lei 10.406/2002 (Código Civil) entrou em vigor, revogou o art. 194 do Código de Processo Penal ("Se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador"), sendo, portanto, considerado a inaplicabilidade desse dispositivo, uma vez que o maior de 18 anos está apto para todos os atos da vida civil, não mais necessitaria da assistência de curador[19], figura essa que era imprescindível para continuidade do processo.

Nesse mesmo sentido, os tribunais já se manifestaram quando da ocorrência de crime praticado por maiores de 18 anos e menores de 21 e a desnecessidade da nomeação de curador para que venha a acompanhar o andamento do processo, pois se presume a ocorrência da maturidade desse agente após alcançar a maioridade estabelecida pelo Código Civil de 2002, ou seja, 18 (dezoito) anos. Vejamos o julgado a seguir.

> TJ-SC - Apelação Criminal (Réu Preso) : APR 20110919789 SC 2011.091978-9 (Acórdão). PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.(...). AUSÊNCIA DE CURADOR PARA O RÉU MENOR DE 21 ANOS. NÃO OCORRÊNCIA. CÓDIGO CIVIL QUE ALTEROU A IDADE CARACTERIZADORA DA PLENA CAPACIDADE CIVIL PARA 18 ANOS. CORRUPÇÃO DE MENORES. (...) . SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Com a entrada em vigor do Código Civil, todas as pessoas naturais com 18 anos completos passaram a ter plena capacidade para a realização de quaisquer atos jurídicos, de forma que se tornou desnecessária a nomeação de curador para menores de 21 anos de idade[20].

Com esse entendimento mostra-se a coerência de que após a vigência de

16. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916 – código civil:
Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:
I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
17. Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:
c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;
18. CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940:
Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
19. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.p.555.
20. Disponível no site http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23815349/apelacao-criminal-reu-preso-apr-20110919789-sc-2011091978-9-acordao-tjsc/inteiro-teor-23815350 acesso em 12 de março de 2017.

uma nova legislação estipulando um limite de idade, em que há o entendimento da capacidade para pratica de determinados atos, o sujeito seja considerado responsável por eles, não sendo necessária a presença de um curador.

2.3 A evolução na aplicação da legislação conforme o momento da sociedade em que os atos de infração não estabelecem fronteiras

Em consonância com a linha de pensamento e dos ensinamentos de Capez[21] em que expõe a seguinte afirmação, que no contexto atual, como o Código Penal adotou a teoria biológica na aplicação da culpabilidade, ou seja, indiferente é, se o agente delituoso tenha perfeitamente o entendimento do caráter criminoso do homicídio, estupro ou qualquer outro crime, mesmo assim a lei presume que há a presunção absoluta da incapacidade no entendimento e na vontade de delinquir, pois há a estipulação do limite de idade para a capacidade de praticar atos.

No âmbito jurídico, dentre as formas de aferição da idade é, através da certidão de nascimento que se concretiza essa afirmação, sendo, portanto, que, a partir disso há a presunção da capacidade da prática tanto dos atos da vida civil como dos atos criminais de forma absoluta, e para firmar esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça consolidou através de seus julgados essa forma de apreciação, senão vejamos:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (...). COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE DO ADOLESCENTE. CERTIDÃO DE NASCIMENTO.
>
> 1. (...) 2. (...) 3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou o posicionamento no sentido de que o reconhecimento da menoridade, para efeitos penais, é verificada por meio da certidão de nascimento. 4. Recurso ordinário em habeas corpus provido. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 119.649 DISTRITO FEDERAL[22].

O legislador considerando a evolução da vida em sociedade, as formas com que são colocadas as informações a disposição do ser humano, e por uma questão de politica criminal, resolve então propor a lei 8.069/90, Estatuto da Criança e Adolescente, o qual trouxe a definição de idade para fins de responsabilidade[23].

Em consonância com essa estipulação de idade, advém o Código Civil de 2002 e também estabelece idades limites para que sejam considerados aptos à pratica da vida civil[24].

Com isso, nos podemos dizer que os crimes não estabelecem fronteiras entre

21. CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal – 21. Ed.. – São Paulo : Saraiva, 2014.

22. Disponível no site https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24800773/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rh-c-119649-df-stf/inteiro-teor-112247449?ref=juris-tabs acesso em 18 de fevereiro de 2017.

23. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

24. Art. 3º- São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4o São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

as classes sociais dentre as quais nos estamos inseridos, ou seja, não podemos considerar que um sujeito que venha a nascer em uma comunidade muito pobre em infraestrutura e sem recursos financeiros, possa ser tachado de criminoso, assim como, outra que venha a crescer nos grandes centros, cercada de luxo não possa delinquir.

Nós podemos tomar como exemplo o caso de Suzane Louise Von Richthofen proveniente de família bem estruturada e de classe média alta de São Paulo, que na época dos fatos contava com 19 (dezenove) anos, juntamente com outras duas pessoas Cristian e Daniel (os irmão cravinhos), assassinaram os pais de Suzane (ele engenheiro e ela psicanalista)[25].

Assim como outros casos de grande repercussão envolvendo jovens de classes mais abastadas em infrações penais. Em 2007 a empregada doméstica Sirlei Dias de Carvalho Pinto, na época com 32 anos, teve a bolsa roubada e foi espancada por cinco jovens moradores de condomínios de classe média da Barra da Tijuca, todos com idades entre 19 e 21 anos, sem explicações de motivos que os levaram a pratica de tais atos[26].

Um caso de grande revolta no meio social foi o do índio Gaudino Jesus dos Santos, em que dos cinco envolvidos no crime contra o índio Galdino, um deles era menor de idade na época e foi encaminhado para o centro de reabilitação juvenil do Distrito Federal. G.N.A.J ficou internado na unidade por três meses, mesmo tendo sido condenado a um ano de reclusão. Todos tinham idade entre 17 e 19 anos na época, e, eram de classe média alta em Brasília. Antônio Novely é filho de juiz federal; Max Rogério, enteado de um ex-ministro do TSE (Tribunal Superior Eleitoral); Eron e Tomás, filhos de funcionários públicos[27].

A pergunta que fica é se há o entendimento por esses jovens do que é crime na visão dos profissionais que atuam diretamente com eles, e qual a linha tênue de conclusão que se pode chegar sobre o porquê do cometimento de crimes de uma forma jovial?

A doutrina entra em cena para mostrar seu entendimento sobre o assunto em pauta. Eis que, na visão de Maria Helena Diniz[28], presume-se que, com a idade de 18 anos, a pessoa passa a adquirir capacidade de fato, e diante das condições do mundo moderno, já possui suficiente discernimento de entendimento e a capacidade para exercer os atos da vida civil em razão da aquisição de sua formação cultural a qual responde pela precoce formação do seu desenvolvimento físico-mental.

Com isso, observa-se que a prática de crimes pode ser considerada como

25. ANDERSON FILHO, Alberto. Sentença do Caso Richthofen. Júri condena Suzane e irmãos Cravinhos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1117, 23 jul. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/16703> acesso em fevereiro de 2017.

26. Disponível no site http://www.gabrielasoudapaz.org/memorial/220-Sirlei-Dias-Carvalho-Pinto.htm acesso em 18 de fevereiro de 2017.

27. MARQUEZ, Marina. Disponível no site http://noticias.r7.com/brasil/noticias/tragedia-de-indio-galdino-queima-do-vivo-em-brasilia-completa-15-anos-20120420.html acesso em 18 de fevereiro de 2107.

28. DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 14ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 45..

atitude normal nos tempos modernos, entretanto, observa-se que, qualquer que seja o crime praticado pelo considerado menor de idade, este não é atingido pelas sanções penais e o seu ato, não é considerado crime, mas sim ato infracional, e apenas serão aplicadas as sanções chamadas de medidas socioeducativa elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo essas desde uma simples advertência até mesmo chegando a internação, ou seja, a aplicação das medidas socioeducativas são conforme a gravidade da infração e de acordo com a capacidade do adolescente em cumpri-la.

Dessa forma, podemos chegar a um denominador que traz a explicação que a aplicação de reprimenda ao caso concreto não pode ultrapassar, e não pode ser desproporcional à conduta praticada pelo jovem, caso contrario estar-se-ia ultrapassando os limites impostos tanto pela legislação como pela Constituição Federal.

2.4 Deve-se considerar a menoridade como absoluta e apenas aplicar medidas paliativas na prevenção de infrações

Em que pese a existência da PEC 171/93 aprovada pelos deputados, que prevê redução da maioridade nos casos de crimes hediondos – como estupro e latrocínio – e também para homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte. Os jovens de 16 e 17 anos deverão cumprir a pena em estabelecimento separado dos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas e dos maiores de 18 anos. Há inúmeras indagações sobre o assunto, manifestações de todas as formas, a OAB se manifesta no sentido de ser o projeto ineficaz e inconstitucional, por violar principio do direto internacional[29].

Ainda, existe a grande controvérsia, se é possível a alteração da maioridade penal frente ao disposto na nossa carta constitucional, ou seja, há uma grande divergência quanto a possibilidade de alteração da maioridade penal, pelo entendimento de que a imputabilidade trazida no artigo 228 da Constituição Federal[30] ser considerada cláusula pétrea. Nesse sentido a manifestação da (CNDH) Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, se posiciona da seguinte forma: A proposta legislativa trazida a lume, que discute a redução da maioridade penal, se mostra flagrantemente inconstitucional por macular garantia de direitos fundamentais, considerados pétreos, e acima de tudo é injusta, superficial e não enfrenta os problemas de forma satisfatória[31].

Haja vista, possa existir muita discussão com relação a possibilidade da aplicação de uma reprimenda mais contundente em face dos atos praticados pelos adolescentes – há de se ressaltar que eles apenas praticam atos infracionais, para

29. MELO, Karine. Disponível no site http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-08/aprovada-na-camara-reducao-da-maioridade-deve-ser-engavetada-no-senado acesso em 18 de fevereiro de 2017.
30. Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.
31. Disponível no site https://juridicocerto.com/artigos/caiobraga/a-maioridade-penal-como-clausula-petrea-uma-analise-socio-juridica-1341 acesso em 18 de fevereiro de 2017.

os quais são aplicadas as sanções descritas no artigo 112 do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, lei 8069/90, e em relação aos atos praticados pelos menores de 12 anos, ainda considerados crianças, para seus atos, são aplicadas medidas protetivas de segurança, elencadas no artigo 101 do mesmo diploma.

Nessa mesma linha de pensamento os tribunais já se manifestaram, ou seja, suas decisões foram no sentido de que mesmo que o adolescente já tenha praticado vários atos infracionais, ainda assim ele é considerado menor de idade e incapaz, e ainda, se estiver em companhia de outra pessoa maior no cometimento de infrações, o maior responde não só pelo crime em si, mas também pela corrupção do menor, ainda que ele, adolescente, já esteja inserido no mundo do crime e esteja corrompido, segue o pronunciamento dos tribunais com relação à situação narrada.

> PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ROUBO. CORRUPÇÃO DE MENORES. (...). IMPOSSIBILIDADE. MENOR JÁ CORROMPIDO. CRIME FORMAL. QUADRILHA. CRIME CONSUMADO. NEGAR PROVIMENTO. 1.(...). 2.(...). 3. PACÍFICO O ENTENDIMENTO DE QUE DEMONSTRADO NOS AUTOS A IDADE DO MENOR E SUA PARTICIPAÇÃO NA EMPREITADA CRIMINOSA, CONFIGURADO ESTÁ O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, PORQUANTO INDEPENDE DA PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR, EIS QUE SE TRATA DE DELITO FORMAL. PRECEDENTES (SÚM. Nº 500/STJ[32]).. 4.(...) 5. RECURSOS DESPROVIDOS
>
> (TJ-DF - APR: 20120910253837 DF 0024756-60.2012.8.07.0009, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 22/05/2014, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 02/06/2014 . Pág.: 427)[33]

Portanto, nesse contexto, mesmo que o adolescente já esteja inserido na vida delituosa, em face da presunção de sua incapacidade para entender como ilícitos os atos praticados, ainda assim, não deve ser considerado como corrompido, e sim apenas mais uma vitima.

Sobre esse viés de exposição, e analisando todo o contexto de transformação e a massificação de informações que são despejadas todos os dias, a pressão midiática no sentido de que se deve estar sempre acompanhado a evolução dos meios tecnológicos, do modernismo na aparência, adentra-se em um campo de analise sobre o porquê do cometimento desses atos infracionais (crimes) são tão frequentes, e na sua grande maioria envolve menores de idade. Para tentar explicar a causa possível desse desvio de comportamento, foram propostos alguns questionamentos que se voltaram para as pessoas que atuam direta ou indiretamente com a personalidade e comportamento dos adolescentes infratores.

---

32. Disponívelnositehttp://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1530- Súmula nº 500 STJ (anotada) “A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.” (Súmula 500, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013).
33. Disponível no site http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121917626/apelacao-criminal-apr--20120910253837-df-0024756-6020128070009.

3 I DA METODOLOGIA APLICADA

Metodologia aplicada aos profissionais das áreas de psicologia, assistência social, segurança publica e os profissionais que atuam no centro socioeducativo de Ponta Grossa que atuam junto aos adolescentes, para saber a real capacidade de entendimento desses jovens sobre os seus atos infracionais.

Com toda a repercussão voltada para a redução da maioridade penal, juntamente com a realização de pesquisa de campo, faz-se necessário algum comparativo com as atividades dos profissionais que atuam diretamente com os adolescentes infratores para se chegar ao entendimento se dos atos praticados por eles, a depender da sua idade, se esse tem a nítida noção do que está cometendo.

Para se chegar ao denominador comum sobre a possível consciência da ilicitude dos atos praticados pelos jovens na visão desses profissionais foram aplicadas algumas perguntas em forma de questionário para que fossem respondidas conforme a área de atuação de cada um.

3.1 Do profissional de segurança pública[34]

Foram elaboradas algumas perguntas para que com as respostas pudesse se chegar a um numerador comum entre a possibilidade de compreensão da gravidade dos atos praticados pelos jovens infratores, e o que os leva para a prática desses atos.

Em relato, o Delegado Dr. Zanin nos apresentou dados dentre os quais se apresentam da seguinte forma, a incidência do inquérito policial, ou seja, o procedimento investigatório no âmbito policial é feito de forma semelhante aos infratores adultos, o que muda é a terminologia: de conduzido (adulto), no caso de menores é denominado adolescente apreendido, e sempre será nomeado curador para acompanhar o adolescente em suas declarações, ainda, que após a representação da autoridade policial.

Indagado se o Estado possui alguma responsabilidade sobre a prática delituosa praticada pelos adolescentes, o delegado respondeu que a responsabilidade é sempre do estado, e que devemos entender o Estado, enquanto sociedade, não somente o governo, que é transitório. Existe um processo de valorização das condutas criminosas que se reflete em inversão de valores. Um exemplo disso é que no Brasil existe a previsão legal de “punição” por aposentadoria compulsória, com valores muito expressivos em termos financeiros, algo que para a maioria das pessoas seria um prêmio, enquanto muitos trabalhadores doentes sequer conseguem se aposentar.

Perguntado sobre a redução da maioridade penal no momento contemporâneo em que o Brasil esta passando, a autoridade policial respondeu que pensa que o debate acerca de eventuais mudanças legislativas pode ser realizado a qualquer

34. ZANIN, Flávio Ernesto Gaya. Delegado responsável pela delegacia da criança e adolescente de Ponta Grossa/Pr.

tempo. A redução da maioridade, nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, somente poderá ser feita por mudança na Constituição Federal, isto implicará em mudanças em grande parte da vida social, inclusive quanto à possibilidade de consumir bebidas alcoólicas, aquisição e condução de veículos e demais atos da vida civil, inclusive no que diz respeito a aquisição e transferência de patrimônio. Acredita que mudanças na Lei nº 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente seriam as mais adequadas, e, de maneira geral, iriam trazer maiores benefícios à sociedade.

Quanto a potencial consciência da ilicitude, não está restrita aos critérios etários, ou seja, explana que em termos gerais a criança (de 0 a 12), não sabe os desdobramentos dos atos, o adolescente (até os 17) já tem uma noção pouco mais apurada, e o adulto (acima dos 18) os identifica claramente.

As suas explicações continuam no sentido de que se a intenção da redução é punir os infratores menores de idade, igual os maiores de 18 anos, sendo sim como resposta, como o Estado pretende fazer isso tendo em vista as deficiências do sistema prisional brasileiro, ou seja, pode ser que existam outros interesses que extrapolem o âmbito penal. Por se tratar de mudança constitucional, conforme mencionado, acredita que o potencial de consumo dessa faixa etária para bebidas alcoólicas, cigarros, ingresso em casas noturnas, veículos e outros bens e serviços, em especial dos setores ligados ao entretenimento, poderão obter vantagens com a redução da maioridade. Quanto ao sistema prisional brasileiro, permanecerá com as mesmas deficiências, porém agravadas devido ao aumento da superlotação e inconsistência dos investimentos nele praticados.

3.2 O que diz a psicologia?

Dentre os profissionais que podem trazer alguma resposta quanto a possibilidade de saber se o adolescente possui algum discernimento ou maturidade quando do cometimento de atos infracionais, foi indagado o psicólogo[35], e dentre as tantas perguntas voltadas para as atitudes do adolescente, a responsabilidade do estado, a influência dos mecanismos tecnológicos disponíveis, entre outras formas de acesso a informação, o que se aferiu foram as seguintes indagações:

Que as formas precoces de maturidade dos adolescentes, a psicologia explica que a questão da maturidade, a qual descende da biologia, e pode ser entendido como processo pelo qual o organismo vivo passa pelas etapas do desenvolvimento até atingir o seu pleno funcionamento. Nesse sentido, é importante diferenciar o que vem se chamando de maturidade no presente contexto. Enquanto processo biológico, se estivéssemos falando de uma “maturidade precoce” estaríamos diante de um fenômeno de transformação da espécie humana, numa lógica da adaptação e seleção natural, numa perspectiva darwiniana. Assim, fases do desenvolvimento estariam sendo antecipadas, levando a uma maturação em um tempo menor

35. DEL GOBBO, Juliano. psicólogo que atua junto aos menores infratores após o cometimento do ato infracional.

do processo de desenvolvimento: aquisição da linguagem, psicomotricidade, pensamento abstrato etc. No sentido voltado para o contexto em especifico do estudo em tela: adolescentes e aquisição de conhecimentos; o que se trata não se relaciona com maturidade, mas a questão comportamental. Explicando melhor, através da indústria cultural, acesso a imagens, vídeos, músicas, filmes, influencias diversas, estamos diante da possibilidade de observar crianças e adolescentes adotando em seu repertório, comportamento, práticas diversificadas, sejam elas positivas, sejam elas negativas. Na perspectiva envolvendo ciências humanas e sociais é preciso tomar o cuidado com a adaptação dos conceitos das ciências naturais. Dessa forma, a resposta é negativa. O processo de maturação não está sendo adiantado nestes jovens, os processos maturativos permanecem os mesmos da espécie humana, o que se observa é a aquisição de um repertório comportamentos inesperado pelo padrão da sociedade, ou que não corresponde ao que se acostumou a esperar dos jovens.

Indagado sobre onde pode ser encontrado o problema da criminalidade, se é no meio social, se já nasce com a criminalidade inserida no DNA, ou pode ser considerado como algo hereditário, o profissional explicou que é fundamental evitar reducionismos no campo dos fenômenos sociais do tipo isto-aquilo. O fenômeno da criminalidade é eminentemente multideterminado, qualquer forma de explicação simples sobre o fenômeno trará dificuldades de apropriação, explicação e intervenção na realidade. É preciso ainda tomar o cuidado com teorias que envolvem a questão da hereditariedade. Na história humana, nas etapas iniciais da ciência e em outros momentos, tais argumentos, foram utilizados para justificar diversas intervenções que violaram a integridade física e mental de indivíduos que posteriormente foram comprovadamente descartadas. Geralmente esteve relacionada para a previsões de inferioridade ou da periculosidade de grupos ou de sujeitos e em seus traços característicos. Caso da violência étnica, dominação religiosa, criminologia, psiquiátrica e mais recentemente, o anti-semitismo. Por traz desta abordagem pode se identificar uma teoria que busca produzir uma seleção nas coletividades humanas, baseadas em leis genéticas, também conhecidas como Eugênia.

Ainda, com respeito ao meio em que o adolescente vive, se este pode influenciar no seu desenvolvimento, ou seja, se os “amigos”, a escola, ou qualquer outra forma de induzimento, pode, alterar a sua formação, o profissional explica que o ser humano é um ser social por natureza, e o seu mundo vai sendo construído a partir do outro e mediado pela linguagem, linguagem que não deve ser reduzida apenas a linguagem falada, e que envolve signos com sentidos definidos socialmente e significados a partir da história individual de cada pessoa. O primeiro contexto social de uma criança é sua família, os cuidadores principais, geralmente a mãe e o pai, mas muitas vezes não são tão definidos estes papéis, sendo ambiente bastante complexo e instável. Posteriormente, o campo social vai se ampliando, permitindo uma maior ampliação da sociabilidade, incluído outros contextos: a escola, igreja, vizinhos, entre outros

fatores. Processo social que é acompanhado pelo desenvolvimento da criança. Cabe destacar, que é comum abordar o processo de afetação e influências da vida de umas pessoas que determinam suas condutas, considerando apenas como um processo consciente, sendo negligenciados aspectos emocionais e da maturação embrionária e dos primeiros meses da vida de uma criança. Uma crítica necessária a se fazer é tomar esse tema sem considerar os processos de desenvolvimento dos primeiros meses e anos da vida de um sujeito, os quais muitas vezes envolvem experiências permeadas por insegurança, temor que levam o organismo a se adaptar para sobreviver em condições desfavoráveis.

Sobre a vulnerabilidade, ou seja, de quando o jovem que ingressa no sistema carcerário pela primeira vez e encontra um ambiente totalmente diverso do seu, se há possibilidade do mesmo se tornar um "criminoso profissional" e se há grande possibilidade de reincidência, a resposta do profissional foi contundente no sentido de que não apenas pela sua entrada (do adolescente) neste ambiente, mas também deverá ser estudada a sociedade para qual ele irá voltar, se ela própria tem algum potencial ressocializador.

Sobre a função do Estado, como sendo uma preparação para atender a demanda e proporcionar lugares adequados para colocar jovens infratores quando na busca da aplicação de medidas mais severas no contexto atual, traz a indagação de que o cenário que se observa é bastante difuso e concorrente, de um lado atores sociais que denunciam que o ECA nunca foi efetivado e que se está reproduzindo uma violência institucional do estado contra jovens de classe baixa, negros de periferia. De outro lado, defensores da família e de vítimas clamando por maior punição e rigor do Estado. Nesse contexto, se observa que informações e conhecimentos são ajustados para servir de argumentos a estas posições, sendo desconsiderados e considerados de acordo com a conveniência. O que está claro é que a sociedade brasileira não consegue uma homogeneidade para encaminhar a discussão de forma mais aprofundada, considerando toda a complexidade que envolve o problema, além trazes para o cerne da questão os problemas de estado, mazelas estruturais e políticas, como a corrupção, desigualdade social, acesso restrito a direitos básicos como saúde, trabalho e educação etc. Todos estes temas são tomados de forma fragmentada no mesmo contexto histórico.

Como a psicologia se fundamenta, em algum, e qual é esse meio para explicar os atos infracionais praticados pelos adolescentes, então o profissional da área explica que é preciso destacar que a Psicologia envolve variedade de abordagens teóricas, as quais nem sempre coincidem ou concordam. Por exemplo, a abordagem psicanalítica contemporânea de Donald Woods Winnicott, aponta que a conduta antissocial é um grito de desespero para o sujeito que reivindica do social aquilo que lhe foi prometido. Outras abordagens de base sócio-histórica partiriam de conceitos como consciência, atividade e identidade para explicar sentidos e significados envolvidos em práticas sociais; uma abordagem comportamental iria analisar a

história de reforçamentos e privações que susteriam algumas condutas. É importante que se reconheça a complexidade de qualquer destas abordagens, bem como do fenômeno que se investiga aqui, se afastando de qualquer reducionismo.

Ainda, indaga-se se a psicologia consegue aplicar alguma técnica voltada para que o adolescentes não volte a delinquir e haja uma recuperação desse adolescente, nesse sentido a psicologia trouxe explicação no sentido de que é possível sim um auxilio, a psicologia busca promover saúde e qualidade de vida, bem como, contribuir para o desenvolvimento pessoal e social.

Vale ressaltar que ao se falar sobre técnica voltada para que o jovem não venha delinquir é preciso ter cuidado. Não se pode ignorar toda a dinâmica da sociedade, bem como do próprio sujeito. Feitos estas considerações, indico que a psicologia, em linhas gerais, pode contribuir para que o sujeito desenvolva recursos emocionais, comportamentais e afetivos que favorecem ampliar a percepção de si e do contexto que está inserido, bem como, possibilita a construção de novos sentidos para sua vida, permitindo se colocar na vida de forma autônoma.

3.3 Da assistente social[36]

Quanto ao profissional que atua na área de assistência social, foram elaboradas algumas perguntas e transformadas em forma de texto, para demonstrar o ponto de vista de um profissional da área que trabalhou com jovens infratores, sendo, portanto que a entrevistada apresenta e expressa seu ponto de vista de forma clara e coesa sobre a possibilidade de um adolescente infrator entender caráter ilícito do fato cometido.

Indagada se com a facilidade de acesso aos meios de comunicação de que se dispõe hoje, e como exemplo pode-se citar as redes sociais em geral, esses podem contribuir para uma maturidade precoce do adolescente, a assistente social acredita que não, pois buscam informação por curiosidade, o que pode ser considerado natural nessa idade procurar novas experiências, mas a maturidade é adquirindo com o passar do tempo, e continua explanando por se tratar de um ser em formação não tem capacidade suficientemente para entender o caráter ilícito do fato.

Com relação as suas experiências em relação a respeito das influencias de amigos no ambiente escolar, se podem a vir mesmo que eventualmente a interferir na formação da criança e adolescente, a profissional explica que a influencia de amigos não só no ambiente escolar, mas em geral, dependendo da influencia pode vir a contribuir e muito para o adolescente entrar para o mundo do crime, exemplo disso é quando um amigo esta fumando, ou muitas vezes fazendo uso de bebidas alcoólicas para tentar fazer parte do grupo, acaba experimentando.

Indagada sobre onde se encontra o problema da criminalidade, se é um fator de convívio social ou genético, ou seja, se hereditário se passa de pai para filho ou é

36. NAKONIEZNI, Rosinei. Assistente Social, graduada pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).

o meio em que se vive, em resposta apresentou a seguinte frase “como as pessoas são frutos de seus meios é obvio que é problema social”.

Apresenta uma importante observação quanto a vulnerabilidade do adolescente que ao entrar nos centros socioeducativos pela primeira vez terá de conviver com todo tipo de pessoas que cometeram também ato infracional, tais como assalto, latrocínio, homicídios, ou seja, todo tipo de delito possível, é com esse tipo de situação que esses adolescentes terão o convívio diário, onde em muitas das vezes se vê obrigado a ter que fazer parte de facções, de bandos, tudo por questões de sobrevivência no meio em que se encontra.

Em seu entender o problema que estamos passando é institucional como o Estado é responsável para garantir uma sociedade pacificada, onde seus habitantes possam viver em um ambiente saudável é dever do mesmo investir em politicas públicas, educação, para no fim crianças e adolescentes não venham a cair no submundo da criminalidade.

Destaca-se, portanto, que a assistente tem uma visão mais humanística sobre o tema em voga. Haja vista que defende uma posição em que todos merecem uma segunda chance, que estes jovens infratores são vitimas de um sistema falho por parte do Estado, onde são raras as oportunidades, e os investimentos são escassos.

3.4 Profissionais que atuam diretamente com os adolescentes no cense[37]

Em visita ao CENSE – Centro Socioeducativo – em contato com alguns técnicos, os quais trabalham diretamente com os adolescentes apreendidos, foi possível tratar de alguns assuntos voltados para a psicologia, para a assistência social, além de profissionais da segurança entre outros que atuam dentro do centro.

Relataram os técnicos que a delinquência, ou seja, a criminalidade do adolescente não está ligada a uma classe social, tendo em vista que para isso não existe uma fronteira que vai delimitar quem são os delinquentes e quem são as pessoas que não irão de forma alguma ingressar no mundo da criminalidade.

Indagados sobre questões de retorno do adolescente à sociedade e o limite temporal máximo de três anos de internamento, os profissionais explicaram que esse período não é absoluto, pode ser reduzido, não por falta de espaço no centro socioeducativo, mas sim pela demonstração do comportamento que o adolescente mostra durante certo período de tempo e as avaliações realizadas pelos técnicos, dentre outras condições que possam ser favoráveis ao seu retorno para o convívio em sociedade.

Tocado no assunto reincidência, foi obtida resposta contundente e objetiva voltada para a total responsabilidade do estado sobre as praticas delituosas dos adolescentes. Explicaram que em algumas oportunidades das quais entrevistaram

37. CENSE – Centro Socioeducativo - local onde os adolescentes são submetidos ao regime de internato por certo lapso temporal até alcançar as condições necessárias para o retorno ao convívio social. Localizado na Rua: José Ferreira De Menezes, Lote 40 – CEP: 80.020 – 785, em Ponta Grossa/Pr..

os adolescentes reincidentes em atos infracionais, chegaram à conclusão de que a falta de oportunidade na rua faz com que a maioria volte a cometer novo ato infracional. Outros momentos, o que faz o jovem a entrar no mundo do crime são: o dinheiro fácil (trafico de drogas), a ostentação (indução pela mídia) de mostrar objetos adquiridos pelos frutos do crime, entre outros.

Foram apresentadas as instalações, e, explicado, que apesar das condições precárias que o estado mantem (baixo numero de funcionários, falta de equipamentos, falta de manutenção) existe várias atividades que são trabalhadas com os adolescentes para que possam, ao retornar para a sociedade obtenham algum incentivo de qual caminho devem procurar contrário ao dos delitos. Varias são as atividades desenvolvidas no centro socioeducativo, dentre elas, esporte diário, escolar, atividade religiosa, e uma atividade profissional (panificação).

Durante a visita nas instalações do centro socioeducativo, um dos profissionais de segurança acompanhou (o qual esta em contato direto muito mais tempo que os outros profissionais), e explicitou que apesar de serem adolescentes algumas “coisas” vigoram no centro, como ocorre dentro de penitenciarias, ou seja, a lei do mais forte, a intolerância por determinados atos infracionais, a violência entre os próprios adolescentes, o enfrentamento de adolescentes perante o profissional que está atuando junto ao centro, entre outros.

O profissional da área de segurança falou sobre a influência que alguns adolescentes detém sobre outros, ou seja, explicou que assim como o centro socioeducativo existente em Ponta Grossa, existem vários outros localizados em outras cidades do estado e muitas vezes quando são transferidos de cidades, adolescentes de outras regiões (onde a incidência de crime é mais volumosa) podem sim influenciar psicologicamente sob adolescentes provenientes de locais que quase não há incidência de crimes, ou mesmo aqueles que já estão no mundo da delinquência podem induzir outros à pratica de diferentes atos infracionais.

4 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora algumas teorias tragam em seu bojo o entendimento de que a evolução do ser no meio em que está inserido, se deve a força que ele aplica para sobreviver, e isso se dá pela compreensão da existência da competitividade entre indivíduos pelo seu espaço dentro da sociedade.

Partindo do pressuposto que o aprendizado de atos, sejam eles certos ou errados, é absorvido através da repetição desses atos, podemos considerar que não são apenas decorrentes das relações interpessoais, mas também da assimilação dos atos provenientes dos costumes advindos do meio social em que o individuo está inserido.

Considerando que as ações de uma pessoa são distintas em diferentes períodos de sua vida, e, analisando a grande massificação de informações e a

facilidade de acesso a essas informações no atual contexto, a falta de investimento em politicas públicas, as influências que uma pessoa pode receber na repetição de atos costumeiros, podemos dizer que se não há acesso a uma digna condição de vida, o individuo, para se mostrar e manter dentro de um status aceitável perante à sociedade, não terá limites nem fronteiras para adentrar no meio delituoso.

Conclui-se, portanto, que há um ciclo vicioso, desde a repetição de atos, dos costumes do seu meio social, e, a falta de investimento realizada por parte do Estado, é que fazem com que haja uma programação do individuo voltada para o meio delituoso, ou seja, se após ser inserido no sistema prisional, se não houver aplicação de investimentos voltados para a recuperação e retorno do individuo para o seio da sociedade, esse ciclo se fecha com a reincidência ou não no mundo delituoso.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** – 21. Ed.. – São Paulo : Saraiva, 2014.

CENSE – **Centro Socioeducativo** - Localizado na Rua: José Ferreira De Menezes, Lote 40 – CEP: 80.020 – 785, em Ponta Grossa/Pr..

DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. Coleção PLANETA DARWIN: © Planeta Vivo São Paulo. Itatiaia, 2001.

DEL GOBBO, Juliano. **psicólogo que atua junto aos menores infratores após o cometimento do ato infracional.**

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14 Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009.

HUME, Davi. Versão eletrônica do livro "**Investigação Acerca do Entedimento Humano**" Tradução: Anoar Aiex. Homepage do grupo: http://br.egroups.com/group/acropoli /livros01.livrosgratis.com.br/ cv000027.pdf. acesso em fevereiro de 2017.

NAKONIEZNI, Rosinei. **Assistente Social**, graduada pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

OLIVEIRA, Gilson Marciano de. **A Agressão Humana: uma investigação filosófica mediante o pensamento de Steven Pinker**. Curitiba. 2009.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

VIANNA, Rafael Ferreira. **Dialogo sobre Segurança Publica – o fim do Estado Civilizado**. Ithala. Curitiba. 2011.

ZANIN, Flávio Ernesto Gaya. **Delegado responsável pela delegacia da criança e adolescente de Ponta Grossa/Pr**.

MELO, Karine. Disponível no site: agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-08/aprovada-na-

camara-**reducao-da-maioridade-deve-ser-engavetada-no-senado** acesso em 18 de fevereiro de 2017.

jaueras.blogspot.com.br/2012/01/**teoria-da-tabula-rasa**.html acesso em fevereiro de 2107.
juridicocerto.com/artigos/caiobraga/ **a-maioridade-penal-como-clausula-petrea-uma-analise-socio-juridica**-1341 acesso em 18 de fevereiro de 2017.

ANDERSON FILHO, Alberto. Sentença do Caso Richthofen. Júri condena Suzane e irmãos Cravinhos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1117, 23 jul. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/16703> acesso em fevereiro de 2017.

MARQUEZ, Marina. Disponível no site: noticias.r7.com/brasil/noticias/**tragedia-de-indio-galdino-queimado-vivo-em-brasilia-completa-15-anos**-20120420.html acesso em 18 de fevereiro de 2017.

stf.jusbrasil.com.br/**jurisprudencia**/24800773/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-119649-df-stf/inteiro-teor-112247449?ref=juris-tabs acesso em 18 de fevereiro de 2017.

tj-df.jusbrasil.com.br/**jurisprudencia**/121917626/apelacao-criminal-apr-20120910253837-df-0024756-6020128070009 acesso em março de 2017.

tj-df.jusbrasil.com.br/**jurisprudencia**/19525760/ape-64258620108070013-df-0006425-8620108070013-tjdf acesso em março de 2017.

tj-sc.jusbrasil.com.br/**jurisprudencia**/23815349/apelacao-criminal-reu-preso-apr-20110919789-sc-2011091978-9-acordao-tjsc/inteiro-teor-23815350 acesso em 12 de março de 2017

www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1530- Súmula nº 500 STJ (anotada) "**A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.**" (Súmula 500, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013). Acesso em março de 2017.

www.gabrielasoudapaz.org/**memorial**/220-Sirlei-Dias-Carvalho-Pinto.htm acesso em 18 de fevereiro de 2017.

MOREIRA, Diego Marques. Disponível em: www.infoescola.com/**anatomia-humana/sistema-limbico**/ acesso em fevereiro de 2017.
CRITIS, Maria. Disponível em: www.jobairubiratan.com.br/**cortex**.html acesso em fevereiro de 2017.

FRAZÃO, Arthur. Disponível em: www.tuasaude.com/**serotonina**/ acesso em 18 de fevereiro de 2017.

www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/**decreto-17943-a-12-outubro-1927**-501820-publicacaooriginal-1-pe.html acesso em 18 de fevereiro de 2017.

CAPÍTULO 5

ALIENAÇÃO PARENTAL – A MORTE SILENCIOSA – FALSAS NOTÍCIAS – VÍCIOS NO PODER JUDICIÁRIO

Cláudia Leareno Monteiro
Universidade Estácio de Sá
Rio de Janeiro – RJ

RESUMO: Este artigo visa chamar a atenção e trazer à tona a discussão acerca dos vícios que o poder judiciário pratica ao conceder medidas preventivas de proteção à criança e ao adolescente, motivadas por denúncias de falsas notícias de alienação parental. Utilizam-se como base de consulta os levantamentos estatísticos realizados pelo próprio poder judiciário e entrevistas concedidas por seus auxiliares, seguida de uma metodologia direta e objetiva. No desenvolvimento, é apresentado a evolução do poder familiar, a concretização de sua efetividade, a interferência do Judiciário e os vícios que seus auxiliares cometem nas abordagens clinicas e exames periciais com técnicas e instrumentos inadequados e desatualizados, ou seja, frágeis para a sua identificação.

PALAVRAS-CHAVE: alienação parental. SAP. falsas notícias. vícios no poder judiciário. criança-vitima.

PARENTAL ALIENATION - THE SILENT DEATH - FALSE NEWS - VICTIMS IN THE JUDICIARY

ABSTRACT: This article aims to raise awareness and raise the debate about the vices that the judiciary practices by granting preventive measures to protect children and adolescents, motivated by reports of false news of parental alienation. The statistical surveys carried out by the judiciary itself and interviews granted by its auxiliaries are used as a basis for consultation, followed by a direct and objective methodology. In the development, it is presented the evolution of family power, the concretization of its effectiveness, the interference of the Judiciary and the addictions that its auxiliaries commit in the clinical approaches and expert examinations with techniques and instruments inadequate and outdated, that is, fragile for their identificatio.

KEYWORDS: parental alienation. SAP. false news. vices in the judiciary. child-victim.

1 I INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é chamar a atenção e identificar os vícios que o poder judiciário comete ao aplicar de forma precária as medidas protetivas para a criança-vítima, motivado por falsas notícias de alienação parental.

Destaca-se o cuidado em não banalizar

o instituto da alienação parental, dada a sua importância, que é reconhecida para a proteção da criança/adolescente, uma vez que os efeitos e as consequências são irreversíveis.

A metodologia empregada é feita, inicialmente, com a distinção entre os institutos de alienação parental, a síndrome de alienação parental e o ambiente familiar hostil; como também, o perfil comportamental de seus atores (genitor alienante, criança-vítima e genitor alienado); além de identificar os abusos a que são submetidos à criança e o genitor alienado e suas consequências psicossociais.

Também é abordada distinção entre a criança "programada" e a criança que sofreu os abusos sexuais.

Em seguida, são apresentados os vícios que o poder judiciário comete, quando realiza um juízo de valor de forma superficial, utilizando técnicas de frágil percepção, instrumentos de avaliação desatualizados, que são realizados dentro de um ambiente pesaroso como o poder judiciário e de seus órgãos (delegacias, IML, salas de audiências), principalmente para as entrevistas diretas, bem como, os exames técnicos na criança-vítima.

Por fim, também identificado, o descuido com a publicidade gerada pela notícia de alienação parental.

Para o que apresentamos acima, se fez necessário, incialmente a compreensão do instituto jurídico do direito de família, seu contexto na disputa do poder familiar e a alienação parental, como premissa básica para o desenvolvimento sobre o assunto.

Além disso, o trabalho foi dividido de acordo com a evolução da autoridade parental, destacando, a igualdade parental, a participação da mulher no mercado de trabalho, como consequência, as responsabilidades simultâneas, de os pais perante os filhos, na esfera jurídica, moral e afetiva da criança, em uma perspectiva constitucional, de proteção integral como sujeito de direitos.

Nesse sentido, nos permite afirmar que o objetivo geral foi alcançado ao identificarmos os vícios cometidos pelo poder judiciário em determinar medidas protetivas motivadas pelas falsas notícias de alienação.

Percebe-se, portanto, que dos assuntos que envolvam o Direito das Famílias; a Alienação parental passou a ser a primeira causa por quem busca o poder judiciário, daí a relevância do cenário e deste trabalho.

Este será o desafio enfrentado a seguir.

2 I A REGULAMENTAÇÃO, PROTEÇÃO E A EFETIVIDADE DO DIREITO

O conceito de família centrada na mãe, que cuidava dos filhos e do pai como seu provedor, há tempos se distanciou desde que as mulheres entraram no mercado de trabalho; essas funções mudaram como também tudo que gira em torno da sociedade familiar.

Nessa perspectiva, com um turbilhão de emoções e responsabilidades, consequentemente, surgem rupturas, separações e divórcios, advindas das relações familiares, que passam a exigir uma reorganização.

Antes de avançarmos, precisamos analisar as mudanças ocorridas no "pátrio poder", principal instituto que norteia as relações familiares.

Afirma Gagliano e Pamplona Filho (2016) que é no Código de 2002 que o novo conceito do "poder familiar" é apresentado com todos os seus desdobramentos em face dos filhos. Ou seja, tudo que diz respeito à autoridade parental; mudou: tanto nas relações entre pais e filhos, quantos aos direitos, deveres e responsabilidades nas esferas jurídicas, morais e afetivas.

Assim a partir desta nova direção, assegurada pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece uma ordem de proteção máxima, possuindo a família, como base da sociedade, toda proteção especial que deve ser conferida pelo Estado.

Importante também destacar, que os direitos e garantias conferidos pela Constituição, a criança e o adolescente, somente trarão validade e efetividade, se houver, como base de sustentação, a dignidade da pessoa humana, pautada no respeito à integridade física, psíquica, moral e seus reflexos.

O Estatuto da Criança e do adolescente, lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990) tem como objetivo a concretização do Princípio da Proteção integral da criança, a destacar, a garantia do vínculo natural do jovem e a harmonia familiar, entre outros.

Entretanto, quando nesse vínculo a criança sofrer alguma violência, seja por maus-tratos, opressão, abuso sexual, por parte de um dos genitores, necessária se faz a aplicação de medidas protetivas, objeto principal de nosso estudo.

Deste modo, com o intuito de garantir a execução da proteção integral em uma nova perspectiva familiar, foi introduzida em nosso ordenamento, a lei de alienação parental, que altera o art. 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dar maior amplitude e instrumental ao poder público. (BRASIL, 2010)

Ademais, nas formas exemplificativas descritas no seu art. 2º, parágrafo 1º, os órgãos de proteção e fiscalização, como a autoridade Judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público, estarão autorizados, como auxiliares da justiça e no exercício de suas funções, a identificar qualquer ato previsto de alienação parental.

Diante do exposto, cabe ressaltar que para a lei de alienação parental, os atos de alienação, por si só são graves, mas não precisam de demonstração inequívoca de sua ocorrência, apenas indícios.

3 I QUANDO NASCE A ALIENAÇÃO PARENTAL?

Segundo Dolto (1989, não paginado) - quando os pais se separam e, acrescento, possivelmente, para que se possa entender a força da palavra, seu sentido e atinja

o seu real objetivo.

Isto porque a separação dos pais provoca na criança, sentimentos tão fortes de ruptura física, psíquica, social e emocional, cujas consequências são previsíveis, mas irreversíveis.

Por consequência, a disputa do poder familiar, através de seus laços afetivos, geram sentimentos na criança, tal qual o sentimento ocasionado por uma morte.

Desse modo, segundo Dias (2015, p.461):

> Os resultados são perversos para as pessoas que são submetidas à alienação parental, mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade – quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos.

É preciso ressaltar, os cuidados que a criança requer principalmente, quando já se tem entendimento sobre as implicações da separação de seus pais, que a seu modo acredita que irá sofrer, e, realmente, sofre, pois está assustada e infeliz.

Convém notar que para ela, a segurança e estabilidade estarão se rompendo, e o mundo que era, inicialmente, completo e seguro, passa a ser dividido e totalmente desconhecido.

4 I A ALIENAÇÃO PARENTAL EM CADA UM DE SEUS ATORES

Por ser de extrema relevância, cabe ressaltar, a importância em se identificar as causas que formam o perfil atribuído a cada um dos seus atores (o genitor-alienante, a criança-vitima e o genitor alienado), diante da complexidade do que está em jogo; a coisificação de uma criança como elemento de poder.

Primeiramente, identifica-se a participação do alienante que segundo Madaleno, A.C. e Madaleno, R (2017, p.46) é:

> (...) detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião.

A insistência pela desqualificação de um dos pais demarca claramente, a transferência e o despertar de sentimentos de rejeição, abandono e angústia para com a criança.

Assevera também Gagliano e Pamplona Filho (2016.) que: “as cicatrizes, na criança alienada se não cuidadas a tempo, poderão se tornar profundas e perenes.”.

Já, o genitor alienado, que é o suposto agressor, aquele que deu causa ao divórcio ou separação judicial, sofre as consequências da alienação.

> “É um choque ver que seu próprio filho é quem lhe dirige as palavras de ódio, antes escutadas pelo outro cônjuge, o que pode ocasionar, inclusive, diante da sensação de impotência, o seu afastamento da criança – exatamente como quis e planejou o alienador”. (MADALENO. A; MADALENO R. 2017, p.47):

É importante ainda destacar que além de fazer chantagem emocional e usar de artifícios, o alienador de forma perigosa, criminosa e perversa coloca em prática a falsa denúncia de abuso sexual. (MADALENO.A; MADALENO, R., 2017, p.50).

Então, a vítima da alienação parental, por ter sofrido ameaça (implícita e/ou explicita) de que perderia o amor do genitor alienante, passa a afirmar que sofreu o abuso - levando a história adiante, sem ter noção das consequências da sua fala e do que é gerado.

Portanto, é através do vínculo emocional e psicológico, que estabelece o fio condutor da mentira entre o adulto alienante e a criança alienada e como consequência, a criança é levada a afastar-se de quem ama e é amada.

5 I REFLEXÕES SOBRE A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA FAMÍLIA

Necessário refletir qual seria o significado do acesso à justiça nos conflitos familiares? Há limites para a intervenção estatal nesses casos? Como o Judiciário deve comportar-se quando é instado a posicionar-se em relação a conflitos cuja natureza extrapola sua esfera de decisão? (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, P.619).

Neste sentido, pode-se dizer que o genitor alienante se beneficia normalmente da guarda unilateral, utilizando como mecanismo de poder, já que o genitor alienado, o que deu causa a ruptura conjugal, não perdeu seu direito e responsabilidades para com os filhos, porém não mais coabita com aqueles,

Importante destacar, que a responsabilidade dos pais para com os filhos é inerente a quem está com a guarda ou não, não há como se afastar, e, na maioria das vezes, de forma incoerente, transfere ao judiciário as responsabilidades do poder familiar.

Para Pachá (2012), “quanto menos interferência mais Justiça”, pois entende que o poder judiciário deve reconhecer limites em sua atuação quando diante de conflitos familiares.

Também argumentam em sentido contrário a necessidade de participação do poder judiciário, pela relevância jurídica e encargo de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, que não podem ser alterados ou excluídos por vontade das partes, até mesmos por seus pais.

6 I A ALIENAÇÃO PARENTAL NO JUDICIÁRIO - OS VÍCIOS CAUSADOS AO CONCEDER AS MEDIDAS PROTETIVAS MOTIVADOS POR FALSA NOTÍCIA

Segundo Brazil (2016):

> De acordo com levantamentos estatísticos do poder judiciário, 90% dos processos que são encaminhados às equipes multidisciplinares, que atendem o Tribunal do

> Estado do Rio de Janeiro, são de alienação parental, vindo em seguida alimentos, guarda regulação de visitas, destituição de o pátrio poder e divórcio (informação verbal).

Antes de entrarmos no assunto propriamente dito, é importante destacar que as condutas da alienação parental foram identificadas, a partir de evidências, advindas do trabalho desenvolvido pela jurisprudência, quando identificadas nos pais e familiares que tentavam impedir a relação de comunicação e convivência entre a criança e o genitor.

Além do mais, a alienação parental sempre existiu, e passou a se destacar com a regulamentação da Lei 12.318/2010, que em seu art. 6º expressamente prevê rol de penalidades a serem aplicadas judicialmente.

Contudo, mesmo com todos esses instrumentos disponibilizados pela Lei de Alienação Parental, o seu entendimento é ainda, vagaroso e quase sempre não é reconhecida a real importância por parte dos juízes, conforme adverte Caetano Lagastra Neto, "o juiz deve não só ameaçar como aplicar" os instrumentos disponibilizados. (MADALENO, A.C.C.; MADALENO, R. 2017, p.92).

A jurisprudência brasileira é incipiente quanto ao reconhecimento da alienação parental, cito, porém dois julgados em que houve o reconhecimento:

> **Agravo de Instrumento. Guarda. Alienação Parental Alteração. Cabimento.** Foi considerado que a criança estava em situação de risco atual ou iminente com sua genitora, quando demonstrado que ela vinha praticando alienação parental em relação ao genitor, o que justifica a alteração da guarda. A decisão foi provisória, pois poderá ser revista no decorrer do processo, caso surjam novos elementos de convicção que sugiram revisão. **(TJRS- Agravo de Instrumento 70065115008;** 7ª Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves**; j. 13.07.15).**

> **Apelação Cível. Guarda E Regulamentação De Visitas. Não Cabimento**. Contexto Probatório (parecer social, laudo técnico e demais provas) demonstraram de maneira segura que a conduta da genitora, visa denegrir a imagem do autor da ação – concluindo que a apelante não superou emocionalmente o fim do relacionamento matrimonial com o autor e, em virtude disso, instiga a menor a ter comportamento negativo com relação a ele e sua atual companheira, configurando a Prática de Alienação Parental. (**TJRJ - Apelação Cível 02079598420108190001;** 4ª. Câmara Cível; **Rel. Des. Des. Sidney Hartung Buarque; j. 27.08.14).**

Os julgados acima transcritos demonstram claramente a preocupação em se tutelar e preservar o melhor interesse da criança.

Observa-se Bastos (2016):

> A prática da alienação parental quase sempre vem acompanhada de denúncia grave de abusos contra o genitor alienado, opondo-se a visitação do outro genitor, restrição ou supressão de visitação, que em face de sua gravidade, impõe ao judiciário se pronunciar, a fim de resguardar a integridade física e psíquica da criança/adolescente (informação verbal).

Nesse sentido para reconhecer a alienação parental deve-se realizar diversos enfrentamentos. Inicialmente, a fragilidade em distinguir as diferenças entre síndrome de alienação parental e alienação parental.

A expressão Síndrome de Alienação Parental, consequências da extrema

reação emocional ao genitor, cujos filhos foram vítimas, segundo Souza (2014, p.113) é duramente criticada por não estar prevista no CID -10 (classificação internacional de doenças e problemas relacionados à saúde) e nem no DSM IV-TR (manual diagnóstico de doenças e problemas relacionados à saúde). Ou seja, não é reconhecida como uma doença diagnosticada e nem síndrome médica válida (sintomas).

Já Alienação Parental são os atos da campanha desmoralizadora realizada pelo genitor alienante. Ressalva-se que a lavagem cerebral implantada pelo alienante na cabeça da criança, não caracteriza por si só a alienação parental, para tanto são necessárias contribuições da própria criança que começa a produzi-la ao criar, inventar e mentir; comportamentos atribuídos ao genitor alienado.

Simões (2016) destaca que:

> O perfil do alienador, conforme dados estatísticos do Judiciário, de 80% a 90% das falsas denúncias são programadas a partir das mulheres, já que a guarda unilateral, é histórica e naturalmente atribuída às mães, que são as maiores alienadoras, e demonstram maior grau de perversidade, quando alegam o abuso ocorrido na parte sexual da criança, sendo difícil de provar e de questionar a sua veracidade. (informação verbal).

Há de ser considerado, também segundo a psicanalista Giselle Groeninga (2016) que:

> (...) as denúncias "errôneas" de abuso sexual não necessariamente se dão por má-fé e com intencionalidade consciente. Muitas vezes quem denuncia acredita que o abuso realmente aconteceu. E mesmo que existam outros determinantes como ressentimento, vingança, egoísmo, e até questões econômicas, estes não necessariamente estão em primeiro plano.
>
> (...) o mais das vezes, há outros determinantes, da ordem do inconsciente, que absolutamente não podem ser desconsiderados em casos deste tipo, mas não poderia afirmar nada com relação ao caso em si. ***(sic)***

Em vista disso, são estes comportamentos que caracterizam a falsa denúncia da verdadeira que para chegar a uma definição sobre a existência ou não dos fatos relatados, passam por várias etapas que norteiam a alienação parental.

Primeiro, a avaliação psicológica que por ser abordagem clínica, exige da criança uma exposição diferenciada em relação às lembranças do que realmente ocorrerá para o que foi programado.

Esclarece Brazil (2016) que:

> para a ocorrência do abuso sexual, a vítima terá que ter conhecimento impróprio para a idade, inclusive com detalhes do ocorrido, pois o adulto lhe apresentou como algo prazeroso, demonstrado por condutas sexuais ou jogos impróprios; portanto, um comportamento incomum para a faixa etária (informação verbal).

Entende-se que o filho programado, aquele que não viveu as mensagens que lhe foram transmitidas, não consegue reproduzir a fala daquele que a implantou, pois este não apresenta maiores detalhes.

Além disso, Brazil (2016) destaca:

> Existe também a diferenciação entre a incompatibilidade da expressão física de dor e sofrimento, com o conteúdo do relato. A vítima da alienação relata de forma banal, pois depende de suas lembranças, chegando a se perder nas narrativas. (informação verbal).

É importante evidenciar, que aquela criança que esteja inserida em um meio social de erotização é diferente desta que está no ambiente de alienação parental.

Em segundo, quando a criança passando pelas avaliações técnicas, mesmo com todo o cuidado por parte dos profissionais, ocorrem nos depoimentos com a criança-vítima, danos, agravados pelas falsas memórias, em consequência da sua revitimização.

Ademais, os exames periciais são limitados por instrumentos inadequados e até desatualizados, quando necessários aos profissionais, já que suas atividades são estritamente vinculadas. (informação verbal).(SIMÕES,2016)

Em terceiro, a fragilidade em comprovar a existência de falsas acusações, principalmente, quanto aos abusos psicológicos que possam motivar o genitor alienante a ser o tirano da relação familiar e a dificuldade em identificar a alienação parental por parte dos profissionais que compõem a equipe multidisciplinar do Judiciário.

Esclarece Simões (2016), ainda:

> O que realmente existe, após realização dos estudos técnicos, são os resultados de perícias do IML, conclusões da assistente social e do psicólogo, de que não há definição plena, dos abusos sofridos pela criança, como também a exclusão do abuso sexual (informação verbal).

Acrescenta Brazil (2016), que não se tem absoluta certeza sobre a ocorrência da alienação parental. (informação verbal).

Identifica também a demora em realizar uma perícia ou o uso de mecanismos protelatórios em torno do processo judicial, que agravam mais ainda a situação de fragilidade que se encontra a criança-vítima.

Percebe-se, ainda que o ambiente do judiciário seja pesaroso, além disso, os órgãos auxiliares (IML, delegacias, etc.) carecem de instrumentais e recursos para atender a criança e a todos os envolvidos,

Assim, do mesmo modo, quando o acolhimento da criança não é realizado de forma necessária e satisfatória, dificulta e até mesmo impede a neutralidade psíquica que o caso requer. (informação verbal). (SIMÕES, 2016)

Salienta-se, de forma inequívoca, a importância e o cuidado requeridos, quando se utiliza os instrumentos de entrevista com a criança para que não seja induzida a resposta, e não ocorra a sua revitimização, criada pelas falsas memórias.

Portanto, é fundamental considerar a qualidade e comprometimento desses profissionais, que ficam reduzidos diante de uma rotina extensa e desgastante.

Aliás, foi Identificada a necessidade de profissionais nas áreas de assistência social, psicologia, visando a oferecer o suporte necessário aos auxiliares da justiça.

Em virtude dessas considerações, a alienação parental, quando configurada,

deve ser tratada com rigor pelo Judiciário, pois de sua declaração decorre a imposição de sanções, que devem estar pautadas em elementos seguros e irrefutáveis. E quando não configurados os seus elementos, deve ser afastado o genitor alienado da aplicação de todas as sanções, e como forma de minimizar todo o constrangimento sofrido, ampliar em seu favor, o melhor convívio com a criança.

Assevera, ainda, que caso não seja comprovado o contexto de interferência negativa do genitor alienante na formação psicológica entre a criança e o genitor alienado, mas a fragilidade do vínculo afetivo entre estes, não seja reconhecida a prática de atos de alienação parental.

7 I O JUDICIÁRIO, PUBLICIDADE E A BANALIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental é um abuso que não pode ser esquecido!

Cabe esclarecer que não existe publicidade institucional, pois a alienação parental não é trabalhada, ou continua sendo investida pelo manto do segredo de justiça ou ainda, apresenta-se de forma desarrazoada, em relação ao grande relevo que a cerca, ou seja, a veiculação sem nenhum critério e conhecimento técnico, que o assunto requer, chegando à beira da irresponsabilidade, tanto de os órgãos auxiliares do judiciário, como entre os envolvidos, familiares, parentes e sociedade.

Mesmo sendo de interesse público não existem campanhas de conscientização da alienação parental e de seus malefícios para a criança, genitores, familiares; para a sociedade como um todo.

Cumpre observar que, nos casos de alienação parental ocorridos por denúncias errôneas, não há o que modificar em uma dinâmica altamente disfuncional.

É necessário o cuidado com a banalização da alienação parental, que por estar sendo discutida nos meios de comunicação, de conhecimento público, não se tem dado o devido cuidado técnico com as notícias vinculadas, atribuindo, de forma leviana, gravidade quando na realidade o caso não a requer.

Para Brazil (2016), o judiciário nem sempre identifica a realidade, mas apenas fatos, até porque existem falhas na identificação da alienação parental, não somente pela fragilidade que gira em torno de seus atores e suas relações familiares, mas também com os instrumentos utilizados para sua identificação (informação verbal).

Deste modo, o conhecimento do instituto como também suas consequências jurídicas são essenciais para que não haja de forma indiscriminada à ocorrência da alienação parental.

8 I CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise sobre os vícios que o poder judiciário adquire ao conceder medidas de proteção à criança/

adolescente motivadas por falsas notícias de alienação parental.

Identificou-se a fragilidade de seus conceitos (alienação parental, SAP e ambiente familiar hostil) e relevância em sua distinção, como também a importância em identificar o público alvo (criança-vítima e genitor-alienado) e os perfis comportamentais de seus atores, que como resultado desta constatação, em razão do contexto histórico e natural, a mulher é a maior alienante e utiliza o abuso sexual como principal recurso de alienação.

Foi verificada também, a existência de vícios nos instrumentos que o judiciário e seus auxiliares dispõem para garantir a tutela e proteção dos direitos da criança. Tais erros têm como principal causa: a fragilidade que sustentam as medidas protetivas, pois são fundamentadas apenas a partir de "vestígios".

Cabe esclarecer que são utilizados métodos frágeis de abordagem como a entrevista direta, em que a criança constantemente sofre a revitimização; a banalização do instituto de alienação parental, quando não identificadas as diferenças entre SAP e ambiente familiar hostil; a utilização de leis desatualizadas, que disciplinam as atividades dos auxiliares da justiça (peritos do IML).

Além da equiparação equivocada da criança alienada com falsa notícia de abuso sexual à que realmente foi abusada sexualmente; o ambiente pesaroso de recepção da criança-vítima no judiciário e em seus órgãos de apoio; ausência de estrutura e logística que provocam a falta de engajamento nos auxiliares da justiça, como também a vulgarização da publicidade, que cerca o tema, dentro e fora do poder judiciário.

Necessário destacar que a alienação parental e os seus vícios se tornam imperceptíveis com a demora na duração de sua apuração, identificação e confirmação, fato este apresentado e reconhecido pelos auxiliares da justiça.

Portanto, sendo a criança-vitima e o genitor alienado, quem mais sofrem os efeitos das medidas protetivas, deve o Estado-Juiz, priorizar o atendimento dos casos de alienação parental, adotar técnicas e instrumentos com aprimoramento contínuo, estrutura e logística compatíveis com a criança, fóruns de divulgação e interação dos seus auxiliares e a sociedade.

Por fim, somente diante de fatos concretos, ou seja, quando não houver nenhuma dúvida, efetivar os instrumentos de tutela e proteção, pois suas consequências serão irreparáveis e profundas para a criança e o adolescente.

Espera-se que com este trabalho possa contribuir para a melhor efetivação da proteção integral da criança e do adolescente, e que o poder judiciário, não aja de forma indiscriminada, não contribua como coadjuvante em um recurso de vingança de casais em litígio ao decretar a ocorrência da alienação parental, mas, sim, como garantidor de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código civil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 04 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm acesso em 08.maio.2017.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 100, I, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado Federal. / Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm acesso em 08. maio 2017.

BRASIL**.** Alienação Parental. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm acesso em: 08. Maio. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70065115008, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Disponível em https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/208489166/agravo-de-instrumento-ai-70065115008-rs Acesso em: 04 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Nº 02079598420108190001 Relator: Des. Sidney Hartung Buarque Disponível em Disponível em: https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139247239/apelacao-apl-20795984201081900 01-rj-0207959-8420108190001 Acesso em: 04 de maio de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2015.

DOLTO, Francoise. **Quando os pais se separam.** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.

GAGLIANO, Pablo. Stolze; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

IBDFAM, 10 ago. 2016 Disponível em: http://ibdfam.org.br/noticias/6080/P a i + v% C3%A Dtima+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+receber%C3%A1+indeniza%C3%A7%C3%A3o Acesso em: 04 maio. 2017.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: Importância da Detecção. Aspectos Legais e Processuais**. 4. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: GEN, 2017.

Notícia fornecida por Carlos Alberto Simões no 51ª Reunião Forúm Permanente de Direito de Família e Sucessões. Escuta Qualificada de crianças e adolescentes nas hipóteses de abuso sexual e alienação parental, EMERJ, **Anais eletrônicos...** Rio de janeiro, 21 out. 2016. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/eventosgravados/2016/escuta-qualificada-de-criancas-e-adolescentes-nas-hipoteses-de-abuso-sexual-e-alienacao-parental/escuta-qualificada-de-criancas-e-adolescentes-nas-hipoteses-de-abuso-sexual-e-alienacao-parental.html Acesso em: 04 maio. 2017.

Notícia fornecida por Glícia Brazil no 51ª Reunião Forúm Permanente de Direito de Família e Sucessões. Escuta Qualificada de crianças e adolescentes nas hipóteses de abuso sexual e alienação parental, EMERJ, **Anais eletrônicos...** Rio de janeiro, 21 out. 2016. Disponível em : http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/eventosgravados/2016/escuta-qualificada-de-criancas-e-adolescentes-nas-hipoteses-de-abuso-sexual-e-alienacao-parental/escuta-qualificada-de-criancas-e-adolescentes-nas-hipoteses-de-abuso-sexual-e-alienacao-parental.html Acesso em: 04 maio. 2017.

Notícia fornecida por Fabrício Bastos no 51ª Reunião Forúm Permanente de Direito de Família e Sucessões. Escuta Qualificada de crianças e adolescentes nas hipóteses de abuso sexual e

alienação parental, EMERJ, **Anais eletrônicos...** Rio de janeiro, 21 out. 2016. Disponível em : http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/eventosgravados/2016/escuta-qualificada-de-criancas-e-adolescentes-nas-hipoteses-de-abuso-sexual-e-alienacao-parental/escuta-qualificada-de-criancas-e-adolescentes-nas-hipoteses-de-abuso-sexual-e-alienacao-parental.html Acesso em: 04 maio. 2017.

PACHÁ, Andréia Maciel**.** Quando menos interferência mais justiça. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados**, Família do Século XXI - Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos**,** EMERJ, Rio de janeiro, nº 12, p. 09-27, 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/seriemagistrado12.html. Acesso em 29 abr. 2017.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação parental**. São Paulo: mundo jurídico, 2014.

TARDELLI, Carla Moradei; SILVA, Leandro Souto da. É preciso cuidado para não banalizar a alienação parental, **Revista Eletrônica Consultor Jurídico.** 2013. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/preciso-cuidado-alienacao-parental-nao-seja-banalizada Acesso em: 10 de abr. 2017.

CAPÍTULO 6

A IMPORTÂNCIA DA PSICOLOGIA JURÍDICA E A APLICAÇÃO DE LAUDO PSICOLÓGICO COMO MOTIVAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Sofia Muniz Alves Gracioli
IMESB e UNIFACEF. Orlândia – SP

Lívia Pelli Palumbo
IMESB e ITE. Bauru – SP

RESUMO: A psicologia jurídica é uma consequência da interdisciplinaridade entre o direito e a psicologia, sendo utilizada para embasar as decisões dos magistrados em questões que exigem estudos psicologicos das pessoas envolvidas e como forma de atingir a decisão mais adequada àquele caso. Trata-se de uma disciplina ainda em construção, mas que tem expandido, sendo cada vez mais utilizada nos meios jurídicos, em especial na Vara de Família. Este estudo buscou, por meio de revisão bibliográfica, mostrar a importância do trabalho conjunto do Direito e a Psicologia, para a produção e utilização do laudo pericial psicológico, como fundamento das decisões judiciais nos conflitos que envolvem o Direito de Família. Devido às mudanças no conceito de instituição familiar ocorridas nos últimos tempos, o Poder Judiciário tem sido acionado, cada vez mais, em especial neste campo do Direito, e a Psicologia tem sido de grande efeito para a solução desses conflitos como por exemplo, questões de regulamentação de guarda de filhos, apoio às crianças envolvidas em divórcios, àquelas sofrem a alienação parental, as que estão em procedimento de adoção e, ainda, em questões sucessórias. Desta feita, demonstra-se que é de suma importância o papel do psicólogo, pois a aplicação de suas avaliações tem papel significativo na solução de conflitos, em especial no Direito de Família.
PALAVRAS-CHAVE: Psicologia Jurídica. Laudo Psicológico. Direito de Família.

THE IMPORTANCE OF LEGAL PSYCHOLOGY AND THE APPLICATION OF A PSYCHOLOGICAL AWARD AS A MOTIVATION FOR JUDICIAL DECISIONS IN BRAZILIAN FAMILY LAW

ABSTRACT: Legal psychology is a consequence of the interdisciplinarity between law and psychology, being used to support judges' decisions on issues that require psychological studies of the people involved and as a way of reaching the most appropriate decision in that case. It is a discipline still under construction, but has expanded, being increasingly used in legal circles, especially in the Family Court. This study sought to show, through a bibliographic review, the importance of the joint work of Law and Psychology, for the production and use of the psychological expert report, as a basis for judicial decisions in the conflicts involving Family

Law. Due to the changes in the concept of family institution that have occurred in recent times, the Judiciary has been increasingly used in this field of Law, and Psychology has been of great effect for the solution of these conflicts, such as issues of child custody regulations, support for children involved in divorce, parental alienation, adoption procedures and succession issues. This time, it is demonstrated that the role of the psychologist is of paramount importance, since the application of his evaluations plays a significant role in the resolution of conflicts, especially in Family Law.
KEYWORDS: Juridical Psychology. Psychological report. Family right

1 I INTRODUÇÃO

A psicologia jurídica trata do campo comum das duas áreas do conhecimento, o Direito e a Psicologia, com o intuito de preencher lacunas jurídicas, em que há necessidade de conhecimento técnico daquela ciência às soluções judiciais. Por meio de pareceres técnicos, são emitidos laudos psicológicos acerca do que foi avaliado, a fim de que o magistrado fundamente sua decisão.

O Direito e a Psicologia são ciências distintas que, no entanto, vêm caminhando juntas há tempos. Atualmente, apesar de ainda existir resistência de aplicação da Psicologia por parte de alguns aplicadores do direito, essa ciência vem ganhando cada vez mais espaço, por atuar de maneira a demonstrar por outra ótica as reais necessidades para a solução de cada conflito.

Esta pesquisa teve por objetivo mostrar a importância da união entre as duas ciências, bem como a utilização do laudo pericial psicológico, que é o documento final por eles emitidos, elaborado a partir de avaliações investigativas, no direito de família.

O tema foi escolhido devido à recorrente necessidade da atuação dos profissionais de psicologia em tribunais, na solução de guardas de filhos, do trabalho em conjunto para avaliações acerca de adoção de crianças abandonadas, dentre outros, que vêm ocorrendo nas Varas de Família.

Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica, para reconstruir o percurso que permeou o surgimento das duas ciências até a sua união, além de também jurisprudências, a fim de demonstrar que o uso dos laudos psicológicos teve papel importante na aplicação as decisões dos magistrados.

Passa-se à análise dos conceitos de Direito e de Psicologia, bem como a relação entre as das áreas do conhecimento, a evolução histórica das duas ciências, mostrando onde surgiram, e os caminhos percorridos até se fundirem formando a Psicologia Forense, ou Psicologia Jurídica.

Importante a união das duas áreas do conhecimento em razão dos benefícios alcançados após a introdução da Psicologia ao Direito. Ainda, os ramos nos quais ambas atuam juntas, motivando as decisões dos juízes, a fim de alcançarem o fim buscado, qual seja, a aplicação das leis de maneira adequada às necessidades

de cada indivíduo, em especial, nas relações de família que reclamam intervenção do Poder Judiciário. Na sequência, aborda-se o laudo psicológico, abordando os conceitos aplicados a esse documento, sua elaboração, e o funcionamento da convocação do psicólogo chamado a elaborar esses pareceres. Trata também dos métodos e técnicas utilizados por esses profissionais ao serem instituídos a atuar nos litígios, e as diversas áreas nas quais ele é ou pode ser utilizado. Por fim, traz a maneira como estes laudos são aplicados pelos juízes ao proferirem as sentenças.

Ao final, apresenta-se a atuação da Psicologia Jurídica e a aplicação do laudo psicológico no Direito de Família, com destaque para a sua influência na convicção do juiz e sua decisão nos casos de processos que discutem a alienação parental, na investigação da escolha de guarda dos filhos, ao tratamento a ser aplicado às crianças após a separação dos pais, além da interferência do psicólogo em ações de sucessão, e em ações de reconhecimento de paternidade, com apresentação de decisões baseadas nos laudos psicológicos.

2 I PSICOLOGIA JURÍDICA: APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

O sentido fundamental da palavra Direito é dar às pessoas, através da lei, a possibilidade de praticar determinados atos, não esquecendo de ressaltar que essas práticas devem limitar-se de acordo com as normas coletivas. A palavra Direito originou-se numa junção latina: *dis* (muito, intenso) mais *rectum* (reto, justo); sendo então disrectum que significa muito reto, o que é justo. No latim clássico, “direito” é qualificado por *ius* (ou jus) que é originado do sânscrito iás, que era o recinto sagrado onde se ministrava a justiça. O Direito é a ciência disciplinadora de toda a atividade humana, cujo obbetivo é o controle social e, por meio de regras, serve para conter os impulsos individualistas do homem, e deve acompanhar as transformações sociais.

Para se conceituar o Direito, é necessário construir um conceito suficientemente grande, que entenda a relação e o domínio do ser humano sobre bens imóveis, estudo que nos leve a entender os institutos e as práticas utilizadas atualmente, existindo, portanto, inúmeras maneiras de se conceitua-lo. Segundo Maciel; Aguiar (2010, p.16), “os estudos dogmáticos do direito são aqueles que partem de uma “verdade” inquestionável e preestabelecida, preocupando-se especialmente com ações que busquem a solução de controvérsias jurídicas”. Já para Castro (2007), a ciência do Direito vem dos Romanos, e a palavra Direito significa ser justo, o que tem justiça:

> Entende-se, em sentido comum, o Direito como sendo o conjunto de normas para a aplicação da justiça e a minimização de conflitos de uma dada sociedade. Estas normas, estas regras, esta sociedade não são possíveis sem o Homem, porque é o ser Humano quem faz o Direito e é para ele que o Direito é feito (CASTRO, 2007, p.2).

Assim, entende-se que o homem é inerente ao Direito, pois inexistindo o

homem não haveria conflitos que do Direito necessitem, pois o Direito advém do ser humano, que é também um ser cultural. Nascimento (2006) afirma que o Direito não tem como essência somente a moral, mas também questões materiais, e que toda a sociedade almeja condições satisfatórias e essenciais para que se haja equilíbrio e harmonia entre os homens.

Assim sendo, entende-se que para o Direito os costumes não são seus únicos meios norteadores, mas também o são os interesses materiais da sociedade em si, em que a aplicação do ordenamento jurídico busca regular uma vivência entre todos. É importante entender que o Direito, assim como a sociedade a que atende, está sempre em constante evolução, de modo que o direito não pode se desvencilhar de suas origens, para que se possa compreender a sociedade atual. Não se pode conhecer uma legislação sem antes conhecer sua história. Salienta-se que conceitos atuais como a igualdade das mulheres, direitos e dignidade do trabalho, direitos e dignidade do indivíduo na sociedade entre outros, são conceitos advindos de costumes e tradições antigas, influenciadas pelo direito e suas origens históricas (NASCIMENTO, 2006).

A Psicologia também pode ser definida de diversas formas, mas todas que levam a um mesmo entendimento, ou seja, é a ciência que auxilia o comportamento humano, de modo a tentar entender e adequar o ser humano a suas vivências em sociedade e também consigo mesmo.

Para Todorov (2007), a definição mais conhecida de Psicologia é como sendo o estudo da mente. Outros a definem como o estudo da vida mental. Outros a conceituam como o estudo do comportamento. Ou seja, é a ciência da vida mental, ou o que quer que venha a ser vida mental. Para Bock; Furtado; Teixeira (2001), a Psicologia busca entender e modificar o cotidiano a partir de seus estudos sistemáticos. Segundo Fiorelli; Mangini (2015, p. 7), “a psicologia trabalha com a realidade psíquica, elaborada pelo indivíduo a partir dos conteúdos armazenados na mente”. Para o autor, As técnicas utilizadas na Psicologia servem para que o ser humano identifique elementos até então desconhecidos por eles. Portanto, a psicologia atua de maneira a auxiliar o ser humano no entendimento de suas relações pessoais, através de estudos psíquicos.

Segundo López (2005), a psicologia atual vai além disso, é uma ciência que objetiva oferecer eficiência e garantias, com seriedade, assim como as demais ciências biológicas.

Trindade (2014), afirma que a psicologia tem um longo passado, mas com uma breve história, sendo ainda uma disciplina muito recente.

Acredita-se que surgimento da Psicologia seja advindo de uma experiência de curiosidade (VILELA; FERREIRA, PORTUGAL, 2005). Alguns autores apontam para seu surgimento a partir do século XVI, unindo-se à necessidade do conhecimento de si, da interioridade do ser humano, tornando-a necessária para o aprendizado nas relações do homem consigo e com os demais. Historicamente, a Psicologia trata de

técnicas na busca por conhecimento de si mesmo. Ela é entendida como um plano de reflexão de interioridade, em que cada vivência é atrelada a uma experiência de primeira pessoa.

No Brasil, a Psicologia se instaurou em meados do século XIX, na tentativa de tornar o país uma nação moderna, por meio de projetos políticos, sociais e culturais e, como profissão, passou a ser regulamentada em 1962, pela Lei 4.119 (TARTARI, 2011). Para isso, era necessário que se consolidasse um saber que proporcionasse uma concepção de homem e de sociedade.

No que diz respeito à união entre Direito e Psicologia, buscando a compreensão da mente e as ações humanas em sociedade, essas duas ciências têm se unido cada vez mais, para que haja uma maior compreensão desses aspectos e uma busca pelo equilíbrio social e jurídico. Essa união busca entender melhor a mente humana e aplicar à vida social normas a serem seguidas de modo que haja um melhor convívio em sociedade.

Segundo Miranda (2012), historicamente, a Psicologia foi aproximada do Direito no século XIX, surgindo então a "psicologia do testemunho". Seu objetivo era, através de estudos, verificar processos psicológicos, os sujeitos envolvidos nos processos jurídicos e, através de práticas psicológicas voltadas para a realização de perícias, exames criminológicos e pareceres psicológicos, instruir livramentos condicionais, comutações penais, indultos e principalmente avaliar se o detento poderia sair da cadeia ou não. Estudos revelaram que grande parte desses laudos eram preconceituosos, estigmatizantes e pouco ou nada científicos. Eles eram a repetição dos conceitos que a sociedade tinha com relação a criminosos. Há os que afirmam ser impossível a formulação psicojurídica, pois acreditam que as ciências pertencem a mundos opostos, sendo a Psicologia, ligada ao mundo do ser, e o Direito, ao mundo do dever ser. Mas a sociedade atual não pode ser encerrada apenas por pontos de vistas, pois tais necessidades transcende a soma das partes. Como formula Trindade (2011, p. 32) [...] "é preciso estar disposto a interligar conhecimentos e fazer conexões, e não esquecer que a ciência da pós-modernidade se produz mais por ligações do que por isolamentos".

Desta forma, mesmo sendo disciplinas distintas, sua a união só tem a acrescentar no nosso ordenamento brasileiro ao tentar entender e regular o comportamento humano, tornando cada vez mais corretas apropriadas as decisões aplicadas pelos magistrados às pessoas que de alguma forma necessitam da justiça. No início do uso da psicologia jurídica, os Psicólogos eram chamados, muitas vezes, no intuito de desvendar ações criminosas que não tinham um motivo aparente ou que cujos suspeitos era pessoas com características que não se encaixavam nos quadros de loucura, nem tinham um motivo considerável para tal (LEAL, 2008).

Atualmente, a Psicologia jurídica atua nos campos em que os litígios deixaram de ser assunto exclusivo dos foros e tribunais, sendo necessárias informações que levem ao entendimento sobre o ser humano e sua vivência em sociedade (VIANNA,

2008). Constata-se então, que ambas as ciências possuem uma finalidade em comum, pois tratam do comportamento humano, sendo que um trata da compreensão do comportamento humano, e o outro é um conjunto de regras que tem por intuito regular esse comportamento.

Miranda (2012), afirma que o Conselho Federal de Psicologia, no ano de 2000, adotou como uma subárea da Psicologia, a Psicologia Jurídica, tendo essa ciência a função de auxiliar as organizações judiciárias nos âmbitos que lhes forem necessárias. Atualmente, os aplicadores do Direito apesar de relutantes, entenderam a necessidade de se utilizar do trabalho do Psicólogo jurídico, que vem atuando no desenvolvimento de atividades, avaliações e acompanhamentos psicológicos, além de desenvolverem atividades voltadas aos juizados (TARTARI, 2011). Trindade (2014) observa que a comunicação entre o Direito e a Psicologia é cada vez mais necessária, para se entender as ações humanas ao que diz respeito aos aspectos legais e afetivo-comportamentais. Segundo Maia (2015a), a Psicologia jurídica vem ganhando cada vez mais espaço entre os operadores do Direito nos litígios relacionados às Varas de família, devido às mudanças no conceito de família, o que tem trazido ao Sistema Judiciário grandes litígios. Para Silva (2016), a integração da Psicologia junto ao Direito vem cada vez mais trazendo contribuições à melhor compreensão do ser humano junto ao Poder Judiciário e a sociedade, para que sejam cada vez mais adequadas e aperfeiçoadas as decisões para os litigantes, através das técnicas utilizadas, para que os documentos elaborados possam ser mais precisos para a solução dos casos.

Afirma Brandão (2007), que para atuar nessa área, é necessário que o psicólogo tenha conhecimento dos códigos jurídicos reguladores do conceito de família no nosso país. Devendo conhecer os critérios utilizados para nortear as decisões de guarda ou os deveres parentais.

Para que exista a atuação do profissional da Psicologia junto ao Direito é preciso que haja estudos acerca do comportamento humano junto a justiça, devendo o profissional que deseja atuar nesta área, estar em constante aprendizado, para que possa acompanhar cada vez mais a abrangência da psicologia junto ao direito.

Segundo Fiorelli; Mangini (2015), a intervenção da Psicologia dá-se através de perícias técnicas, em que são analisados os personagens do litígio, avaliados através de entrevistas, testes psicológicos, observação dos mesmos, auxiliando os juízes em suas decisões. A atuação do psicólogo é regulada pela resolução CFP n° 008/2010, que além das determinações, inclui também vedações no que tange ao psicólogo que atue simultaneamente como perito assistente ou psicoterapeuta das pessoas por ele atendidas. Rege-se também pelo Estatuto da Criança e Adolescente, em seus artigos 150 e 151, que fala sobre a atuação de equipes interprofissionais, que prestam serviço a justiça, auxiliando e encaminhando ao Poder Judiciário.

A perícia psicológica no âmbito jurídico ainda é pouco explorada, mas é importante a utilização da psicologia, por meio de instrumentos específicos, de modo

a analisar cada indivíduo e buscar entender a individualidade e afetividade de cada um, e também a motivação de estarem ali litigando. Os laudos periciais não têm o poder de decidir um litígio, busca-se de maneira técnica mostrar a verdade, que muitas vezes pode não ser completa. O trabalho do psicólogo jurídico não é provar algo, mas sim indicar a situação familiar ali presente, que norteará a atuação do advogado, do promotor e do juiz (SILVA, 2016).

O artigo 471 do CPC permite que, em comum acordo, as partes podem se utilizar de um perito para esclarecer questões relativas a tutela, adoção, curatela, pedido de guarda.

Muitas são as áreas de atuação da psicologia no direito, sendo o exame pericial compulsório (determinado pelo juiz), ocorrendo diversos tipos de desconfianças por parte do periciando, devendo haver maneiras específicas para superá-las. Os fatores sociais e jurídicos de cada periciando é que vão dizer a forma a ser abordada pelo psicólogo jurídico, junto com o entendimento do caso examinado. Os exames têm o intuito de responder de forma eficaz às questões colocadas pelo juiz, buscando a solução do conflito em questão. Além dos exames deve-se estudar o fato jurídico, aplicando então o enquadre forense na conclusão do laudo (SILVA, 2016).

Uma das áreas na qual a Psicologia jurídica mais tem atuado é o Direito de Família. Regido pelo Direito Civil, essa área do Direito tem convivido com mudanças nas esferas familiares, o que tem gerado cada vez mais a procura pelo Judiciário para solução de conflitos. Nessa área, o psicólogo deve analisar se houve algum tipo de prejuízo emocional decorrente de algum evento traumático, além de dar seu parecer a respeito de disputas de guarda, tratar da paternidade sócioafetiva, de sucessões, podendo até mesmo prestar assistência, caso necessário, às pessoas relacionadas aos processos.

Para a atuação do psicólogo em Varas de Família, exige-se que esse profissional tenha conhecimento jurídico dos códigos, pois não adianta somente o conhecimento de seu campo e desconhecer os critérios jurídicos usados para nortear as decisões do juiz (GONÇALVES; BRANDÃO, 2011).

Nas Varas da Criança e Adolescente, onde predominam perícias em casos onde há questões relacionadas a práticas de adoção, violência sexual contra crianças, entre outros, é necessário que o profissional tenha, também, conhecimento do Estatuto da Criança e Adolescente. Nos casos em que não se trata, a princípio, de ausências ou prejuízos da capacidade mental, ou então algum tipo de periculosidade, o juiz trabalhará sobre as alegações feitas pelas partes, e será por tais alegações que se norteará as investigações, formulando então o perito uma verdade sobre os sujeitos da ação.

A Psicologia Judiciária baseia-se em toda prática psicológica realizada a mando e a serviço da justiça, faz parte da Psicologia forense, ela atuará sempre conforme a autoridade judiciária lhe especificar. Assim, o trabalho do psicólogo prestado a mando da justiça exercendo a função de perito. Trata-se da atuação do Judiciário.

Maia (2015a), conceitua as atribuições dadas aos psicólogos que atuam junto ao direito, sendo elas assessorar na formulação, revisão ou aplicação de leis, atua como colaborador na implantação de políticas de cidadania, avalia as condições emocionais de crianças, adolescentes e adultos que estejam envolvidos em litígios, trabalha desenvolvendo pesquisas para melhoramento da atuação do psicólogo junto ao direito, também atua junto as Varas cíveis, criminal, da infância e juventude, justiça do trabalho, exercendo a função de perito, resolvendo questões em Varas de Família, dentre muitas outras funções atribuídas a este profissional.

Assim, vemos que a função do Psicólogo e da Psicologia jurídica se alinham às próprias raízes do Direito, de servir a sociedade conforme suas necessidades. No âmbito que nos propomos a estudar, o Direito de Família, tais mudanças sociais são imperativas no uso de outras ciências no auxílio para o alcance da justiça, que é o objetivo do campo comum entre Direito e Psicologia.

3 I LAUDO PSICOLÓGICO

O laudo psicológico é o relatório final feito pelo perito. Nele são colocadas todas as informações e juntados os documentos colhidos com todas as técnicas de averiguação utilizadas. É o parecer final do perito, contendo todas as observações feitas por este durante as diligências. É, portando, o documento em que o profissional dará seu parecer técnico acerca de suas avaliações, não empregando a ele juízo de valores, nem opiniões a respeito do caso.

O laudo é o documento principal emitido pelo psicólogo nas demandas judiciais e a não observância pode gerar denúncia do profissional ao CRP, assim como prejuízo aos envolvidos no litígio, tornando-o nocivo caso não atenda aos princípios éticos, científicos e técnicos.

O laudo é um documento de valor científico, no qual são descritas situações e condições psicológicas determinadas por estudos psicológicos no decorrer de cada processo (SILVA; ARCHIERI, 2011). Conforme orientação do Conselho Federal de Psicologia,

> A palavra laudo é originária do idioma latino, do genitivo *laud-is* e significa originalmente mérito, valor, glória. É um documento conciso, minucioso e abrangente, que busca relatar, analisar e integrar os dados colhidos no processo de avaliação psicológica tendo como objetivo apresentar diagnóstico e/ou prognóstico, para subsidiar ações, decisões ou encaminhamentos (CFP, 2002, p.8).

Dessa forma, tem-se que, embora deva ser conciso, baseado em dados científicos, o laudo dará ao magistrado melhores condições de tomar suas decisões.

Na visão de Preto; Fajardo (2015, p.41), “o laudo psicológico pode ser entendido como uma forma de comunicar o resultado final de um trabalho de avaliação psicológica, apresentando de forma sistemática como esta foi realizada”.

Segundo Silva (2016), o laudo psicológico pode ser entendido sob dois aspectos, na materialização do trabalho pericial que o perito desenvolveu ao longo dos estudos feitos, e pela própria prova pericial, servindo para suprir qualquer deficiência sobre conhecimentos técnicos ou científicos dos magistrados. Dessa forma, tendo como objetivo comunicar ao juiz o trabalho do julgamento do profissional de Psicologia, o magistrado pode aceita-lo como tal, ou ainda como uma prova pericial.

Ao transcrever um laudo psicológico, o profissional não pode dar nenhum parecer jurídico acerca do caso, mas em conjunto com o laudo social ele passa a ser a principal fonte para que o juiz profira sua sentença, sendo o laudo a fonte mais confiável. Ainda é possível que o psicólogo peça, caso necessário, que seja feito tratamento psicológico ou psiquiátrico dos participantes do processo (SILVA; FEREIRA, 2013).

O laudo psicológico é um instrumento de grande importância, com o intuito de, através de diferentes tipos de avaliações, descrever com linguagem apropriada, aspectos específicos de pessoas ou grupos, dando um parecer acerca do caso ao julgador, ajudando-lhe na aplicação de melhores soluções a cada caso isoladamente.

3.1 A elaboração do laudo psicológico e como funciona

Por ser um documento com valor probatório, ao ser elaborado, o laudo psicológico deverá obedecer a normas e princípios que são regidos por CFPs e resoluções, seguindo princípios éticos e técnicos. O laudo deve conter o esclarecimento de todas as questões levantadas pelo juiz. É regulamentado pela Resolução da CFP nº 07/2003, que institui o Manual de Elaboração de Documentos com o objetivo de orientar o profissional no que diz respeito aos documentos produzidos por ele, partindo de suas avaliações. Nele é conceituado o laudo, seus critérios de utilização técnicos e éticos e é oferecido um modelo obrigatório do documento que deverá ser juntado aos autos. A não observação desses quesitos implica em punição (SILVA; ARCHIERI, 2011).

Os princípios éticos e técnicos dizem respeito aos princípios a serem observados no Código de Ética Profissional do Psicólogo e nos objetos utilizados nos procedimentos, seguindo determinações históricas, sociais, econômicas e políticas. Ao produzir os laudos, o psicólogo deve basear-se nos instrumentos técnicos, estudos e interpretações de informações a respeito da pessoa ou grupo atendidos (CFP, 2002).

Segundo a Resolução CFP Nº 07/2003, a confecção do laudo deve conter as características do autor do laudo (nome do psicólogo que realizou a avaliação psicológica, juntamente com seu número de inscrição no Conselho Regional de Psicologia-CRP, quem solicitou o laudo (nome do autor do pedido, associado a órgãos e/ ou entidades) e o assunto e a finalidade do laudo (motivo do pedido). De acordo com Trindade (2014) o laudo deve trazer detalhadamente, com clareza e objetividade aspectos como: Dados do sujeito; os motivos de consulta; breve história

do problema; as provas psicodiagnósticas realizadas; as pontuações obtidas; a interpretação e a valoração final; respostas às perguntas do Juiz, do Ministério Público e das partes (autor e réu).

De acordo com o Código de Processo Civil (2015), em seu artigo 473:

> O laudo pericial deverá conter:
>
> I - a exposição do objeto da perícia;
>
> II - a análise técnica ou científica realizada pelo perito;
>
> III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;
>
> IV - resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.
>
> § 1º No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões.
>
> § 2º É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.
>
> § 3º Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.

O laudo pericial deve descrever situações e condições as quais foram submetidas a avaliações no decorrer do processo, e tem por finalidade relatar a evolução do caso, estabelecer prognóstico, orientar e/ou solicitar proposta terapêutica e diagnósticos. Devem constar nele cinco itens relacionados à identificação, à descrição da demanda, ao procedimento, à análise e à conclusão. Sendo entregue posteriormente o resultado final em documento específico.

Não cabe ao psicólogo julgar e nem dar seu posicionamento quanto as partes, pois seu trabalho é unicamente o de transcrever o resultado de suas avaliações quanto aos prejuízos emocionais decorrentes de algum evento traumático, auxiliando o magistrado (SILVA; FERREIRA, 2013). Nesse sentido, deve então o psicólogo despir-se de preconceitos e expressar-se somente com relação ao que foi proposto pelo juiz.

Todos os testes utilizados ao longo das investigações juntamente com o laudo devem ser arquivados de maneira segura, e seus prazos de arquivamentos devem variar de acordo com as previsões legais de cada caso, mas o prazo mínimo para o arquivamento é de cinco anos (SILVA; ARCHIERI, 2011).

Ao concluir o laudo, o profissional deve tecer suas considerações a respeito das investigações realizadas nas avaliações, devendo constar no campo final indicação do local, data de emissão, assinatura do psicólogo e seu número de inscrição no CRP, rubricando as demais folhas (PRETO; FAJARDO, 2015).

É indicado que os profissionais que atuam na área, devem estar em constante aperfeiçoamento, havendo sempre ética e o cumprimento rigoroso dos princípios e sempre sob supervisão, devendo ser feito da melhor forma possível, pois estão cumprindo um mandato ético. Sempre ao responder quesitos jurídicos, traduzi-los para categorias jurídicas, conceitos e terminologias de natureza puramente psicológicas (TRINDADE, 2014).

O laudo deve, então, responder a todas as questões levantadas pelo juiz e pelas partes, e o prazo para entrega em cartório do laudo pericial é fixado pelo juiz, devendo ser entregue até 20 dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Assim, percebe-se que para a elaboração de um laudo, é necessário que os parâmetros estabelecidos sejam seguidos, de forma a padronizar as informações que o juiz receberá, podendo conhecer desde o processo de ~~que~~ elaboração até a finalização do documento. Deve seguir um padrão pois é um documento técnico que deve ser entendido pelo magistrado que não tem conhecimentos sobre Psicologia e, justamente, por isso, precisa ter seus julgamento assessorado nesse sentido.

3.2 Quem pode pedir um laudo psicológico e como funciona a execução

Para a elaboração de laudos psicológicos, os peritos são nomeados pelo juiz, podendo ocorrer impedimento ou suspeição. A atuação do psicólogo é requerida pelo Poder Judiciário, e ter por finalidade indicar a verdade ou nortear as decisões a serem tomadas pelo magistrado.

Segundo o artigo 156 do Código de Processo Civil (BRASIL, CPC, 2015), “o juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico: § 1º. Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado”.

O laudo também pode ser pedido pelo advogado, objetivando obter-se uma assistência técnica. Devendo ser entregue a quem o solicitou, e ter o intuito de esclarecer questões envolvidas ao litígio. As atribuições serão fixadas pela instituição judiciária em portarias e provimentos de cada localidade.

Segundo Trindade (2014) a decisão será sempre pelo juiz ou tribunal, pois só o juiz detém jurisdição para proferir sentença, podendo até desconsiderar as conclusões dadas pelo psicólogo, mas sempre a decisão judicial deve ser fundamentada.

O laudo psicológico vem cada vez mais sendo utilizado nas decisões, sendo apontado como indicador da verdade, não sendo dispensado a devida importância de sua confecção.

3.3 Quais os métodos de avaliação utilizados para a execução de um laudo psicológico

A Psicologia, como todas as ciências, precisa sempre utilizar-se de métodos que possam comprovar-se verdadeiros. É no processo que serão coletados dados acerca dos estudos para avaliações sobre indivíduo investigado e a maneira como ele se relaciona em sociedade. Essas informações são articuladas por meio de técnicas, estratégias e métodos psicológicos.

O uso de testes psicológicos tem por finalidade ajudar a avaliação psicológica jurídica e contribuir na confecção do laudo. Deverá ser observada a escolha dos meios que melhor serão aplicados, devendo se buscar sempre a maneira mais eficaz de aplicar estes testes de acordo com cada necessidade.

Trindade (2014) conceitua que a avaliação psicológica define-se como um processo integrado de investigações sobre o fenômeno psicológico, estruturando-se metodologicamente, ou em suas dimensões conceptuais, também através da ética e relacional, utilizada para auxiliar na tomada de decisões, utilizando-se de um conjunto de estratégias que permitem ao psicólogo colocar em prática os processos através dos testes psicológicos, que respondem por uma demanda específica e tem por finalidade medir as características ou condições do comportamento humano. Cada técnica tem sua especificidade, sendo necessário explicitá-la de maneira coerente para a comprovação de sua veracidade.

Existem autores que sistematizaram os procedimentos psicológicos, como O campo e Arzeno, que se utilizam da entrevista, e têm por objetivo uma análise específica do perfil de cada paciente, abordando aspectos presentes (diagnóstico atual) e futuros (prognósticos). Já o modelo compreensivo, desenvolvido por Trinca, é muito utilizado por psicólogos brasileiros, utiliza-se de práticas psíquicas para compreender a personalidade (ARAUJO, 2007). Os principais meios de avaliação psicológicas no âmbito jurídico são: testes psicológicos, observação e entrevista.

3.3.1 Testes psicológicos

Os testes psicológicos consistem na aplicação de testes, escolhidos de acordo com cada caso em estudo, usado na observação e registro de comportamentos e respostas da pessoa avaliada, descrevendo suas características emocionais, afetivas, inteligência, personalidade, suas motivações, percepção, atenção dentre outras, através de padrões definidos pela construção dos instrumentos e tem a função de verificar as diferenças entre pessoas ou as reações da mesma, auxiliando na compreensão do caso estudado, auxiliando na confecção de laudos e facilitando as decisões a serem tomadas (MACHADO; MORONA, 2007).

Existem ainda, segundo Araújo (2007), outros tipos de testes aplicados, estes menos estruturados, utilizados em crianças, que consiste no “jogo de rabiscos”, a

técnica de desenhar e contar estórias e a hora do jogo. Dispõe, ainda, que o "jogo de rabiscos" é uma técnica de comunicação entre o profissional e a criança, onde o psicólogo se senta junto a criança em uma mesa e vai fazendo rabiscos e pede que a criança crie algum desenho em cima do rabisco, deixando-a livre para escolher o que quer fazer, fazendo com que a criança não perceba que está sendo avaliada. Araújo (2007), argumenta que na técnica de desenhar e contar estórias, o psicólogo senta-se também a mesa junto a criança, pedindo-lhe que faça um desenho aleatório e conte uma história a respeito do desenho, dando a criança liberdade para criar livremente estórias, desenhos, devendo o profissional anotar detalhadamente tudo a respeito da estória, dos desenhos, da maneira que a criança narra os fatos.

Por fim, a hora do jogo, que consiste na observação da forma como a criança utiliza-se de brinquedos para externar de modo inconsciente desejos, medos, angústias de maneira simbólica. Nesse teste, deve-se analisar o desenvolvimento emocional da criança, suas inibições e também suas evoluções. Os testes devem seguir um padrão e serem submetidos à realidade social do país em que está sendo realizado.

3.3.2 Observação

A observação é o primeiro método de avaliação aprendido pelo profissional da psicologia, sendo essencial que haja uma capacitação por parte do profissional, para que suas afirmações sejam claras e exatas. É o ato de avaliar o comportamento da pessoa a ser avaliada através do que é exposto, de seu comportamento, suas reações ao ser estimulado, ao conversar, testando sua atenção, senso de percepção, sua memória e também a aparência, modo de se vestir, seus movimentos corporais entre outros (ARAÚJO, 2007).

3.3.3 Entrevista

A entrevista é uma conversa que tem por finalidade a avaliação, oferecendo subsídios técnicos ao profissional a avaliar, com relação a pessoa avaliada, devendo ser adequada ao perfil do examinado, para que se atinja o objetivo da avaliação. Devendo se observar, durante a coleta dos dados, o modo de comunicação estabelecida entre profissional e o cliente, levando em consideração que existem outras formas de se comunicar além da verbal, como os gestos, o olhar, as tonalidades da voz (ARAÚJO, 2007).

Após serem aplicados os testes passam por uma avaliação, devendo seguir todos os requisitos elencados no manual e guardados de maneira adequada e sigilosa.

Todas as informações colhidas devem ser correlacionadas com o histórico do indivíduo e de sua família, junto com o registro contratransferencial do profissional,

devendo-se unir todos os dados colhidos através das avaliações (testes, entrevistas, dinâmicas), exigindo muito treino e competência do profissional que realiza este trabalho (MACHADO; MORONA, 2007).

Atualmente, existem inúmeras práticas diagnósticas acerca da avaliação psicológica, utilizando-se ou não de instrumentos e técnicas diferentes para cada caso a ser analisado, elaborando laudo pericial que indica as conclusões acerca de cada avaliação realizada, para que se acompanhe, cada vez mais, as demandas psicológicas que tem surgido com o crescimento da psicologia.

4 I LAUDO PSICOLÓGICO E O DIREITO DE FAMÍLIA

Com as mudanças sofridas atualmente nas características familiares, o direito de família tem exigido cada vez mais a atuação de interprofissionais para solucionarem litígios no âmbito judicial.

Segundo Trindade (2014), historicamente as mulheres na maioria das vezes foram detentoras da guarda dos filhos, cabendo ao homem o buscar o sustento da família. Após a revolução feminista, no entanto, esses papéis foram mudando, a mulher começou a buscar outras atividades, o que levou a um aumento considerável das dissoluções de casamentos.

Com essas mudanças, e também com os novos conceitos de instituição familiar, o psicólogo tem se tornado peça cada vez mais recorrente devido à necessidade de se entender melhor esse contexto familiar e as consequências dessas mudanças. Isso porque, devido às mudanças sociais, o Direito não tem como solucionar todas as lides sem que tome emprestado de outras ciências saberes para total conhecimento acerca de determinado assunto, de forma que uso isolado das leis não é suficiente para solucionar todas as lides.

Desta forma, segundo Fiorelli; Mangini (2015), o psicólogo pode colaborar, de modo a auxiliar e dar o suporte necessário às famílias naquele momento de conflitos, respondendo a quesitos interpostos pelas partes litigantes e não fazendo de juízo de valores. O laudo proferido pelo profissional de psicologia deverá responder somente questões pertinentes ao processo, este não julga quem é ou não a pessoa ideal no litígio, nem da opinião pessoal sobre o que constatou. Para o autor, é de extrema importância a perícia psicológica, pois é ela quem norteia a dinâmica familiar de cada família e a interação entre os membros desta, com o intuito de auxiliar os magistrados nas decisões. O psicólogo atuante nas varas de família tem suas propostas de trabalho voltadas ao judiciário, não à psicologia, ou seja, ele deve trabalhar as questões jurídicas que estão sendo abordadas, sem deixar de levar em conta os aspectos emocionais, para que possa ser atingido o objetivo do trabalho interdisciplinar.

O profissional deve, segundo Maia (2015b), avaliar os aspectos psicológicos dos

envolvidos no litígio, levando em consideração os aspectos afetivo-comportamentais da dinâmica familiar, auxiliando o magistrado, de modo a aplicar uma melhor decisão atendendo às necessidades de cada sujeito envolvido no litígio, garantindo o bem-estar e os direitos da criança e adolescente.

O psicólogo atuará em audiências nas Varas de Família em questões que envolvam violência familiar, que necessite de atendimentos terapêuticos e na elaboração de laudos psicológicos, que auxiliarão o juiz nas tomadas de decisões, ao atuar como perito, respondendo a questões formuladas pelos advogados e Ministério Público. O profissional atua também na avaliação e investigação, sobre as pessoas que buscam o auxílio da justiça como meio de solucionar diversos problemas.

Dentre os problemas cuja solução pode ser buscada na justiça e deverá ter a avaliação psicológica, podemos citar: alienação parental; efeitos do divórcio sobre os filhos; escolha da guarda dos filhos; psicologia sucessória; reconhecimento de paternidade; adoção. Fiorelli Mangini (2015) conceitua que todos os casos elencados são de grande importância, considerando os fatores emocionais e outros aspectos psicológicos que afetam os envolvidos, pois são muitas as questões levadas em consideração.

4.1 Alienação parental

Trata-se do ato de induzir os filhos a terem sentimentos negativos em relação a um dos seus genitores, rejeitando aquele que não tem guarda da criança após a separação.

Segundo Fonseca (2006), a alienação parental ocorre com bastante frequência. O guardião cria barreiras no momento das visitas, ou desconstrói a imagem que o filho tem do genitor, afastando-os de uma vivência familiar. Tais ações podem desencadear na criança a síndrome da alienação parental, que são as sequelas emocionais ocorridas às vitimas.

Pode caracterizar alienação parental, ainda, a falta de informações acerca do cotidiano da criança, fazer críticas sobre presentes ou passeios feitos pelo genitor não guardião, obrigando a criança a escolher entre um dos dois genitores, lembrar fatos que fizeram com que a criança tenha se aborrecido com o genitor alienado, dentre muitas outras características, todas estas condutas são encontradas no condutor alienante, tratando-se de um comportamento abusivo.

É importante ressaltar que a falta de um tratamento adequado pode deixar na criança sequelas que poderão manter-se quando adulto, fazendo com que a rejeição que a criança sente pelo genitor alienado acabe por romper os vínculos existentes e, com o passar do tempo, esses laços sejam totalmente desfeitos. Essa prática pode trazer muitos malefícios à criança como depressão, transtornos de imagem e identidade, comportamento hostil, sentimento de isolamento, e em casos mais extremos pode levar até ao suicídio (TRINDADE, 2014).

Entende-se, então, que a parte alienante busca nesse tipo de prática, fazer com que a criança esqueça os laços criados entre ele e o genitor alienado, afastando-se cada vez mais dele, não levando em conta o mau que está causando a criança, pois seu único intuito ao alienar os filhos, é fazer com que o alienante padeça dos mesmos sentimentos de abandono aos quais o alienador passou. Para Fiorelli; Mangini (2015), a detecção e indicação da alienação parental por meio de laudo psicológico é de grande importância, já que as consequências ao alienante podem ser muito graves. O profissional de psicologia deve saber interpretar os relatos, não fazendo julgamentos pessoais. Essa análise deve ser seguida por uma análise crítica pelos operadores do direito, em tempo hábil para que os danos possam ser impedidos e/ou sanados.

Portanto, o profissional ao elaborar o laudo deverá saber diferenciar a realidade vivida pelo alienante das falsas memórias criadas, para que consiga uma melhor vivência familiar. Cita-se como exemplo a ação julgada pelo Magistrado Milton Gomes Baptista Ribeiro, no processo nº 1001956-61.2016.8.26.0038, em o juiz deu como improcedente o pedido de cessação de guarda dos filhos por parte do genitor, acusando a genitora que o mesmo respondia processo criminal. Foi comprovado pela parte contrária, com base no laudo psicológico, não ter sido encontrado nenhum indício de alienação parental ou prejuízo às crianças por parte do genitor, sendo assim, decidiu o juiz por manter a guarda para a genitora (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2017a).

4.2 Efeitos do divórcio sobre os filhos

Após a mulher deixar o estigma de dona de casa e buscar novas áreas onde pudesse atuar, o homem passou a colaborar mais com os afazeres domésticos e a criação das crianças. Desse modo, quando há o fim da união, o progenitor passou a requerer a guarda dos filhos, ou direito a um convívio maior com eles com maior frequência. É palpável a realidade de que o ex casal coloca os filhos como meios de disputa, com o intuito de atingir uns aos outros, fazendo com que eles sintam-se culpados pela separação dos pais.

Após a separação, é comum que a família se sinta perdida, e o que para os adultos é uma passagem difícil, torna-se ainda mais difícil para o entendimento de uma criança. Elas, muitas vezes, têm dificuldades para se ajustarem às mudanças, tanto econômica, quanto de mudança de residência e, não encontrando apoio na família, acabam por ter uma diminuição da capacidade parental (GONÇALVES; BRANDÃO, 2009). Trindade (2014) explana que o Juiz deverá analisar todos os fatos, incluindo a avaliação psicológica quando ela for necessária. No caso de haver discordância entre os aplicadores do direito e os profissionais da psicologia e, nesse caso, esta deverá demonstrar a melhor aplicação do exercício do direito. Essa demonstração pode ser, por exemplo, via apoio às crianças, que se depararam

com conflitos no âmbito familiar, sendo os envolvidos que mais necessitam desse tipo de assistência, pois podem adquirir problemas ocasionados pelas brigas, como ansiedade, sentimento de abandono, sentimento de impotência por não conseguir reparar os problemas enfrentados.

Desse modo, o direito tem a árdua tarefa de se utilizar dos meios possíveis, para que seja feito um trabalho buscando ser o mais correto possível, com o propósito de auxiliar as pessoas, principalmente as crianças envolvidas. Assim sendo, a atuação do profissional da Psicologia tem por intuito auxiliar na aplicação do Direito, ajudando a minimizar o sofrimento das crianças envolvidas nesses litígios, contribuindo, assim, para a solução dos conflitos.

4.3 Guarda dos filhos

Ocorrendo a separação do casal, o juiz decide-se por uma das partes a guarda dos filhos e dá ao outro o direito/ dever do convívio familiar, tendo este último direito a visitas regulamentadas.

As modalidades de guarda são definidas conforme cada situação, são elas guarda unilateral, alternada, compartilhada e institucional.

Nesse contexto, devido às brigas ocorridas entre os casais, o Judiciário interfere nesta questão, decidindo, com base nos conhecimentos da psicologia jurídica, pois ao psicólogo cabe a função de identificar o genitor ideal a constituir a guarda dos filhos e aplicando a cada caso, a guarda que melhor se adequa aquela família. Para Trindade (2014), a interação entre psicologia e direito é nortear acerca do que diz respeito a escolha da guarda dos filhos, pois tratam da matéria que busca o melhor interesse da criança e a sua proteção integral. Tenta-se, desse modo, um meio de se dividir as responsabilidades dos filhos, fazendo com que interajam uns com os outros mesmo separados.

A intenção das duas ciências ao unir-se é tornar menos degradante a separação entre a família de modo que os filhos sejam cada vez menos prejudicados neste contexto, podendo conviver com seus genitores. É o caso, por exemplo, do julgado de nº 0041269-54.2016.8.26.0100, em que o juiz Bruno Henrique Di Fiore Manuel decidiu por improcedente o pedido de guarda compartilhada feita pelo requerente, estipulando amplo convívio familiar entre ele e os filhos (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2017c).

4.4 Psicologia sucessória

Segundo Fiorelli; Mangini (2015), no direito das sucessões, o intuito do psicólogo é avaliar a capacidade de testar de uma pessoa administrar seus bens e a própria vida, fazendo uma busca pela esfera cognitiva, podendo, se necessário, a pedido do advogado, efetuar a perícia. O psicólogo questionará temas objetivos relacionados ao cotidiano da pessoa, tais como com quem o cliente vive, como é a relação deste

com sua família, se ele acredita na possibilidade d prejudicar alguém com suas decisões, ou se alguém deseja lhe prejudicar.

Já para Trindade (2014), trata-se de reações emocionais ocorridas a pessoas que perderam algum ente querido, chamada dor psíquica, assumindo uma dimensão existencial, que põe em questão o sentido da própria vida. São opiniões divergentes, onde uma atua na sucessão ainda em vida, a fim de resguardar as capacidades mentais do testador acerca de suas escolhas. Já a outra trabalha com os danos causados referentes a perca de familiares, causando transtornos aos que sobreviveram, de modo a se perder o total sentido da vida devido ao luto adquirido com esta perda.

Pode-se falar também em psicologia sucessória, em casos das empresas familiares, através de investigações psicológicas demonstrando as dificuldades, busca-se então o entendimento das complexidades enfrentadas pelas famílias (SILVA, 2012). Portanto, são ramos diferentes da psicologia sucessória, buscando auxiliar as pessoas, cada uma a seu modo, seja ao escolher o sucessor a dirigir empresa familiar, ou ao tratar a perde de entes, ou até mesmo avaliando as capacidades mentais das pessoas, v. g. processo de nº 1020321-74.2016.8.26.0003, em que a juíza Ana Paula Mendes Carneiro, que decidiu, no, a acolher parcialmente o pedido de um filho, pela interdição de sua genitora, após constatado através de laudo psicológico e médico, a existência de síndrome que incapacita a genitora de gerir seus bens, dando a filha sua curatela. Esta obtém, portanto, o direito de gerir os bens patrimoniais e negociais da genitora e ao requerido o direito de tutela da genitora (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2017b).

4.5 Reconhecimento de Paternidade

O reconhecimento de paternidade vem trazendo mudanças no âmbito jurídico, devido às mudanças sociais, e a aplicação da psicologia jurídica neste instituto é um meio de se adequar a tais mudanças para que se aplique da melhor maneira as normas.

Para Fiorelli; Mangini (2015), a ação do psicólogo é atuar em conjunto com os servidores da Vara de Família, em projetos que estimulem o reconhecimento da paternidade e maternidade responsável. É assegurado o reconhecimento psicológico, social e presencial da figura paterna, além do reconhecimento psicológico e jurídico. Dessa forma, demonstra-se que não somente o assentamento do nome do genitor no registro é necessário, mas uma assunção responsável, que é necessária para o desenvolvimento emocional da criança.

Assim sendo, a psicologia atua no reconhecimento de paternidade, demonstrando aos pais, a importância não somente do registro pelo nome, mas do afeto, da convivência, que pode ser de suma importância para o desenvolvimento dos filhos que não sejam fruto de relação matrimonial. Para Trindade (2014), o reconhecimento da paternidade socioafetiva foi um dos maiores exemplos da evolução sociológica

e a mudança da legislação contemporânea, adequou as transformações ocorridas através dos institutos familiares. A relação de pai e filho, no entanto, não condiz somente com filiação jurídica e biológica, ela acontece ao se estabelecer uma relação de afeto entre ambos. Portando, não se reconhece a paternidade somente através dos ditames da lei. Ela está muito além disso, pois só ocorre essa assunção quando se passa a vivenciá-la, v. g., processo de nº 0016770-50.2010.8.26.0606, em que o genitor pede investigação de paternidade do menor, juntamente com sua guarda após a comprovação por exame biológico. Após comprovada a paternidade, o juiz utilizou-se de laudo psicológico e social que comprovaram através do Ministério Público a procedência do pedido, dando então o juiz Alexandre Muñoz Vistos, ao requerente a guarda definitiva da criança (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2017d).

4.6 Adoção

Além do Direito e da Psicologia, a união do Serviço Social às duas ciências que este trabalho discute é de extrema relevância para a adoção, pois ela interage com o intuito de auxiliar no rompimento do vínculo familiar. Na internação de crianças e adolescentes em entidades ou programas de acolhimento familiar, deve haver avaliações destas entidades a cada seis meses, sendo o prazo máximo para a estadia das crianças ou adolescentes abandonadas no período de até dois anos (FIORELLI; MANGINI, 2015). Essas três ciências dão o suporte necessário às crianças e adolescentes que acabam por ter que conviver com o abandono.

Trindade (2014) afirma que é através da adoção que a criança tem a oportunidade de reviver vínculos afetivos familiares. Apesar de ser ainda tema visto com preconceito, a adoção é definida como um processo em que se leva uma criança a uma vivência no seio familiar por pessoas que não são seus pais biológicos, mas que são reconhecidos como tais pela lei. Ela está regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, pode ser vista como uma situação traumatizante, mas que, de certa forma, minimiza o sofrimento da criança, que pode passar a sentir-se mais amada e querida.

No processo de nº 0002778-35.2012.8.26.0191, pode-se ver um exemplo de adoção, no qual o juiz André Forato Anhê Vistos, baseado na investigação psicológica realizada nos pais, proferiu sentença favorável ao pedido de adoção de uma menor, já sob a guarda dos requerentes, após juntada aos autos laudo psicológico e social favorável a eles, dando-lhes a guarda provisória, até a concretização da sentença (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2016).

Pode-se perceber, portanto, que os laudos psicológicos são de significativa importância nas decisões dos juízes das Varas de Família, primeiramente pelo fato de os psicólogos avaliarem as questões emocionais que implicam crianças e seu crescimento sadio. Além disso, a avaliação emocional e psicológica da condição

de um e/ou outro genitor em relação às possibilidades de criação dos filhos é fundamental para que o juiz possa ter a segurança de fazer a melhor escolha para o menor pelo ponto de vista do Direito.

5 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interdisciplinaridade entre áreas científicas, em destaque o Direito e Psicologia, faz-se extremamente necessária para uma melhor compreensão da complexa estruturação social, sendo sua união imprescindível para o bom funcionamento dos assuntos referentes à Justiça.

Cada vez mais, questões voltadas para a importância de tratamentos de casos isolados e repletos de particularidades, requerem uma maior preocupação nos meios de abordagem. Nesse contexto, a Psicologia Jurídica surge como modo de buscar intensificar o estudo de cada caso como único, com o interesse em criar um ambiente em que se minimize o conflito e o desconhecimento, a desinformação para o julgamento de casos e de processos judiciais, a fim de que efetivamente solucione cada caso com da forma mais adequada.

Para tanto, a figura do psicólogo é extremamente importante no resultado da decisão do caso concreto, assim, exige-se dele atuação como observador do que ocorreu ou ocorre naquele caso que analisa, a fim de criar um panorama de entendimento do caso estudado e de isenção no seu parecer.

Na atuação com o Direito de Família, a Psicologia Jurídica utiliza-se destes instrumentos como meio de auxílio nos conflitos, sendo a utilização de laudos psicológicos é de grande importância nas decisões judiciais, pois este tem o dever de transparecer o que se apurou acerca das avaliações realizadas junto aos interessados nos litígios, não fazendo juízo de valores entre as partes, sendo importante a união das duas ciências para que se tenha noção do que acarretou tais conflitos e poder aplicar soluções adequadas de modo a prejudicar o mínimo possível os envolvidos.

Portanto, de extrema importância o papel da Psicologia no âmbito jurídico e a importância e necessidade do olhar mais apurado para uma melhor compreensão dos casos em suas particularidades e variações para o alcance da solução mais adequada ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. F. Psicologia aplicada ao Direito de Família. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2740>. Acesso em: 3 set. 2018.

ALTOE, S. **Psicologia, Microrrupturas e Subjetividades**. Rio de Janeiro: E-Papares, 2003.

ARAUJO, M. F. **Estratégias de Diagnóstico e Avaliação Psicológica**. 2007. p. 134-137. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/1938/193818620008.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

BOCK, A. M. B.; FURTADO O.; TEIXEIRA M. L. T. **Psicologia:** uma introdução ao estudo de psicologia**.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CASTRO, F. L. **História do direito geral e Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

CFP - CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução 017/2002**. Brasília, DF.: 2002. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2002/05/resolucao2002_2.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

COSTA, J. Paternidade Socioafetiva. **Revista Jurídica**, Blumenau, v. 13, nº 26, p. 127 - 140, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889/1254>. Acesso em: 29 set. 2018.

COSTA, J. B.; MOURA, S. S. L.; ESTEVAM, I. D.; FORMIGA, N.S. A prática do psicólogo no atendimento a crianças envolvidas em litígio de guarda. Juiz de Fora, **Estação Científica** (FESJF. Online), v. 01, p. 01-26, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98932000000200004&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em: 02 set. 2018.

EÇA, Antonio José. **Roteiro de Psicopatologia Forense**. 2. ed. Editora Forense: São Paulo, 2002.

FIORELLI, J. O.; MANGINI, R. C. R. **Psicologia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

FONSECA, P. M. P. C. **Síndrome de Alienação Parental**. São Paulo, 2006.

GONÇALVES, H. S.; BRANDÃO, E. P. **Psicologia Jurídica no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009.

GONÇALVES, H. S.; BRANDÃO E. P. **Psicologia Jurídica no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2011. p.15-16, 73.

MACIEL, J. F. R.; AGUIAR, R. **Historia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, A. P.; MORONA, V. C. **Manual de avaliação psicológica**. Curitiba: 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/Alunos/Downloads/165.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

MAIA, C. Y. M. **A psicologia jurídica no direito da infância e da juventude**. Cabedelo, PB.: IESP, s.n., 2015a. Disponível em: <http://www.iesp.edu.br/newsite/assets/2012/11/1.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

MAIA, C. Y. M. **A psicologia jurídica atuando junto ao direito de família**. Cabedelo, PB: IESP, s.n., 2015b. Disponível em: <http://www.iesp.edu.br/newsite/assets/2012/11/2.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

MANGINI, C. G. **Laudo psicológico e a tutela jurisdicional**. São Paulo: Jurídico Certo, 2014. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/galvesmangini/artigos/laudo-psicologico-e-a-tutela-jurisdicional-430>. Acesso em: 29 set. 2018.

MARQUES, I. A. **A influência dos laudos psicológicos nas decisões judiciais**. 2015. Disponível em: <https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/a-influencia-dos-laudos-psicologicos-nas-decisoes-judiciais © Psicologado.com>. Acesso em: 29 set. 2018.

NASCIMENTO, W. V. **Lições de história do direito revista e aumentada**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3-10, 23, 199.

NASCIMENTO, D. M.; BERNARDI, D. C. F.; BRITO, L. T. (elab.) **Referências técnicas para atuação do psicólogo em varas de família.** Brasília: 2010. Disponível em: <http://crepop.pol.org.br/wp-content/uploads/2011/01/ReferenciaAtua%C3%A7%C3%A3oVarasFamilia.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

PENNA, P. D. M. A **perícia psicológica e o direito de família**. Disponível em: <file:///C:/Users/Alunos/Downloads/A%20per%C3%ADcia%20psicol%C3%B3gica%20e%20o%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>. Acesso em: 02 set. 2017.

PRETO, C. R. S.; FAJARDO, R. S. Laudo psicológico no Brasil**:** revisão da literatura com foco em estruturação e conteúdo. 2015. ***Archive of health investigation***. Disponível em: <http://archhealthinvestigation.com.br/ArcHI/article/view/888/1177>. Acesso em: 29 set. 2018.

RIGONATTI, S. P.(Coord.). Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica. São Paulo: Vetor Editora, 2003.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 24. ed. São Paulo: Cortez, 2016.

SILVA, A. M.; **Valores familiares e Processo Sucessório na Perspectiva Psicológica:** o caso de uma empresa familiar gaúcha do setor de plásticos. 2012. 92f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Ijuí. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1895/Alan%20Murilo%20da%20Silva.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 set. 2018.

SILVA, D. M. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, F. H. V. C.; ALCHIERI J. C. **Laudo Psicológico:** Operacionalização e Avaliação dos Indicadores de Qualidade. 2011. p. 521.

SILVA, L. R. N.; FERREIRA S. N. **A Influência do Laudo Psicológico nas Disputas de Guarda**. 2013. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-influencia-do-laudo-psicologico-nas-disputas-de-guarda/110526/>. Acesso em: 29 set. 2018.

SOBRAL, M. A. **Os efeitos do reconhecimento da paternidade sócio-afetiva**. Boletim Jurídico, 2010. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/m/texto.asp?id=2146&gt>. Acesso em: 29 set. 2018.

TARTARI, L. **Psicologia Jurídica:** Suas Interligações com o Direito e Algumas Especificidades. Psicologado artigos, 2011. Disponível em: <https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/a-psicologia-juridica-suas-interligacoes-com-o-direito-e-algumas-especificidades>. Acesso em: 29 set. 2018.

TELES, M. L. S. **O que é Psicologia:** Primeiros Passos. Brasília: São Paulo: Editora Brasiliense, 2017. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=9mgvDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=o+que+%C3%A9+psicologia&ots=rTKI_xISRt&sig=sR9Wk8H9JczfOlzMwFzvyrVxtyk#v=onepage&q=o%20que%20%C3%A9%20psicologia&f=false>. Acesso em: 29 set. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Procedimento comum. Requerente: Talita Daniela Rodrigues dos Santos. Requerido: Bruno da Silva Rodrigues. Magistrado: Juiz Milton Gomes Baptista Ribeiro. Araras, 31 de agosto de 2017. **Lex**: jurisprudência do TJ, São Paulo, 2017a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____.. Procedimento Comum. Requerente: José Carlos de Oliveira Santana. Requerida: Edelzuita

Cunha de Santana. Magistrado: Juiza Ana Paula Mendes Carneiro. Jabaquara, 15 de setembro de 2017. **Lex**: jurisprudência do TJ de São Paulo, São Paulo, 2017b. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. Cumprimento Provisório de Decisão. Guarda. Requerente: José Renato Franco Pereira. Requerida: Sandra Valéria Pereira. Magistrado: Juiz Bruno Henrique D Fiore Manuel. Tietê, 05 se setembro de 2017. Lex: jurisprudência do TJ de São Paulo, São Paulo, 2017c. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____.. Adoção. Adoção de Criança. Requerentes: Jeane Maria Santos Lopes e outro. Magistrado: Juiz André Forato Anhê Vistos. Ferraz de Vasconcelos, 9 de março de 2016. **Lex:** jurisprudência do TJ de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. Procedimento Comum. Investigação de Paternidade. Requerente: Wellington Junior de Sousa. Requerido: Wellington de Oliveira Sousa Filho. Magistrado: Juiz Alexandre Muñoz Vistos. Suzano, 26 de janeiro de 2017. **Lex**: jurisprudência do TJ de São Paulo, São Paulo, 2017d. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 29 set. 2018.

TODOROV, J. C. A Psicologia como o estudo de interações. **Psic.: Teor. e Pesq.**, Brasília, v. 23, n. spe, p. 57-61, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722007000500011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 set. 2018.

TRINDADE, J. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 30-32, 327.

VILELA, A. M. J.; FERREIRA A. A. L.; PORTUGAL F. **História da psicologia**. Rio de Janeiro: Nau, 2005. p. 9, 13-15, 159.

VIANA, I. **Psicologia Jurídica**. Psicologado artigos, 2008. Disponível em: <https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/psicologia-juridica©Psicologado.com>. Acesso em: 29 set. 2018.

CAPÍTULO 7

ANÁLISE DO CARÁTER COERCITIVO DA PRISÃO CIVIL POR DIVIDA ALIMENTAR A PARTIR DOS ATENDIMENTOS DO NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS E ENTREVISTAS COM OS PRESOS DO CENTRO PROVISÓRIO DETENÇÃO DE VIANA

Aline Carolina Motizuky Bonadeu
Acadêmica do Curso de Direito, formada no curso de Serviço Social pela faculdade Luterana de Ji Paraná-ULBRA.

RESUMO: A presente pesquisa científica visa analisar o caráter coercitivo da prisão civil por dívida alimentar a partir de processos judicializado derivados dos atendimentos do Núcleo de Práticas Jurídicas da faculdade Estácio de Sá e entrevistas com os presos do Centro de Detenção Provisória de Viana. O trabalho justifica-se, pois ofertará ao grupo acadêmico elementos contundentes sobre quem são as pessoas abarcadas no processo, fazendo com que fiquem mais claro os motivos da inadimplência e as possibilidades de ações preventivas. Para isto, duas foram às metodologias propostas, porém ambas de cunho empírico e exploratório. Primeiramente, se delimitou a pesquisa aos processos judicializados pelo Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Estácio de Vitória-ES, onde foi possível verificar que o pedido de prisão coagiu os devedores a adimplir suas obrigações alimentícias. A segunda etapa, por sua vez, fora desenvolvida e realizada por meio de entrevistas com presos que se encontravam no Centro de Detenção Provisória do Município de Viana-ES, que foram encarcerados por motivos, peculiares e específicos aos seus casos concretos. Circunstâncias estas, que serão posteriormente aduzidas.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos definitivos; Execução de Alimentos; Cumprimento de Sentença; Prisão civil, Núcleo de Prática Jurídica.

1 I INTRODUÇÃO

A prisão civil de alimentos é a única medida restritiva de liberdade consentida no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito civil. Não se trata de uma punição, mas de um meio coercitivo empregado pelo magistrado para constranger o devedor de alimentos a cumprir com a obrigação alimentícia.

Observou-se no transcorrer dos atendimentos do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Estácio de Vitória-ES (NPJ), a grande demanda relacionada ao direito alimentar. Situação esta, que hodiernamente se repete em escritórios particulares, Defensorias Públicas e outros núcleos, haja vista o aumento do inadimplemento e a busca constante de "clientes" que visam à regularização pelo meio da execução e até mesmo do pedido direto de prisão.

A análise científica em questão tem

o propósito de analisar as ações de cumprimento de sentença e a execução de alimentos ambos com pedido de prisão civil do devedor inadimplente, objetivando, verificar se as ações proposta requerendo a prisão constrangeram os executados a realizar o pagamento das quantias vencidas e as vincendas.

Para isto, duas foram às metodologias propostas, tendo ambas o cunho empírico e exploratório. Primeiramente, delimitou-se a pesquisa aos processos judicializados pelo NPJ da Faculdade Estácio de Vitória-ES, no ano de 2017. Em tal fase, fora estudado os dados quantitativos sobre o perfil dos consulentes, a ação de alimentos e a sua eficácia quanto ao pagamento inadimplido. Em uma segunda etapa, fora analisada, foram concretizadas as entrevistas com 28 (vinte e oito) presos que estava no Centro Provisório do Município de Viana-ES (CPDV2), onde o desígnio consistiu em apurar, além do perfil dos presos, o período de duração da restrição de liberdade, a reincidência, os motivos do inadimplemento. A primeira etapa fora efetivada com a análise documental dos processos. Já a segunda, observou-se a análise do conteúdo do discurso dos entrevistados, avaliando as falas recorrentes e contrapostas.

O trabalho justifica-se, pois ofertará a comunidade acadêmica informações contundentes sobre quem são as pessoas envolvidas no processo, fazendo com que fique mais claro os ensejos do inadimplemento e as possibilidades de ações preventivas quando da não possibilidade do adimplemento alimentar

Com o alvo de buscar um referencial teórico, a pesquisa principiou conceituando e trazendo uma visão panorâmica no âmbito constitucional, processual e civil dos alimentos. Bem como, buscou-se classificá-lo quanto a sua origem, momento procedimental e concessão. Além disso, preocupou-se em identificar os legitimados a cumprir com a obrigação alimentar do cumprimento de sentença/execução, bem ainda em reconhecer a exigibilidade de prestar alimentos. E por fim, mostraram-se os procedimentos da revisão dos alimentos, conjuntamente com a identificação do caráter da prisão civil de alimentos.

Ante o exposto, percebe-se que os processos averiguados no Núcleo de Práticas Jurídicas da Estácio do município de Vitória, alusivo ao cumprimento de sentença e a execução de alimentos, ambos com pedido de prisão civil coagiu o devedor a cumprir com a obrigação alimentícia quando o credor, ora alimentado e devedor, ora alimentante, possuem acesso à justiça, orientações jurídicas.

Dos casos analisados no CDPV, constatou-se que a maioria não obteve defesa técnica de advogados e desconhecia a existência de atendimento jurídicos disponíveis nas faculdades de direito.

2 I OLHAR AMPLO SOBRE O DIREITO DE ALIMENTOS

O direito aos alimentos inseriu-se na Constituição Federal de 1988, como direito social, por meio da Emenda Constitucional nº 64/10 que, por consequência, conferiu

ao artigo 6º da Carta Magna[1] uma nova redação.

Por este ângulo, observa-se que o direito desde sua gênese buscou garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que os alimentos têm o escopo proporcionar ao alimentado uma existência digna conforme os parâmetros razoáveis estabelecidos pela sociedade e tabulados pela lei.

Nesse diapasão, o direito que sempre se buscou em garantir é o advindo do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Farias[2].

> [...] os alimentos tendem a proporcionar uma vida de acordo com a dignidade de quem recebe (alimentando) e de quem os presta (alimentante), segundo os autores, o princípio da dignidade humana é a pedra de toque da fixação dos alimentos, cabendo à família, essa garantia, posto que, a família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

É possível depreender do acima citado, que de fato a família tem a obrigação de zelo de uns para com os outros com base no principio da reciprocidade. Entretanto, deve-se ressaltar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana irradia para ambos os polos, tendo em vista que para o alimentante, deve-se ser arbitrado um percentual razoável e proporcional aos seus rendimentos, ou seja, sem prejuízo de seu próprio sustento e na medida de suas possibilidades financeiras. Isto é, trata-se de uma via de mão dupla, para que ele possa propiciar uma vida virtuosa, se faz mister dá-lo condições dignas para a satisfação de seu encargo alimentar.

É exatamente neste sentido que a Colenda Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo tem julgado. Vejamos a ementa do acórdão[3], julgado dia 27/03/2018 no referido Tribunal:

> ACÓRDÃO EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. POSSIBILIDADE. BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A obrigação de prestar alimentos está prevista no art. 1.694 e art. 1.695, do CC, sob a tônica dos princípios da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º, III, da CF/88, e o da solidariedade social e familiar, previsto no art. 3º, I, da CF/88. 2. Com base no atendimento do binômio necessidade-possibilidade, devem os alimentos provisórios ser fixados em 03 (três) salários mínimos mensais, pois a verba garante as despesas básicas do Agravante e não compromete o sustento do Agravado. 3. Recurso parcialmente provido.

Nesta esteira, o doutrinador Gonçalves[4] aduz:

---

1. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
2. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito de Família. 3. Ed. Ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 698 e 699.
3. TJ/ES-Tribunal de Justiça do Estado do Espirito Santo. Agravo de Instrumento, 48179003644, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 27/03/2018, Data da Publicação no Diário: 06/04/2018.
4. GONÇALVES, Carlos Roberto. volume 6: direito de família- de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11.Ed.- São Paulo: Saraiva, 2014, p. 514

> A obrigação de prestar alimentos é condicional, pois a sua eficácia está subordinada a uma condição resolutiva. Somente subsiste tal encargo enquanto perduram os pressupostos objetivos de sua existência, representados pelo binômio necessidade-possibilidade, extinguindo-se no momento em que qualquer deles desaparece.

Ocorre que os Tribunais do Estado da Bahia[5], Minas Gerais[6] e Amazonas[7] tem seguido a vertente trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade.

Desta forma, nota-se a dada essencialidade de estarem presentes os pressupostos de sustentação da obrigação de alimentos, quais sejam, necessidade-possibilidade-proporcionalidade. Logo, o Juízo ao avaliar o fato, deverá se atentar ao preenchimento de tais requisitos.

Segundo dispõe o § 1° do art. 1694 do Código Civil[8], "os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada".

Ressalta-se que o termo alimentos, não se trata apenas no sentido literal da palavra.

> Vale ressaltar que incluem nos alimentos tanto as despesas ordinárias, como gastos com alimentação, habitação, assistência médica, vestuário, educação, cultura, lazer, quanto às despesas extraordinárias, por exemplo, gastos em farmácias, vestuários, escolar, provisão de livro educativos[9].

Isto é, a expressão alimentos transpassa o sentido literal da palavra, pois ela abrange muitos mais que os alimentos em si. Na realidade, a finalidade desse direito é de garantir e preservar a dignidade da pessoa humana, princípio esse previsto no artigo 1º inciso III, e artigo 230 da Lex Mater[10].

3 I CLASSIFICAÇÕES DOS ALIMENTOS

A palavra alimentos pode ser conceituada na visão de Farias [...] "como tudo o que se afigura necessário para a manutenção de uma pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores necessários para uma vida digna".[11] Tal instituto, possui base legal arrimada no ordenamento jurídico nos seguintes dispositivos: Na Constituição Federal[12], encontra-se disposto no artigo 6º, - Dos Direitos Sociais, no Código Civil, capítulo VI, no Título III- Dos Alimentos, artigos 1694 a 1710. No Código de

5. TJ-BA - AI: 00078847520178050000, Relator: José Edivaldo Rocha Rotondano, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 10/10/2017.

6. TJ-MG 10231081145618001 1 MG 1.0231.08.114561-8/001(1), Relator: MARIA ELZA, Data de Julgamento: 24/09/2009, Data de Publicação: 08/10/2009.

7. TJ-AM 40021625320168040000 AM 4002162-53.2016.8.04.0000, Relator: Lafayette Carneiro Vieira Júnior, Data de Julgamento: 26/11/2017, Primeira Câmara Cível.

8. BRASIL, Código Civil (2002). Vade Mecum Civil e Empresarial, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Armador, 2017.

9. GOMES, Orlando. Direito de Família, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 427.

10. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

11. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito de Família. 3. Ed. Ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.706.

12. BRASIL. Constituição, Op. Cit.

Processo Civil, Artigos 528 a 533- Cumprimento de Sentença, art. 833, - Do Objeto da Penhora, art. 911 a 913- Da Execução de Alimentos, Súmulas 1, 39, 358 do Superior Tribunal de Justiça, Súmulas 226 e 379 do Supremo Tribunal de Justiça, Lei especial 5.478/68 (dispõe sobre ação de alimentos), Lei 6515/1977 art. 19 a 23 e 28 (dissolução da sociedade conjugal e do casamento), Lei 8560/92 art. 7 º (investigação de paternidade), Lei 8.971/94 (dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão), Lei 9278/96 artigos 2º e 7º (dispõe sobre união estável), Lei 10.741/2003, artigo 11 a 14 (Estatuto do idoso), Lei 11.804/08 (dispõe sobre alimentos gravídicos).

3.1 Quanto à Origem

Sua classificação pode ser definida como legítimos, voluntários ou ressarcitório. "É a própria Constituição Federal que se determina ser a relação de parentesco uma das razões de existência da obrigação alimentícia no artigo 227[13] da CF 1988"[14] . De acordo com Farias[15], os alimentos serão legítimos quando houver uma relação familiar entre as partes envolvidas, voluntários quando a parte por livre e espontânea vontade decidir prestar por liberalidade e ressarcitório quando advir de uma responsabilidade civil de caráter alimentar.

Como se pôde observar, o instituto dos alimentos se subdivide em algumas modalidades que serão empregadas conforme a peculiaridade do caso. Em face disso, percebe-se que a classificação de alimentos não é homogênea.

Ressalta-se que esse trabalho, centraliza seu objetivo somente na obrigação de alimentos legais ou legítimos, posto que somente nesses casos específicos, pode haver a prisão civil do devedor.

A prisão civil, permitida na Constituição Art.5°, LXVII[16], somente pode ser decretada no caso de alimentos previstos nos Artigos 1566, III e 1694 do Código Civil[17], que constituem relação de direito de família, não sendo possível sua aplicabilidade nos casos de alimentos cujas características advém da responsabilidade civil.

3.2 Da Revisão dos Alimentos

Segundo Diniz [...] "O valor da pensão alimentícia pode sofrer variações quantitativas e qualitativas, uma vez que é fixado após a verificação das necessidades do alimentando e das condições financeiras do alimentante[18]", a porcentagem de desconto é efetivado em consonância com o equilíbrio das condições do alimentante e as necessidades do alimentando. [...] "os alimentos podem ser alterados caso as

13. BRASIL. Constituição, Op. Cit.

14. ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª edição. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015 p.509

15. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito de Família**. 3. Ed. Ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

16. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

17. BRASIL, Código Civil (2002). **Vade Mecum Civil e Empresarial**, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Armador, 2017.

18. DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, 15 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1229

condições financeiras do alimentante ou do alimentado se modifiquem como o tempo, dado ensejo á possibilidade de revisão da prestação da prestação alimentícia"[19]. Todavia essa modificação deve ocorrer através da propositura de ação exoneração, uma vez que, não pode ocorre automaticamente, por liberalidade do devedor.

É cediço demonstrar, que a exoneração da obrigação alimentícia não pode transcorrer de forma inconsciente e voluntária por liberalidade do devedor. De acordo com a "Súmula 358 STJ[20]; O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos".

Sendo assim, dispõe a propósito o art. 1.699[21] do Código Civil combinado com o artigo 15 da lei 5478/68 e artigo 505, I do CPC: "Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo", uma vez que a decisão judicial de alimentos não transita em julgado e podem ser revista a qualquer momento.

As possibilidades de mutabilidade dos alimentos estão relacionadas às intempéries da vida, uma vez que o alimentante não pode ser obrigado a suprir além do estabelecido por lei, caso não tenha condições financeiras de honrar com o acordado ou sentenciado.

Segundo Dias[22],

> A pensão deve ser fixada de forma proporcional aos rendimentos do alimentante, igualando-o como "sócio do pai", pois tem ele direito de manter o mesmo padrão de vida ostentado pelo genitor, uma vez que o princípio da proporcionalidade deve ser observado ao caso concreto.

Neste sentido tem julgado a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espirito Santo:

> **AGRAVO DE INSTRUMENTO ALIMENTOS POSSIBILIDADE *VERSUS* NECESSIDADE - NEGAR PROVIMENTO.** Nas lições de Yussef Said Cahali: "Alimentos são, pois as prestações devidas, feitas para aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional). (...) Ainda no plano jurídico, tanto em lei como na doutrina, tem-se atribuído à palavra "alimentos" uma acepção plúrima, para nela compreender não apenas a obrigação de prestá-los, como também os componentes da obrigação a ser prestada" (CAHALI. Yussef Said. Dos Alimentos. 2006. p. 16). Para se determinar a obrigação de prestar alimentos, há que se cotejar as condições tanto do alimentante quanto do alimentado, impõe-se, em situações tais quais a dos autos, levar em conta o binômio necessidade versus possibilidade na fixação do valor dos alimentos, conforme entendimento consolidado da doutrina e da jurisprudência, bem como em determinação prevista no artigo 1.695 do Código Civil: "São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença. E aquele

19. ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª edição. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015 p.510
20. BRASIL. Superior Tribunal. Súmula nº 358. Disponível em: http://www.stj.jus.br.
21. BRASIL, Código Civil (2002). Vade Mecum Civil e Empresarial, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Armador, 2017.
22. DIAS, Maria Berenice. Revista IBDFAM: FAMILIAS E SUCESSÕES, Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. Bimestral.

> , de quem se reclamam, pode fornecê-los, se, desfalque do necessário ao seu sustento." Conhecer e negar provimento, mantendo a decisão que majorou os alimentos provisórios para o percentual de 30% (trinta por cento) dos rendimentos do Alimentante. [23]

Isto posto, observa-se que a jurisprudência tem alcançado o entendimento que a obrigação de prestar alimentos, podem variar em detrimento de diversas circunstâncias, permitindo a lei que o interessado requeira tanto a majoração, revisão ou exoneração, através do peticionamento judicial ou acordo extrajudicial.

4 I OS LEGITIMADOS A CUMPRIR COM A OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS

A obrigação de prestar alimentos é um dever familiar recíproco, uma vez que se trata de uma imposição legal arrimado no principio da reciprocidade/solidariedade, de acordo com Gonçalves[24]e Dias[25], a obrigação recai em face dos mais próximos em grau de parentesco. O direito aos alimentos é um dever recíproco entre ascendente, descendente e cônjuge, podendo requerer quando dele necessitar posto que a reciprocidade tem seu arrimo no dever de solidariedade.

A obrigação de prestar alimentos, poderá se dar de dois jeitos, por ajuste entre as partes ou por intermédio de pronunciamento judicial, sendo pela prestação periódica em pecúnia ou mediante recebimentos de suprimento, sendo fornecidos hospedagem e sustento diariamente.

4.1 Do cumprimento de sentença nas ações de alimentos

O cumprimento de sentença é uma fase processual pela qual a(s) parte(s) executam uma sentença judicial proferida por um juiz, buscando a satisfação do direito reconhecido no mesmo processo que houve a sentença, não sendo necessária a execução em processo autônomo, "Essa distinção reside no fato de que as execuções judiciais, os quais o Código nomina de cumprimento de sentença, são realizadas em processos sincréticos, que tem uma fase cognitiva e outra executiva, ou seja, uma só relação processual com dupla função jurisdicional[26]".

O credor poderá buscar a satisfação do direito através de duas formas:

> Se o título executivo for judicial, a forma de cobrá-lo será através do cumprimento de sentença pelo rito da prisão civil ou através do cumprimento de sentença pelo rito da expropriação (528 e 831 CPC). No caso da impossibilidade de obtenção da satisfação do direito declarado em sentença, a execução poderá ser realizada por quantia certa observando o disposto nos artigos 831 do CPC[27], uma vez que essa modalidade de execução possui caráter expropriatório, cujo objetivo e

23. TJ/ES, Tribunal de Justiça do Estado do Espirito Santo, Agravo de Instrumento, Processo: 0000762-74.2017.8.08.0049. Relator. Desembargado José Paulo Nogueira da Gama, 2ª Câmara Civil, Julgamento: 07/11/2017.
24. GONÇALVES, Carlos Roberto. Volume 6: **direito de família- de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. 11. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2014.
25. DIAS, Maria Berenice. **Revista IBDFAM: FAMILIAS E SUCESSÕES**, Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. Bimestral.
26. ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 5ª edição. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. P. P. 90
27. BRASIL, Lei 13.105, Op. cit

satisfazer o direito a alimentação que o alimentado possui[28].

O cumprimento de sentença que conhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos está previsto no artigo 528 a 533 do Código de Processo Civil[29] (CPC). Ao iniciar a fase de cumprimento de sentença, o devedor será intimado pessoalmente para que no prazo de 03 (três) dias pague, prove que já pagou ou justifique a impossibilidade absoluta de efetuar o pagamento, sob pena de prisão civil pelo prazo de 01(um) a 03 (três) meses, conforme dispõe do artigo 528 § 3°[30] do CPC. Segundo Dias:

> O executado é citado pelo correio, pessoalmente para, no prazo de três dias: pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo (CPC 528). O prazo é contado da data da juntada do AR (CPC 231 I) ou do mandado de citação, quando a citação ocorrer por oficial de justiça (CPC 231 II). Caso a citação ocorra por precatória, o prazo tem início quando informado o juiz deprecante de seu cumprimento (CPC 232) [...] A expressão ***"pessoalmente"*** constante do artigo 828 (sic. 528) do CPC significa tão só que não pode ser feita na pessoa do advogado, mediante publicação no Diário da Justiça, como é autorizado nas demais hipóteses de cumprimento da sentença (CPC 513 § 2º I). Mesmo quando representado pela Defensoria Pública a intimação é feita pessoalmente com aviso de recebimento (CPC 513 § 2º II). Ou seja, a intimação postal é intimação pessoal [31].

Desse modo, a intimação não pode ser feita em nome de advogado ou do seu procurador, deve que ser concretizada em nome do devedor. Após devidamente intimado e/ou citado, caso o devedor, pague ou prove que pagou o valor cobrado, o processo será extinto. Caso o devedor não venha pagar ou venha justificar as razões do inadimplemento, o juiz decretará a prisão civil do devedor pelo prazo de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias, conforme dispõe o Art. 528, §3º[32] cominado com Art. 911, § único ambos do Código de Processo Civil. No entanto, insta frisar que "a justificativa para livrar-se da prisão tem que ser absoluta: que se encontre em situação tal que esteja sem auferir renda por fato que não tenha dado causa. Não serve alegação de desemprego" [33]. Os motivos que impediram o inadimplemento tem que possuir base sólida e o devedor não deve ser o causador do fato, mas vítima do fato. Apresentada a justificativa e não aceita, o juiz decretará a prisão. O devedor "só livra da cadeia mediante quitação integral do débito: as parcelas executadas e todas as que se venceram até a data do efetivo pagamento[34]", pois a finalidade da medida aplicada,

---

28. CHAVES, Mariana. Coleção Repercussões do Novo CPC - Famílias e Sucessões, In: "**Algumas notas sobre a execução de alimentos no novo CPC**", (org. Fredie Didier), Salvador: Juspodium, 2016, 752p.
29. BRASIL, Código Civil (2002). **Vade Mecum Civil e Empresarial**, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Armador, 2017.
30. BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2016. **Código de Processo**, Brasília, DF, 15 de março de 2015.
31. DIAS, Maria Berenice. A cobrança dos alimentos no novo CPC. Artigo Publicado em 05.04.2016, disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia-33729-cobranca-dos-alimentos-no-novo-cpc, pesquisa realizada dia 11.05.2018.
32. BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2016.Op. cit
33. DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 10.ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p.633.
34. DIAS, 2015. Op. Cit. p.634.

tem cunho coercitivo. Conforme quadro ilustrativo de Rosa[35] em anexo (doc. N.30).

Exposto a justificativa e acolhida pelo julgador, “o devedor não tem condições de proceder ao pagamento, tal não enseja a extinção do processo executório. Ainda que se livre da prisão, a dívida não desaparece e a execução deve prosseguir pelo rito da expropriação” [36]. Uma vez aceita a justificativa, não significa que o devedor obteve o perdão da dívida, mas, que, teve a medida coercitiva foi afastada naquele momento.

5 I DA EXECUÇÃO DE TITULO EXTRAJUDICIAL

Os títulos executivos extrajudiciais previstos no CPC possuem forma procedimental distinta do cumprimento de sentença, pois, é necessária ajuizamento de ação autônoma, com instauração de um processo autônomo, iniciando-se com petição inicial devidamente fundamentada e com os requisitos próprios, a qual é protocolizada perante juízo competente, que fará a citação do devedor-executado para pagar, provar que pagou ou justificar no prazo de 03 (três) dias.

Para Abelha[37]:

> Tratando-se de processo de execução, este se inicia por petição inicial devidamente fundamentada com a memória descritiva dos cálculos, e o devedor será citado para, em três dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o realizou ou justificar a sua impossibilidade de fazê-lo. Tudo que foi explicado para o cumprimento de sentença vale também para os processos de execução, exceto a regra do protesto que é exclusiva para os títulos judiciais.

Inobservado o adimplemento tempestivamente no prazo de 03 (três) dias, a execução do titulo extrajudicial seguirá os mesmos preceitos do cumprimento de sentença, no qual o alimentante poderá ser preso pelo prazo máximo de 90 (noventa dias), pela dívida alimentar de até 03(três) parcelas inadimplidas ou a execução poderá ser prosseguida pelo rito da expropriação, sendo exatamente o que dispõe o artigo 911 parágrafo único do CPC.

6 I CARÁTER DA PRISÃO CIVIL DE ALIMENTOS

É cediço em direito que a prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro vem sendo aplicada ao logo do tempo no país desde o Código Comercial de 1850. O jurista, magistrado e ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes faz um breve resumo sobre essa matéria.

Vejamos:

---

35. ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de família Contemporâneo** , 3º edição, 2017.p. 493.
36. DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias, 10.ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 .p.634.
37. ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª edição. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

> Por longo tempo, a prisão de caráter civil foi admitida no Brasil, constando sua previsão em dispositivo do Código Comercial de 1850 (art.1287). A constituição do Império, de 1824, assim como constituição de 1891, nada disseram a respeito da matéria. A proibição constitucional veio com a carta de 1934, que, em seu art. 113, n.30, dispunha que ' não haverá prisão civil por dívidas, multas ou custas'. A Constituição de 1934 não tratou do tema, que teve sua disciplina constitucional com a Constituição de 1946, a qual ressaltou os casos do depositário infiel- como já previa o Código Civil de 1916 (art.1287)- e o inadimplemento da obrigação alimentar (art.141S 32) O mesmo tratamento foi dado pela Constituição de 1967 (art. 153, s17) e pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969 (art.156 s17), que repetiram, com pequenas modificações, a carta de 1946 [...] A Constituição de 1988 repete praticamente o mesmo texto[...] Atualmente, a proibição da prisão civil é um principio adotado em todos os países cujos sistemas constitucionais são construídos em torno do valor da dignidade da pessoa humana[38].

Diante desta contextualização trazida pelo Ministro, observa-se que a prisão civil por dívidas de alimentos detém fundamento na Carta Magna de 1988, especificamente no artigo 5º, inciso LXVII[39] e no Pacto de San José da Costa Rica, onde se encontra disposto à legitimidade da prisão nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar.

> De acordo com o art. 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (o chamado Pacto de San José da Costa Rica), e de acordo como artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, só é permitida a prisão civil do alimentante[40].

Sendo assim, a única prisão civil, permitida no ordenamento jurídico brasileiro é a prisão civil de alimentos. Matéria essa, inclusive, sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, que se caracteriza pela coercibilidade, uma vez que tem o condão de forçar o devedor a cumprir a obrigação alimentar. Logo, apesar da lei defini-la como uma pena, a mesma se trata apenas de uma medida coercitiva para repreender um ilícito civil. A prisão civil por alimentos não tem caráter punitivo. "Não constitui propriamente pena, mas meio de coerção, expediente destinado a forçar o devedor a cumprir a obrigação alimenta[41]". Por essa razão, será imediatamente revogada se o débito for pago. É exatamente isso que dispõe o artigo 528 § 6° do Código de Processo Civil.

Pois segundo Abelha, a finalidade da medida aplicada pelo juiz, não tem finalidade punitiva, apenas caráter coercitivo.

> Os meios coercitivos são aqueles que não prescindem da vontade do executado, pois atuam diretamente sobre ela, com função coercitiva de pressão psicológica, como se fosse um estimulante positivo no cumprimento da obrigação inadimplida [...] tais medidas coercitivas devem ser direcionadas contra o executado, fazendo com que este raciocine no sentido de compreender que seria mais vantajoso cumprir e satisfazer exequendo do que assumir a medida coercitiva que lhe foi imposta[42].

---

38. MENDES, Gilmar Ferreria. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 7ª edição revista atualizada, São Paulo: Saraiva 2012, p. 797.
39. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
40. CASTILHO, Ricardo. Direito Humanos, São Paulo: Saraiva, 2011.p. 82.
41. GONÇALVES, Carlos Roberto, Volume 6: Direito de Familia, 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 479
42. ABELHA, Op. Cit. p. 73.

O desígnio da prisão civil é de constranger o devedor de alimentos a cumprir com o dever de pagar. Logo, a prisão só será decretada, como foi dito, se o devedor, embora solvente, procurar frustrar a prestação, e não quando se achar impossibilitado de pagá-la.

Nesse mesmo sentindo, a ilustre Ministra Nancy Andrigh[43] afirma:

> A prisão civil por alimentos não é punição pelo inadimplemento, mas técnica coercitiva de natureza excepcional e que deve ser utilizada quando se revelar o meio mais apropriado para vencer a renitência do devedor.(grifo nosso) Logo se percebe que a prisão civil por débito alimentar não se relaciona com a busca pela punição do devedor em virtude de seu inadimplemento, mas, ao revés, é uma técnica coercitiva que tem por finalidade única compelir o devedor a pagar, periodicamente, o quanto deve ao alimentado, sempre com o intuito de provê-lo com o que há de melhor, observadas, evidentemente, as suas reais necessidades e as possibilidades do próprio devedor, tendo em mira essas premissas, verifica-se que, na hipótese em exame, é induvidoso que ainda há um débito pendente do paciente para com o credor dos alimentos, cujo período e valor exato deverão ser apurados pelo juízo da execução de alimentos(grifo nosso) .

A prisão civil por alimentos não é punição pelo inadimplemento, mas técnica coercitiva de natureza excepcional que possui seu arrimo na assistência familiar. Todavia, caso haja verificação de conduta procrastinatórias do executado, o juiz deverá dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática de crime de abandono material, é o que dispõe o artigo 532 do CPC[44]. Esse é o entendimento do Ministro Gilmar Mendes:

> A restrição da liberdade individual, como medida extrema e excepcional, justifica-se diante da importância do bem jurídico tutelado, a assistência familiar, que também recebe proteção por meio de normas penais. O art. 244 do Código Penal define o crime de abandono material[45].

De acordo com o art. 244 do Código Penal[46], o alimentante (a) que deixar de prover subsistência do filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou deixar de pagar a pensão alimentícia judicialmente acordado sem justa causa, comete o crime de abandono material, com Pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Esse assunto é de tamanha relevância, conforme Abelha[47] afirma:

> O dever de prestar alimentos àquele que os necessita foi tratado como a devida importância pelo NCPC, que não pretende admitir aquelas tantas situações em que o sujeito não apresenta bens, não faz o pagamento da parcela mensal, mas ao mesmo tempo continua a ter, ostentar e até usufruir uma vida que não condiz com tal atitude. Para tanto, além dos meios normais e típicos de se obter a satisfação do crédito alimentar, agora o NCPC inovou ao prever no art. 532 que, verificada a postura procrastinatória do executado, o magistrado deverá, se

43. STJ- Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus, HC 401.887 / SC, 3ª Turma, relator. Min. NANCY ANDRIGHI., Número Registro: 2017/0128323-9. Julgado em: 26/09/2017.

44. BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2016. Código de Processo, Brasília, DF, 15 de março de 2015.

45. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 7ª edição revista atualizada, São Paulo: Saraiva 2012, p. 799.

46. BRASIL. Decreto Lei n. 2848 de 7 de dezembro de 1940, Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119º da Independência e 52º da República.

47. ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª edição. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 520.

> for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do delito de abandono material.

Essa medida prevista no artigo 532 do CPC foi inovada na intenção de forçar os executados a cumprirem com a obrigação alimentar, pois além de responder civilmente, existe a possibilidade de responder criminalmente, caso constate a conduta procrastinatória do devedor.

6.1 O Débito que Autoriza a Prisão Civil

O débito alimentar que autoriza a prisão civil do devedor de alimentos, quando ele não paga ou quando a justificativa não é aceita, compreende até as três prestações antecedentes ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Matéria essa, tabulada pelo Superior Tribunal de Justiça na súmula número 309[48]: "Se o executado não paga ou se a justificativa não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 01 (um) a 03 (três) meses. **Eis a única prisão cível estabelecida no sistema em vigor** (grifo do autor)[49]", é o dispõe o artigo 528 § 7° do CPC, entretanto, não é necessário que se espere vencer 03(três) prestações para requerer a prisão do devedor.

> O inadimplemento de uma única parcela já autoriza o uso da via executória. Também podem ser cobradas parcelas alternadas. Como os alimentos se destinam a garantir a sobrevivência do credor, o vencimento é antecipado. A dívida precisa ser paga de pronto, e qualquer atraso autoriza sua cobrança.[50]

Basta o inadimplemento de um mês para o credor buscar o adimplemento, esse é o mesmo entendimento do doutrinador Farias:

> Decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses (CPC, art. 528, S 3º). Põe-se de cal, portanto, à tese de que o prazo máximo da prisão seria de sessenta dias, por conta da legislação revogada. Note-se que o prazo não é, necessariamente, de três meses, mas de um a três meses, verificadas as circunstancias concretas, como a gravidade do descumprimento, a extensão da dívida e a reiteração do inadimplemento [51].

A inadimplência de um mês é prazo suficiente para requerer a prisão civil do devedor de alimentos, conforme observado acima, todavia, segundo Ministro Mendes deve ser observado outros meios menos gravoso para obrigar o devedor a cumprir com a obrigação alimentícia:

> Há um consenso a respeito da desproporcionalidade da restrição á liberdade do individuo como meio de coerção ao pagamento da dívida e, ao mesmo tempo, como retribuição ao prejuízo causado ao credor. Considera-se a existência de

48. BRASIL. Superior Tribunal. Súmula nº 309. Disponível em: http://www.stj.jus.br.

49. DOURADO, Sabrina. Coleção Descomplicando Processo Civil, 4ª Edição Revista e Ampliada, Editora Armador, 2017, p. 367.

50. DIAS, Maria Berenice. A cobrança dos alimentos no novo CPC. Artigo Publicado em 05.04.2016, disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia-33729-cobranca-dos-alimentos-no-novo-cpc, pesquisa realizada dia 11.05.2018.

51. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito de Família. 3. Ed. Ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 815.

> outros meios menos gravosos para compelir o devedor á quitação adequada do débito, como a execução civil. Mais uma vez o exame da proporcionalidade cumpre aqui papel relevante na verificação da legitimidade constitucional das intervenções na esfera de liberdade individual [...] Como medida extrema, deve ser aplicada seguindo-se as regras e o procedimento previstos na lei, a qual deve assim trata-la, prevendo outros meios de execução e reservando a utilização da prisão apenas como *ultima ratio*[52].

A prisão civil deve ser utilizada como último recurso, uma exceção, pois o tempo que o devedor de alimentos fica detido, só aumenta o débito. Após o período detido, os valores devidos permanecem. [...] "o cumprimento da pena não exime do pagamento das prestações vencidas" [53]. "Não se declarará extinta a dívida se o devedor cumprir todo o tempo de prisão fixado, prosseguindo-se o feito para a sua cobrança. Porém, pelas mesmas parcelas não poderá o devedor ser preso duas vezes[54]". Esse é o mesmo entendimento do doutrinador Gonçalves: "Cumprida a pena de prisão, o devedor não poderá ser novamente preso pelo não pagamento das mesmas prestações vencidas, mas poderá sê-lo outras vezes mais, quantas forem necessárias, se não pagar novas prestações que se venceram[55]". "Cumprido o prazo de aprisionamento, e se a dívida não é paga, a cobrança segue pela via expropriatória e nos mesmos autos[56]." Para Abelha, a regra é buscar a satisfação do direito através do patrimônio do devedor.

Vale salientar, que apesar da doutrina e a lei processual chamar o rito de prisão como pena, não pode ser assim considerado, pois segundo Abelha:

> [...] a prisão civil do devedor de alimentos encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro. Tal instituto não tem por escopo punir o devedor por aquilo que teria feito ou deixado de fazer, mas, bem pelo contrário, possui a sua finalidade distante mencionada: decretar-se a prisão civil do devedor com o intuito de pressiona-lo a pagar, isto é adimplir a prestação alimentícia. Dessa forma, apesar de a lei processual se referir a pena não deve ser assim considerado[57].

Desta feita, diferentemente das finalidades do Direito Penal, a prisão civil detém a finalidade estimular coercitivamente o pagamento das parcelas inadimplidas e não de reprovar e prevenir a praticar similares, assim como se dá no ramo jurídico criminal.

7 I METODOLOGIA

A metodologia é o caminho percorrido na pesquisa de campo na busca constante de respostas à problemática a ser pesquisada. "É uma forma que se utiliza para

52. MENDES, Gilmar Ferreria. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 7ª edição revista atualizada, São Paulo: Saraiva 2012, p.799.
53. GONÇALVES, Op. Cit., p. 479.
54. DOURADO, Sabrina. Coleção Descomplicando Processo Civil, 4ª Edição Revista e Ampliada, Editora Armador, 2017 p. 367 .
55. GONÇALVES, Carlos Roberto, Volume 6: Direito de Família, 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 479.
56. DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias, 10.ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p.634.
57. ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª edição. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. P.514.

escolher o espaço da pesquisa, bem como delimitar critérios, grupos, sujeitos da pesquisa, bem como as técnicas e instrumentos a serem utilizados" [58].

Na busca de resposta da problemática suscitada, trilhou-se a pesquisa em duas etapas: Etapa 1 no Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) e Etapa 2 Centro Provisória de Detenção de Viana-CPDV.

7.1 Etapa 1- Núcleo de Prática Jurídica (NPJ)

A limine o desenvolvimento deste trabalho definiu como campo de pesquisa, o Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Estácio de Sá, Município de Vitória, isso dada a grande demanda atinente ao direito de alimentos constata empiricamente nos plantões do estágio de prática jurídica.

Desta feita, a pesquisa focalizou seu abordar tanto nos processos de execução de alimentos definitivos quanto naqueles onde havia o cumprimento de sentença culminado com o pedido de prisão do devedor. Bem ainda, subsidiariamente utilizaram-se como ferramenta de investigação as pasta dos consulentes e processos.

Delimitaram-se às pesquisas nos processos em andamento judicializado no ano de 2017, em decorrência da agilidade do acesso imediato as pastas, bem como para averiguação dos processos judiciais, uma vez que resolvido o mérito, os processos são arquivados, e para ter acesso, seria necessário requerer através de petição, o desarquivamento individualizado de cada caso a ser estudado. Além do entrave, de ter que protocolizar petição de substabelecimento, pois os processos de família tramitam em segredo de justiça. Portanto, visando dar celeridade ao desenvolvimento da pesquisa, houve a necessidade de realizar essa delimitação.

Optou-se tanto pela pesquisa exploratória, empírica, como base em dados quantitativos.

Constatou-se na pesquisa documental realizada nos processos vigentes no ano de 2017 no NPJ da faculdade Estácio de Sá Vitória, que dos 200 (duzentos) processos judicializado referente à matéria de família, distribuíram-se na Comarca da seguinte forma: 149 (cento e quarenta e nove) processos foram protocolizados no Município de Vitória, 48 (quarenta e oito processos) na Serra, 02 (dois) em Vila Velha, e 01 (um) em Cariacica.

Desse quantitativo de 200 (duzentos) processos judicializado, 74 (setenta e quatro) são de alimentos, sendo 59 (cinquenta e nove) das Varas de Família do Município de Vitória, 12 (doze) do Município da Serra, 02 (dois) Município de Vila Velha, 01(um) do Município de Cariacica.

Dos 59 (cinquenta e nove) processos da Vara de Família do Município de Vitória, constatou-se que 15 (quinze) processos foram de cumprimento de sentença com pedido de prisão, 06 (seis) de execução com pedido de prisão, 01 (um) de impugnação. Os quais foram distribuídos nas seguintes varas de família:

58. DESLANDES, Suely Ferreira, Pesquisa Social: Teoria, Método e Criatividade/Suely Ferreira Deslandes, Romeu Gomes; Maria Cecília (organizadora), 29. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

09 (nove) processos na 1ª vara, 03 (três) processos na 2ª vara, 04 (quatro) processos na 3ª vara, 06 (seis) processos na 4ª vara, totalizando 22 (vinte e dois).

Afunilou-se a análise nos 22 (vinte e dois) processos de cumprimento de sentença /execução de alimentos, ambos com pedido de prisão, pois delimitar significa marcar as fronteiras geográficas de modo a fixar a abrangência do estudo quanto ao tempo e ao local das fontes de consulta.

7.2 Etapas 2- Centro de Detenção Provisória de Viana-CDPV

Num segundo momento, delimitou-se como pesquisa de campo o CDPV, Conforme afirma Deslandes[59]:

> O trabalho de campo é uma forma de se renovar e abrir para novas oportunidades, para o novo, pois são através das indagações da realidade que monta os tópicos da pesquisa. A metodologia é uma forma que se utiliza para escolher o espaço da pesquisa, bem como delimitar critérios, grupos, sujeitos da pesquisa, bem como as técnicas e instrumentos a serem utilizados.

Buscou-se por meio de visitas técnicas no CDPV - Espírito Santo, averiguar o quantitativo de prisões efetivadas em decorrência do inadimplemento das prestações de alimentos de Janeiro de 2015 a Dezembro de 2017, o qual totalizou um quantitativo de 1426 (um mil e quatrocentos e vinte e seis) presos por dívida alimentar.

Todavia, se delimitou-se como campo de pesquisa, os detentos que se encontravam presentes no mês de Março do ano de 2018, pois o prazo aplicado pelo judiciário não pode ultrapassar 90 (noventa dias).

A fim de verificar a razão do inadimplemento da prestação alimentícia, no mês de Março de 2018, foram realizadas entrevistas com 28 (vinte e oito) detentos utilizando questionário com perguntas abertas e fechadas.

As perguntas fechadas foram utilizadas para averiguar as seguintes informações: sexo, idade, profissão, nível de escolaridade, estado civil, residência. Para constatar as razões do inadimplemento que acabaram convertendo na prisão civil dos entrevistados, utilizou-se de perguntas abertas, em decorrência da impossibilidade de antecipar possíveis respostas.

Dessa forma, o método de pesquisa utilizado na etapa 01 e 02 foram o quantitativo e o qualitativo, apoiando-se em técnicas de coleta de dados, também quantitativas. Segundo Mello[60],

> "Depois do levantamento de dados da pesquisa, é necessária uma fase de análise desses dados, e isso pode ser feita de duas maneiras: a quantitativa e a qualitativa. Basicamente, a diferença entre elas está no tipo de abordagem dada na interpretação dos dados (números) levantados. Enquanto a quantitativa se volta para os percentuais absolutos das respostas A, B ou C de um questionário aplicado em meio a uma pesquisa, a qualitativa tentará entender o porquê desses números, relacionando-os, inclusive, ao contexto que fora aplicado e até mesmo

59. DESLANDES, Suely Ferreira; MINAYO, Maria Cecilia de Souza (Org.). Pesquisa social: teoria, método e criatividade. In: O projeto de pesquisa como exercício cientifico e artesanato intelectual, 29. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010. 108 p.77.

60. Mello, Sátina Priscila Marcondes Pimenta. Metodologia da Pesquisa em Direito. 1ª edição, Rio de Janeiro: SESES, 2017. P.36.

elaborado e aplicado o questionário".

A Pesquisa quantitativa é usada em situações no qual é possível validar estatisticamente uma hipótese e quantifica os dados para responder o questionamento suscitado no problema.

7.3 Dos procedimentos

7.3.1 Da submissão da pesquisa ao Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Estácio de Sá

Para a realização da pesquisa, foi necessário contato inicial com a professora e Coordenadora do NPJ Dra Eny Borgognoni, a qual foi apresentado a matriz do Trabalho de Conclusão de Curso - TCC informando sobre o objeto pretendido a ser pesquisado Após esse contato inicial, enviou-se oficio no dia 19 de fevereiro de 2018, requerendo a liberação para ter acesso ao local como pesquisador, tendo no dia 21 de Fevereiro de 2018 deferimento do pedido.

Esperou-se até o dia 27 de fevereiro de 2018, para dar início as pesquisas nos arquivos, uma vez que o NPJ estava voltando do recesso escolar, em decorrência das inscrições dos acadêmicos no Núcleo.

A pesquisa exploratória se deu em todas as pastas cujos processos foram judicializados no ano de 2017 e na Planilha de controle de processos, fornecido pelo Núcleo, a fim de garimpar o objeto da problemática suscitada, filtrando os casos de cumprimento de sentença/execução de alimentos ambos com pedido de prisão.

A pesquisadora acompanhou os professores em algumas audiências na Vara de Família da Comarca de Vitória, aproveitando a oportunidade para ter acesso aos processos. Para tal ato, contou-se com ajuda dos professores Dr. Ismael Macedo e Dra Solange Rosário Silva, que pediram vistas nos processos os quais estavam constituídos como advogados. Após análise dos processos pela pesquisadora, os mesmo foram devolvidos.

Ocorre que, dos 22 (vinte dois) processos selecionados, 03 (três) estavam conclusos para despacho e não foi possível fazer vista para analisa-los.

7.3.2 Da submissão da pesquisa ao Centro de Detenção Provisória de Viana-Espirito Santo

Para ter acesso ao campo de pesquisa em Viana, foi necessário entrar em contanto no dia 21 de Fevereiro do ano de 2018, via telefone, com o diretor do CDPV, Dr. Bruno Brandão, requerendo informações sobre os procedimentos para visita técnica, o mesmo pediu que enviasse ofício assinado pelo coordenador do curso de direito requerendo a autorização de visitação.

No dia 22 de fevereiro de 2018, foi colhida a assinatura do Coordenador e

Professor Dr. Carlos Hackbardt do curso de Direito, sendo o oficio digitalizado enviado posteriormente por e-mail.

A visita foi deferida e agendada para o dia 02 de Março do ano de 2018, onde ocorreu o primeiro contato com o campo de pesquisa, visitando as celas, o local de banho de sol, chuveiros, sala de convivência e parlatório.

Após a visita técnica e constatar o índice elevado de presos provisórios nos anos de 2015 a 2017, surgiu a necessidade de averiguar as razões do inadimplemento que vem ocasionado a prisão civil do devedor de alimentos, uma vez que, a problemática dessa pesquisa, busca averiguar se as ações de execução/cumprimento de sentença ambos com pedido de prisão, coage o devedor a pagar.

Sendo assim, surgiu a necessidade de examinar os motivos individualizados de cada caso, para o inadimplemento.

Ao buscar informações sobre os procedimentos para entrevista-los, a Secretaria de Justiça – SEJUS encaminhou por e-mail no dia 06 de março de 2018, uma listagem de documentos necessariamente e obrigatórios para que houvesse análise da liberação da pesquisa de campo tais como: Requerimento inicial do interessado, declaração da faculdade, declaração do estudante onde o mesmo assume compromisso no âmbito civil e criminal por quaisquer danos morais e materiais que possa causa a terceiros a divulgação de informações que serão coletadas nas pesquisas, projeto de pesquisa contendo introdução, apresentação do projeto, justificativa, certidão civil e criminal, atestando de antecedentes criminais.

No dia 19 de março do ano de 2018 o Secretário de Estado da Justiça Walace Tarcísio Pontes autorizou através do despacho 1.192/2018 e processo 81354428 a pesquisa de campo.

7.3.3 Da convocatória de voluntários para aplicação do questionário

Por volta das 09h00min o Diretor do Centro Provisório, interrompeu o momento de convivência social dos detentos, informou sobre o objeto da pesquisa, deixando enfatizado que vários direitos relacionados a questão dos presos surgiram de pesquisas igual essa que a pesquisadora estava desenvolvendo, informou ainda que os entrevistados que desejassem participar, não seriam identificados, deixando a decisão a livre arbítrio. Dos 28 (vinte e oito) detentos, todos se dispuseram a entrevista.

O Diretor preparou a sala onde os psicólogos fazem atendimentos, foi diligenciado individualmente cada preso pelo agente penitenciário para ser entrevistado.

Antes de iniciar a entrevista com cada detento, foi informado que a pesquisa realizada, não possuía vínculo com o processo judicial que estava respondendo e que não possuía nenhum tipo de identificação.

Sendo assim, as entrevistas se iniciaram por volta das 09h10min, com duração média de 20 a 30 (trinta minutos) cada. Às 12h00min houve a interrupção para o

horário de almoço, voltando às 13h00min. Por volta das 19h20min, encerraram-se as entrevistas.

7.3.4 Da formulação do questionário

O questionário a ser aplicado foi planejado de forma a conseguir captar as informações desejadas, tendo como finalidade responder a problemática suscitada.

O questionário é estruturado de perguntas abertas e fechadas, iniciando-se com questões relacionadas ao perfil do entrevistado e seguido de perguntas abertas sobre as razões que levaram ao inadimplemento da pensão alimentícia.

8 I ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS – NPJ

Constatou-se, que dos 22 (vinte e dois) processos dos Consulentes da execução de alimentos/cumprimento de sentença, ambos com pedido de prisão analisados, 20 (vinte) pertenciam ao sexo feminino e 02 (dois) pertenciam ao sexo masculino, 10 (dez) possuíam curso de nível superior, 02 (dois) cursando ensino superior, 03 (três) possuem ensino médio, 02 (dois) ensino fundamental, 05 (cinco) sem informações.

Quanto aos rendimentos mensais, variavam entre R$ 100,00 (cem reais) a R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), possuem idade variável entre 26 (vinte e seis) anos a 64 (sessenta e quatro anos).

Em relação ao bairro onde residem os consulentes, constatou-se que 11 (onze) são moradores do bairro Jardim Camburi, local onde o NPJ Estácio de Vitoria está sediado.

Quanto às profissões dos consulentes (a), verificou-se que se trata de um campo bem diversificado, o qual se encontra detalhado no gráfico**.**

8.1 Do Acesso a Defesa Técnica Processual

Dos 22 (vinte e dois) processos judicializados e analisados no NPJ, constatou-se que todos consulentes obtiveram defesa técnica de advogado, distribuídos da seguinte forma: 19 (dezenove) credores foram patrocinados pelo NPJ, 02 (dois) por Defensores Público, 01 (um) por advogado particular.

Em relação aos devedores, 08 (oito) foram patrocinados por advogados particular, 03 (três) pelo NPJ, 03 (três) por Defensores público, 01(um) por outro NPJ, 04 (quatro) devedores ainda não foram encontrados, 03 (três) processos estão conclusos para despacho.

8.1.1 Devedor de Alimentos Preso Após Audiência.

Dos processos analisados, constatou-se que 01(um) dos executados, compareceu à audiência desacompanhado de seu advogado, o qual foi previamente

nomeado e devidamente intimado. Contudo, mesmo assim, a audiência ocorreu sem nomear um advogado dativo ou defensor público. Iniciado a audiência, o Promotor de justiça perguntou se haveria proposta de acordo e o executado disse que não, alegando ainda, ser possuidor de 50% (cinquenta por cento) do apartamento que está na posse da genitora, ora representante do menor alimentado. Afirmou ainda, que o imóvel encontrava-se locado e que, a genitora não repassava os 50% (cinquenta) por cento que ele tem direito. E como estava desempregado, não tinha outra fonte de renda. Motivo este, que não teria como pagar os valores cobrados. Concluída a audiência, o executado saiu preso.

A priori, com um olhar empírico, parece que houve o cerceamento de defesa do executado, uma vez que compareceu sem a presença do advogado constituído e no mesmo ato saiu preso.

Entretanto, o STJ, especialmente a 2ª Turma, através do Ministro relator Dias Toffoli[61] julgou no dia 30.06.2015 um caso similar sobre essa matéria da seguinte forma:

> EMENTA Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Execução de alimentos. Inexistência de ordem atual de prisão. Perda do objeto da impetração. Pretendido reconhecimento da nulidade do processo de conhecimento, por ausência de advogado. Descabimento. Possibilidade de julgamento à revelia na ação de alimentos. Inteligência do art. 7º da Lei nº 5.478/68. Agravo regimental não provido. 1. Não subsistindo ameaça de prisão civil em execução de alimentos, há que se reconhecer a perda de objeto do habeas corpus. 2. A simples possibilidade de, futuramente, vir a ser observado o rito do art. 733 do Código de Processo Civil não obsta o reconhecimento da perda de objeto do writ, mesmo porque também poderá ser adotado o rito da execução por quantia certa contra devedor solvente, sem nova cominação de prisão. 3. O art. 7º da Lei nº 5.478/68 admite, na ação de alimentos, o julgamento à revelia de réu ausente, ao qual se equipara aquele que comparece pessoalmente desacompanhado de advogado. 4. Logo, não há que se falar em nulidade do título executivo judicial por falta de nomeação de defensor ao recorrente. 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento(grifo nosso). Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli.

Sendo assim, observa-se na jurisprudência citada, que o Superior Tribunal de justiça, entende que a ausência de defensor, no caso apresentado, não pode falar de nulidade do ato.

8.2 Da Intimação de Pagar ou Justificar

A intimação para pagar, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo está prevista no artigo 528 caput do CPC[62], pois a inobservância ao cumprimento desse dispositivo ocasionará a decretação da prisão civil do devedor pelo prazo de

61. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Segunda Turma), Agravo Regimento no recurso ordinário em Habeas Corpus, Agravante: O DOS S S, Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 30/06/2015.

62. BRASIL, Código Civil (2002). Vade Mecum Civil e Empresarial, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Armador, 2017.

um a três meses.

Ao analisar os dados coletados no NPJ, constatou-se que, dos 22 (vinte e dois) processos de Cumprimento de Sentença/Execução de Alimentos ambos com pedido de prisão civil do devedor, 12 (doze) executados, ao receberem a intimação adimpliu com a obrigação de alimentos, pagando todos os meses em atraso, afinal, segundo afirma Rosa, esse é um dos "[...] comportamento possível do devedor – o que, alias, é o que se espera que o faça – é o pagamento integral das parcelas em aberto o que após a manifestação do exequente, importará na extinção do procedimento" [63].

04 (quatro) devedores ainda não foram encontrados, 03 (três) processos estão concluso para despacho, 01 (um) desistiu da ação, 01 (um) se negou a pagar e saiu preso após a audiência, 01(um) processo encontra-se parado.

Verificou que o processo o qual se encontra parado, é precatório de outro Estado, pois segundo Abelha:

> [...] a prisão é meio de coerção, a regra da competência é o juízo em que se processa o cumprimento de sentença ou o processo de execução, ou seja, é competente para decretar a prisão o juízo em que se processa a tutela satisfativa dos alimentos, pois se trará de medida executiva coercitiva no curso do procedimento executivo ou de cumprimento de sentença. Se for o caso de precatória, somente o juiz deprecante[64] é que poderá decretar a prisão, pois sendo um mero cumpridor da carta precatória, é defeso ao juiz deprecado[65] determinar a prisão do devedor de pensão alimentícia e fixar o respectivo prazo[66].

Supostamente, a paralização do andamento processual, pode ter ligação com essa questão processual, posto que o executado é domiciliado no Estado "X" e o alimentando no Estado do Espírito Santo, logo, o Juízo Deprecante é o Estado do Espírito Santo, e o juízo Deprecado é o Estado "X". Sendo assim, somente o Juiz da 1ª Vara da Família de Vitoria/ES, poderá decretar a prisão civil, para que o Juízo Deprecante aplique, após os tramites exigidos por lei.

8.3 Dos Valores dos Créditos

O valor devido aos alimentandos é bem diversificado, variam entre 10% (dez) por cento a 75% (setenta e cinco) por cento dos rendimentos dos devedores executados, a depender do acordo extrajudicial ou da sentença judicial.

> Além das parcelas mensais, pode ser abatido dos ganhos do alimentante o débito executado, de forma parcelada, contanto que não ultrapasse 50% de seus ganhos líquidos (CPC 529 § 3º). Apesar de o salário ser impenhorável (CPC 833 IV), a restrição não existe em se tratando de dívida alimentar (CPC 833 § 2.º)[67].

63. ROSA, Conrado Paulino da. Curso de Direito de família Contemporâneo , 3º edição, 2017. P. 485.
64. Juiz deprecante é o juiz da comarca por onde tramita um processo e que, nessa condição, expede carta precatória para outra comarca, a fim de que outro juiz (juiz deprecado), execute atos a serem praticados na comarca deste último: citar ou intimar o réu, ouvir testemunhas, penhorar, avaliar e pracear bens situados em local que não o da causa. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/Gramatigalhas, pesquisa realizada dia 11 de maio de 2018.
65. Juiz deprecado, por conseguinte, é juiz da outra comarca, a quem o juiz deprecante envia carta precatória para cumprimento dos atos processuais acima descritos. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/Gramatigalhas, pesquisa realizada dia 11 de maio de 2018.
66. ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª edição. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p.520.
67. DIAS, Maria Berenice. A cobrança dos alimentos no novo CPC. Artigo Publicado em 05.04.2016, disponí-

Pois o desconto na porcentagem de 75% ocorreu por liberalidade do executado, de acordo com o artigo 529 §3 CPC[68], o desconto deverá observar um limite máximo de 50% (cinquenta por cento) permitidos por lei.

8.4 Das razões do inadimplemento

Nos casos analisados, foi possível averiguar em 03 (três) razões para o inadimplemento: dúvidas sobre a paternidade, desemprego, a maioridade e casamento civil do alimentando.

Sobre o desemprego, a doutrina e a jurisprudência superior vem entendendo que sequer o desemprego é motivo suficiente para justificar a impossibilidade de pagamento de pensão alimentícia[69]. Quanto à alegação referenciada a respeito à maioridade e casamento civil da filha, essa matéria já esta codificada no o art. 1.708 do Código Civil70 (C.C) “Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”. A propósito, o art. 1.69971 do Código Civil é cristalino quando afirma: “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.

9 I ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS NO QUESTIONÁRIO – CPDV2

A análise de dados se deu a partir dos conteúdos apresentados nas respostas das perguntas do questionário aplicado. Porém, focou-se apenas nas perguntas que levaram à resolução do problema da pesquisa – sendo as perguntas 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, - sendo que as questões 1, 2, 3 foram compiladas com o intuito de levantar resposta dos objetivos específicos da pesquisa, os quais serão demonstrados nos gráficos em anexo.

1. Qual sua Idade? Escolaridade? Profissão?

Dos 28 (vinte e oito) entrevistados, constatou que possuem idade entre 24 (vinte e quatro anos) a 59 (cinquenta e nove anos), 09 (nove) são residentes do Município de Cariacica, 08 (oito) em Vila Velha, 06 (seis) na Serra, 04 (quatro) em Vitória, 01 (um) em Iúna.

22 (vinte e dois) possuem apenas o ensino fundamental, 04 (quatro) ensino

---

vel em: http://www.espacovital.com.br/noticia-33729-cobranca-dos-alimentos-no-novo-cpc, pesquisa realizada dia 11.05.2018.

68. BRASIL, Código Civil (2002). Vade Mecum Civil e Empresarial, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Armador, 2017.

69. STJ, Superio Tribunal de Justiça. Ac. Unan. 3ª turma., RHC 29.777/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso San severino, Julgado em 05.05.2011, DJE 11.05.2011.

70. BRASIL, Código Civil (2002). Vade Mecum Civil e Empresarial, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Armador, 2017.

71. BRASIL, Código Civil (2002). Vade Mecum Civil e Empresarial, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Armador, 2017.

médio, 02 (dois) ensino superior, sendo que uns deles possui pós-graduação e mestrado;

Profissionalmente, existe uma gama bem diversificação, desde pastor, empresário, pintor, pedreiro, ajudante de pintura, auxiliar de serviços gerais, carpinteiro, comerciante, vigilante, soldador, operador de máquinas, entregador de água, gesseiro a operador de guindaste.

2. Estava trabalhando antes da prisão?

Dos entrevistados apenas 10 (dez) possuíam emprego, distribuído da seguinte forma: 01(um) possuía trabalho e carteira assinada, 02 (dois) possuíam empresa contribuíam como autônomo, 07 (sete) estavam trabalhando na informalidade fazendo "bico" como pedreiro, pintor, auxiliar de pedreiro, 18 (dezoito) estava desempregado, sobrevivendo de trabalhos informais.

3. Possui carteira de trabalho assinado?

Apenas 01 dos entrevistados possuía trabalho fixo com carteira assinada e estava detido apenas 04 (quatro) dias no CDPV. Ao questionar as razões de estar preso, respondeu: "Não sei nem por que estou aqui, pois não estou devendo nada, em 2015 recebi mandado de prisão, fiz acordo e parcelei. Pago todo mês certinho! Não sei nem porque fui preso, acho que o advogado não informou o juiz do acordo, o mandado de prisão é de 2015! minha mulher está vendo o que aconteceu". O entrevistado demonstrou-se inconformado, apavorado e indignado.

No ano de 2015, recebeu uma intimação para pagar ou justificar, nos termos do artigo 528 caput do CPC, fez acordo, e parcelou a dívida de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e continuou pagando mensalmente as parcelas R$ 282.00 (duzentos e oitenta reais) correspondente a cada mês.

Com base no relato do entrevistado parece que houve a omissão na comunicação entre partes, advogado e judiciário, pois segundo o Executado, a intimação era do ano de 2015, de acordo com Parizato, "somente com prova do pagamento é que o juiz poderá deixar de decretar a prisão civil do devedor, eis que com a prova do pagamento o pedido perde seu objeto, cabendo sua extinção[72] .

8. É a primeira vez que foi preso por dívida de alimentos?

Constatou-se que 25 (vinte e cinco) presos estavam detidos pela dívida de alimentos pela primeira vez, e somente 03 (três) estavam sendo presos pela segunda vez. Já quanto ao tempo de permanência, os dados são bem variados, pois verificou-se entrevistados que estavam detidos durante 59 (cinquenta e nove dias), e outros por apenas 01 (um) dia de prisão.

9. Qual Foi o Prazo de Prisão Prolatado em Sentença?

O novo Código do Processo Civil trouxe o fim da discussão sobre o prazo da prisão civil, pois o CPC/73 previa no artigo 733 paragrafo 1º, que o prazo máximo era de 01 (um) a 03 (três) meses. Contudo, a lei especial que dispõe sobre ação

72. PARIZATTO, João Roberto. Ações de Família no Novo CPC. Edipa Editora Parizatto, Impresso no Brasil. Edição Setembro de 2015. P.206

de alimentos nº 5.478/1968, trazia no artigo 19, que o prazo máximo era de 60 (sessenta) dias.

Diante desse conflito, Farias afirma que houve a revogação tácita do artigo 19 da lei 5.478/1968. Vejamos:

> O novo Código Adjetivo também resolve uma história celeuma, no que diz respeito ao prazo da prisão civil do devedor de alimentos. Revogando tacitamente o art. 19 da Lei de Alimentos, a nova legislação estabelece que se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do parágrafo 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses (CPC, art. 528**, § 3º). Põe-se pá de cal,** portanto, **à tese de que o prazo** máximo da prisão seria de sessenta dias, por conta da legislação revogada. Note-se que o prazo não é, necessariamente, de três, mas de um a três meses, verificadas as circunstâncias concretas, como a gravidade do descumprimento, a extensão da dívida e a reintegração no inadimplemento[73].

Sendo assim, segundo o doutrinador, não houve a revogação expressa[74] do artigo 19 da lei de alimentos, mas foi revogada tacitamente[75].

Este é o mesmo entendimento de Abelha[76] "o art. 528 regulamenta o prazo e o regime jurídico da prisão civil do devedor de alimentos. Ao revogar os artigos que tratavam do tema na lei 5.478/1968, é no CPC que a matéria passa a ser regulamentada". No caso concreto analisado, contatou-se que dos 28 (vinte e oito) presos entrevistados, 06 (seis) executados foram sentenciados a serem presos pelo prazo de 90 (noventa) dias, 16 (dezesseis) pelo prazo de 60 (sessenta), 04 (quatro) pelo prazo de 30 (trinta), e 02 (dois) não souberam informar, pois um deles havia apenas 04 (dias) que estava detido e o outro apenas 1(um) dia, requereu inclusive, caso fosse possível, verificar com o diretor, qual o prazo de permanência o juiz havia decretado.

10. Qual valor da divida que levou a prisão

Ao questionar sobre os valores das dívidas que levaram a ser presos, verificou-se, são variáveis, desde o valor de R$ 940,00 (novecentos e quarenta reais) a R$ 57.000,00 (cinquenta e sete mil reais).

A maioria apresentou desconhecimento do artigo 528 parágrafo 7º e artigo 911 caput e parágrafo único do Código de Processo Civil combinado com a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, posto que acreditavam que deveriam pagar o valor total da dívida para livra-se de ser preso. Vejamos: "Eu tinha consciência da prisão, mas o valor era muito alto, tentei conversar com ela, mas ela disse que não queria acordo, queria me ver na cadeia".

---

73. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito de Família. 3. Ed. Ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011,p.814e 815

74. Por "revogação expressa" é designada toda eliminação normativa levada a efeito por um ato válido e deliberado de uma autoridade normativa que incida em um documento normativo, sendo, pois, resultado de um ato "do legislador", disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/127/edicao-1/revogacao, acesso dia 13.05.2018.

75. Por "revogação tácita" designa-se a eliminação da vigência de uma norma por apresentar-se incompatível com outra norma em um determinado caso concreto. https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/127/edicao-1/revogacao. Acesso dia 13.05.2018.

76. ABELHA, ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª edição. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 518

O artigo 528 parágrafo 7º e artigo 911 caput e parágrafo único do Código de Processo Civil combinado com a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, são cristalinos quando afirmam que, o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante compreende até às 03 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

> Se os alimentos são pretéritos, em tese, embora credor da quantia não paga, o exequente pode se alimentar, ainda que tenha sido com máxima dificuldade. Para o Superior Tribunal de Justiça, a urgência dos alimentos que justifica a prisão deve ser atual e potencial, e não em relação aos débitos que passaram e se sedimentaram no tempo. O acerto da súmula, segundo pensamos, esta em dar um tratamento especial à prisão, colocando-a em uma posição de destaque e excepcional na execução de alimentos, e assim evitando que a medida seja desvirtuada da sua função coercitiva para punitiva[77].

Dourado[78] ainda afirma: "Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz além de mandar protestar o pronunciamento judicial decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 01 (um) a 03 (três) meses. Eis a única prisão civil estabelecida no sistema em vigor".

11. Está preso com quantas pessoas na mesma cela?

Decretada a prisão civil, os presos são encaminhados para o Centro Provisório de Viana, mantendo-se em um bloco específico separado dos presos que respondem pelos crimes disposto no Código Penal, conforme preconiza o artigo 528, paragrafo 4º do Código de Processo Civil. "A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns". Durante o dia tem direito a uma ducha de 90 (noventa segundos), banho de sol, convívio social com os outros presos do mesmo bloco com tempo estimado de 30 a 60 minutos, onde assistem DVD, e o restante do tempo passam nas celas.

Cada cela é formada por 04 (quatro) beliches de concreto sendo 02 (duas) de cada lado e um vaso sanitária embutido com um lavatório[79].

Nos relatos, constataram-se celas com o quantitativo de 07 (sete), 06 (seis) e 05 (cinco) presos. Nas celas com 07 (sete) pessoas, os presos se acomodam da seguinte forma: 04 (quatro) dormem nas camas[80], 03 (três) nos colchões no chão, sendo 02(dois) com metade do corpo no corredor dos beliches com as pernas de baixo das camas, e 01 (um) próximo do vaso sanitário.

Observa-se no caso concreto onde houveram as prisões de 07 (sete) pessoas em uma mesma cela, sem observar os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico brasileiro, cabe ao Estado indenizar. No dia 16 de fevereiro de 2017 o Supremo Tribunal de Justiça[81] decidiu que o Estado deve indenizar preso

77. ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª edição. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015p. 518

78. DOURADO, Sabrina. Coleção Descomplicando Processo Civil, 4ª Edição Revista e Amplianda, Editora Armador, 2017, P. 367.

79. O vazo sanitário não possui paredes separando as beliches.

80. Os mais antigos de presidio tem preferência de ficar nas camas.

81. STF, Supremo Tribunal de Justiça . Noticia do dia 16 de fevereiro de 2017. Disponivel em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352. Pesquisa realizada dia 28 de maio 2018.

em situação degradante nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

12. Por que não respondeu a intimação para pagar ou justificar?

De acordo com o artigo 528 do Código de Processo Civil[82], no cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 03 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

Ocorre que, no caso específico dos 28 (vinte e oito) entrevistados, 13 (treze) informaram que receberam a intimação para pagar ou justificar, 15 (quinze) disseram que não receberam citação, intimação e nem qualquer outro documento.

Entretanto segundo Dias, a citação desses executados, pode ser que tenha ocorrido por hora certa ou por edital.

> Nada impede que a citação ocorra por hora certa (CPC 252), que não mais depende de autorização judicial. Depois de procurado duas vezes o devedor o próprio oficial de justiça designa dia e hora para a citação. Ainda que pouco eficaz, nada obsta que a citação seja levada a efeito por edital (CPC 256)[...] A intimação é feita pelo correio, mediante carta com aviso de recebimento (CPC 513 § 2º II). A carta deve ser encaminhada ao endereço constante dos autos. Considera-se realizada a intimação se o devedor tiver mudado de residência sem prévia comunicação ao juízo (CPC 513 § 3º)[83].

Não adianta mudar de endereço, com a intenção de esquivar-se da obrigação alimentar, pois será considerado intimado, se o devedor mudar de residência sem comunicar o Juízo.

13. Qual razão que levou a não cumprir com os pagamentos da pensão alimentícia?

Ao questionar as razões do inadimplemento constatou-se que 15 (quinze) entrevistados apresentaram o desemprego como razões do inadimplemento e 13(treze) entrevistados apresentaram os seguintes motivos:

> “Tentei parcelamento, mas ela não aceitou”. “Minha avó tentou pegar financiamento, mas não conseguiu”. “Recebi ligação do oficial de justiça, me deu um prazo para eu pagar, mas ela não aceitou a proposta”. “Sabia que poderia ser preso, mas não paguei por pirraça, o a mulher já arrumou outro cara e ele fica entrando no meio de nós três”. “Não recebi nenhum documento”. “Ela não aceitou o parcelamento”. Após ter brigado com a minha ex. mulher, ela reabriu o processo e pediu a prisão. “Não sei nem por que fui preso”. “Não paguei porque eu era usuário de drogas, e fiquei um tempo no centro de reabilitação”. eu tentei pegar meu filho a força, e ela fez botim, então parei de pagar”. “eu dava dinheiro, mas não pegava comprovantes, fui ao fórum, conversei com ela”. “Eu pagava através de recibo, mas perdi alguns”. “Na minha mente achava que não daria

82. BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2016. Código de Processo, Brasília, DF, 15 de março de 2015.

83. DIAS, Maria Berenice. A cobrança dos alimentos no novo CPC. Artigo Publicado em 05.04.2016, disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia-33729-cobranca-dos-alimentos-no-novo-cpc, pesquisa realizada dia 11.05.2018

nada” [84]. “[85], “Não paguei porque estava desempregado”. “Não pagava porque estava desempregado a mãe é usuária de drogas” [86].

Ao perguntar ao entrevistado sobre o pagamento e o acordado feito no fórum e se o mesmo havia sido feito perante um juiz, advogado ou qualquer outra pessoa, o entrevistado afirmou: “ela me ligou para ir no fórum, ai agente conversou lá, mas não tinha juiz, só eu e ela”. Foi possível verificar, que o entrevistado é trabalhador rural, e não soube diferenciar a simples ida ao fórum, de uma audiência.

Outros dois entrevistados afirmaram ter pago as parcelas, mas não tinha como provar, pois não pegava comprovantes e o outro havia perdido os recibos pagos. Segundo Parizatto:

> Competirá ao devedor fazer prova de que já pagou o objeto reclamado, exibindo neste caso, recibo de credor, declaração do credor, declaração do credor dando quitação, comprovante de depósito na conta bancaria do credor, comprovante de ordem de pagamento etc. Tais documentos devem ser hábeis a se provar o pagamento, lembrando-se que quem paga tem direito à quitação regular (Código Civil, art. 319), não podendo, pois, o fazer em confiança, eis que sempre presente o ditado de que quem paga mal, paga duas vezes[87].

Isto posto, é cediço que a pessoa que cumpre com a obrigação, mas que não busca provas do feito, é como se não tivesse cumprido com a comprometimento. Logo, terá que fazer novamente. Sobre as alegações de desemprego alegada pelos Executados, a jurisprudência e a doutrina tem entendendo ser inaceitável tal justificativa.

> Justificativa da impossibilidade de pagamento há de ser seria e excepcional, não se admitindo a alegação de desemprego, que deveria justificar a propositura de ação revisional anteriormente. Trata-se de um motivo impeditivo do exercício da atividade laborativa, superveniente e alheio a vontade do devedor. Advirta-se, porém, que não se admite discussão relativa à capacidade econômica do devedor no âmbito estreito da execução, sendo matéria a ser ventilada em sede revisional ou exoneratória de alimentos [88].

Caso o devedor sinta-se incapaz de honrar com a porcentagem estipulada na sentença, ou no aguardo extrajudicial, deverá através de ação própria, requerer a ação revisional de alimentos.

14. Qual é o grau de convivência com o(s) filhos(s)? Se não houver convivência, quais os motivos?

Dos 28 (vinte e oito) entrevistados, 13 (treze) afirmaram ter convivência com os filhos e 15 (quinze) não possuem. Dos 15 (quinze) Executados que não possuem

---

84. O valor da pensão mensal de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), valor global dívida R$ 5.700 (cinco mil e setecentos reais).

85. O valor da pensão mensal de R$ 320,00 (trezentos e vinte reais), valor global da dívida R$ 17.000 (dezessete mil reais).

86. O valor da pensão mensal de R$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), valor global da dívida R$ 11.000 (onze mil reais).

87. PARIZATTO, João Roberto. Ações de Família no Novo CPC. Edipa Editora Parizatto, Impresso no Brasil. Edição Setembro de 20. P. 206.

88. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito de Família. 3. Ed. Ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 813.

convivência com os filhos, verificaram-se as seguintes razões:

> "Eu tinha um bom relacionamento, após a gravidez da minha atual mulher minha filha parou de frequentar minha casa". "Antes eu tinha convivência, depois da adolescência sumiu da minha casa", "A mãe proibia eu de visitar, já estava envolvida com uma outra pessoa, e essa pessoa fica envolvendo entre nós três". "meus filhos são maiores, não possuo nenhuma convivência". Não tenho convivência porque a mãe não permite". "Não tenho contato com minha filha, sai duas fez com ela e ela engravidou, só vi quando nasceu". "Não tenho contato, a mãe proibiu ver meus filhos, eu tentei pegar a força, e ela fez botim, então parei de pagar.

Observa-se que nos casos citados, existe uma miscigenação de fatos que impedem e impediram a convivência dos executados com os filhos. Existem casos, que o genitor nunca teve contato afetuoso com o (os) filho(s). Já em outros casos, após a quebra do vínculo afetivo do casal, iniciou uma fase traumática entre os genitores, pois segundo Farias: "através da guarda de filhos sempre se impôs uma opção (traumática diga-se em passant) para convivência entre pais e filhos após a dissolução afetiva: um dos genitores se transformando em guarda, o outro em alimentos e visitação". Verificou-se também, a autotutela por parte de alguns entrevistados, quando afirmaram: "Não tenho contato, a mãe proibiu ver meus filhos, eu tentei pegar a força, e ela fez boletim, então parei de pagar"

> A ideia de monopólio do Estado surgiu exatamente para liminar o poder do mais forte, evitando abusos e a aplicação generalizada daquilo que se dominava autotutela pelo exercício de uma forma de aplicação de justiça privada. A importância do monopólio jurisdicional é fato incontestável e assegura aos cidadãos a tranquilidade de não precisar se armar para a luta ou fazer valer seus direitos por meio do exercício da força [89] .

Exatamente para vetar esse tipo de comportamento chamado de autotutela ou justiça privada, criou-se o Estado.

15. Quem patrocinou o processo que te levou a prisão?

Dos 28 (vinte e oito) entrevistados, apenas 05 (cinco) obtiveram defesa técnica de advogado particular 26 (vinte e seis) não obtiveram defesa e nem sabiam da existência dos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito.

Os 26 (vinte e seis) entrevistados, afirmaram que não tinham acesso a defesa de advogado ou de defensor público apesar da existência do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pela Carta Magna no artigo 5º inciso XXXV[90] e artigo 3º do CPC[91], a qual afirma que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito. Garantias e Direitos estes, que claramente não foram viabilizados aos entrevistados.

> É de se ter em conta que, no Estado Democrático de Direito, à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à justiça hoje se compreende o direito a qualquer efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo

89. BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e Arbitragem (Cood.), Editora Saraiva, São Paulo: 2012, p.18 e 19.
90. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
91. BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2016. Código de Processo, Brasília, DF, 15 de março de 2015.

ordenamento jurídico[92].

Vejamos os relatos dos executados: “fui levar minha mulher na escola, me pegaram lá, me levaram algemado como seu fosse um bandido”. “Estava trabalhando, todo sujo de cimento, me ligaram perguntando onde estavam, ai pedi para ir em casa tomar banho, depois me levaram”. “Eles chegam na casa da gente disfarçado de correio, até com caixinha”. “Quando me levaram estava em casa, os vizinhos ficaram me olhando como se fosse bandido”. Eu trabalhava no presidio, como pastor! Nunca imaginei que estaria aqui, no lugar deles.“ Tem oficial de justiça que é bom, liga, fala que tem um mandado de prisão, fala para tentar acordo”.

10 | LIÇÕES ADQUIRIDAS NO TEMPO DE PERMANÊNCIA NA PRISÃO

Ao concluir as entrevistas foi questionado: Qual a lição de vida aprendeu após o tempo de permanência na prisão? As respostas foram bem diversificadas.

Vejamos:

“Aprendi a ter educação, convivência, economizar água e ter disciplina”. “Não quero voltar para prisão nunca mais”. “A prisão não é ruim, é igual minha casa, eu não saía mesmo”. “Vou sair daqui, arrumar emprego, arrumar minha vida”. “Não quero voltar para prisão”. “Não sei porque o governo faz isso com agente, deixar preso sem fazer nada, só comendo, bebendo e dormindo”. “A cadeia foi boa, parei de sair para beber”. “nem passarinho pode ficar preso, até ele eu soltaria”. “agora esta melhor, tem um pastor que conversa com a gente, nos ajuda”.

11 | CONCLUSÃO

A pesquisa científica teve por objetivo analisar as ações de cumprimento de sentença/execução de alimentos ambos com pedido de prisão civil do devedor inadimplente, tendo a diante, por finalidade precípua verificar se a prisão civil teve o poder obrigar os Executados a efetivar o pagamento das parcelas vencidas e vincendas.

Numa primeira análise, foi possível verificar que após a orientação jurídica tanto dos Núcleos de Práticas Jurídicas quanto de advogados particulares ou público, os Executados, após devidamente orientados, cumpriam com a obrigação alimentícia. Uma vez que, nos casos analisados, quando os mesmos tinham ciência que poderia ter sua liberdade cerceada, imediatamente adimpliam com suas obrigações nos moldes da lei e conforme instruído pelos seus procuradores.

E justamente, temendo e tendo consciência desse mal maior, que pôde observar que dos 22 (vinte e dois) processos judicializado pelo Núcleo de Praticas Jurídicas,

92. JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, volume I, ed. 57. Ver., atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 74.

constatou-se que dos 12 (doze) executados, ao receberem a intimação adimpliram a obrigação de alimentos, pagando todos os meses em atraso, não sendo necessário a aplicação da medida coercitiva de prisão.

Sendo assim, nota-se que a acesso a defesa técnica é primordial para a conscientização legal do Executado, tanto de seus direitos e principalmente, quanto as suas obrigações. Uma vez que, os descumprimentos de tais preceitos culminam em sua prisão civil.

Desse modo, foi possível certificar a suma importância das atividades desenvolvidas pelas faculdades através dos Núcleos de Práticas Jurídicas frente à comunidade, uma vez que trabalham na garantia e na democratização do Acesso à Justiça. Por esta razão, se faz necessário um projeto de maior divulgação das atividades desenvolvidas pelo Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Estácio - Vitória, de forma a ampliar seus horizontes de atuação, instrução e orientação jurídica pela Grande Vitória.

Necessidade esta, que foi evidenciada ao desenvolver as entrevistas no Centro de Provisório de Detenção de Viana, onde dos 28 (vinte e oito) entrevistados, apenas 05 (cinco) obtiveram defesa técnica de advogado particular. Além disso, desses 28 (vinte e oito) entrevistados, 26 (vinte e seis) não tinham advogados e afirmaram não saber da existência dos Núcleos de Práticas Jurídicas das Faculdades de direito.

Diante dessa realidade, pôde depreender que os entrevistados foram gravosamente punidos. Uma vez que, além de privados de sua liberdade, os mesmo tiveram, por falta de orientação jurídica, cerceados a possibilidade de flexionar o seu direito de Cidadania, bem como de usufruir o seus direitos fundamentais de Acesso à Justiça e de Defesa Técnica.

Fato este, demostrado nas entrevistas, onde muitos acharam que foram presos pelo valor global devido em atraso, e não apenas pelos valores de até os 03 (três) meses sem pagar, conforme prevê a lei. Além disso, é de se espantar que muitos daqueles continuam sem acesso à justiça, mesmo após a prisão. Segundo os entrevistados, a pesquisadora, era a primeira pessoa que estavam conversando com eles, desde o dia que haviam chegado ao Centro Provisório.

Por conseguinte, ao analisar os níveis de escolaridade tanto dos Consulentes assistidos pelo Núcleo de Práticas Jurídicas da Estácio de Sá - Vitória, quanto dos detentos, foi evidente notar que o nível de instrução acadêmica de cada Executado influenciou no seu modo de portar ante a eminente prisão e diante de sua obrigação de pagar os alimentos devidos.

"É por isso que educação, você sabe, é a palavra-chave. É como um homem nu todo vestido por dentro, é como um soldado da paz armado de pensamentos, é como uma saída, um portal, um instrumento[93]".

Percebe-se, pois, que a realidade ora pesquisada, foi notório concluir que o

93. Emicida, milionário do sonho, disponível em: https://www.letras.mus.br/emicida/milionario-do-sonho/, pesquisa realizada dia 23 de maio 2018.

cumprimento de sentença/execução de alimentos, ambos com pedido de prisão civil do devedor, realmente coage e obriga o Devedores que detiveram assistência e orientação jurídica, a cumprir com a sua obrigação alimentar. No entanto, a respectiva sanção não se mostrou eficiente para àqueles que, por questões jurídicas, sociais e econômicas não detinha condições e recursos financeiros para arcar com o montante devido.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 5ª edição. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015

ARAUJO, Luis Carlos de; MELLO, Cleyson de Moraes (Coord.). **Curso do novo processo civil.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. 896 p.

ASSIS, Araken de. **Da execucão de alimentos e prisão do devedor.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001. 182 p.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem** (Cood.), Editora Saraiva, São Paulo: 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Código Civil (2002). **Vade Mecum Civil e Empresarial**, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Armador, 2017.

BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2016. **Código de Processo**. Brasília, DF, 15 de março de 2015.

BRASIL. Lei 5478, de 25 de julho de 1968. Ação de alimentos e dá outras providencias, Brasília, DF, julho 1968.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 401.887 / SC, 3ª T., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Número Registro: 2017/0128323-9. J. 26/09/2017, disponível em: http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil: anotado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. 1014p.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica.** Belo Horizonte: Forum, 2016. 159 p.

BUZZI, Marcos Aurélio Gastaldi. **Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo**. Curitiba; Juruá, 2003.

CASTILHO, Ricardo. **Direito Humanos**, São Paulo: Saraiva, 2011.p. 82.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. E. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2002.

Código Civil para concursos/ Coordenador Ricardo Didier- 5. Ed. rev.ampl. e atual.- Salvador: Juspodivm, 2017.

CHAVES, Mariana. Coleção Repercussões do Novo CPC - Famílias e Sucessões, In: "**Algumas notas sobre a execução de alimentos no novo CPC**", (org. Fredie Didier), Salvador: Juspodium, 2016, 752p.

DESLANDES, Suely Ferreira; MINAYO, Maria Cecilia de Souza (Org.). **Pesquisa social:** teoria, método e criatividade. In: O projeto de pesquisa como exercício cientifico e artesanato intelectual, 29. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010. 108 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 8.ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Revista IBDFAM: FAMILIAS E SUCESSÕES**, Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. Bimestral.

DIAS, Maria Berenice**. A cobrança dos alimentos no novo CPC.** Artigo Publicado em 05.04.2016, disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia-33729-cobranca-dos-alimentos-no-novo-cpc**, pesquisa realizada dia 11.05.2018.**

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, 15 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOURADO, Sabrina. **Coleção Descomplicando Processo Civil**, 4ª Edição Revista e Amplianda, Editora Armador, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito de Família**. 3. Ed. Ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FALCONI, Francisco. Emenda Constitucional nº 64/2010 – Direito à alimentação. blog *Opus Iuris* (do latim: "obra jurídica") disponível em :https://franciscofalconi.wordpress.com/2010/02/15/emenda-constitucional-n%C2%BA-642010-direito-a-alimentacao/ pesquisa realizada dia 08 de fevereiro 2018 as 15:11 horas.

HENRIQUE**,** Antonio; João Bosco. Monografia no curso de direito: **como elaborar o trabalho de conclusão de curso(TCC).** 7. Ed.- São Paulo: Atlas, 2010. 316 p.

KELSEN, Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: WmF Martins Fontes, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri; DIAS, Luciano Souto. Coleção Repercussões do Novo CPC - Famílias e Sucessões, In: "**A prisão civil por inadimplemento de obrigação de prestar alimentos no Código de Processo Civil de 2015**", (org. Fredie Didier), Salvador: Juspodium, 2016, 752p.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Técnicas de pesquisa: **Planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. 6. Ed. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

MATIAS, Antônio Viana**;** SYLVIO, Moreira Alexandre Filho. **Monografia: Do projeto a execução**. Rio de Janeiro: ed. 2005. 112p**.**

MELLO, Sátina Priscila Marcondes Pimenta. **Metodologia da pesquisa em direito**: Rio de Janeiro 2017: SESES, 2017. 182 p.

MENDES, Gilmar Ferreria. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional,** 7ª edição revista atualizada, São Paulo: Saraiva 2012.

PAULA , Adriano Perácio de. **"Aspecto da execução de alimentos à luz do Código de Processo Civil Reformado" em Direito das famílias**- Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira/Maria Berenice Dias (org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.589-598, 2009, P.591.

PARIZATTO, João Roberto. **Ações de Família no Novo CPC**, Edipa Editora Parizatto, Impresso no

Brasil. Edição Setembro de 2015.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de família Contemporâneo** , 3º edição, 2017.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social: métodos e técnicas**. 3.ed.rev.São Paulo: Atlas, 1999.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho cientifico**. – 23. Ed. ver. e atual, - São Paulo: Cortez, 2007.

SGARBI, Adrian. **Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito**. em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/127/edicao-1/revogacao, acesso Edição 1, Abril de 2017, dia 13.05.2018

TATURCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. Coleção Repercussões do Novo CPC - Famílias e Sucessões, In: "**Execução de Alimentos: do CPC/73 ao novo CPC"**, (org. Fredie Didier), Salvador: Juspodium, 2016, 752p.

TÁVORA, Andréa Patrícia Toledo. **Alimentos: o dever dos genitores de presta-los aos filhos menores-** de acordo com o novo código civil brasileiro (lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), RCS Editora, 2004.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Volume 6: **Direito de Familia**, 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. volume 6: **direito de família- de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. 11.Ed.- São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil, volume 2:** Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. rev. atual. e ampl. S?o Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1182 p (vol. 2). ISBN 978-85-203-6694-3 vol.2.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.1 ISBN 978-85-309-6934-9 v.1.

CAPÍTULO 8

O PAPEL DO PROCON NA DEFESA QUALIFICADA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES – UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N° 5196/13

Ana Cristina Alves de Paula
Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho"
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais
Franca/SP

Maiara Motta
Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho"
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais
Franca/SP

RESUMO: O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu um microssistema normativo, cercando-se de normas de caráter geral e abstrato e contemplando preceitos normativos de diversas naturezas. A infraestrutura protetiva do consumidor, denominada Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, é um conjunto de órgãos públicos e entidades privadas responsáveis direta ou indiretamente pela promoção de defesa do consumidor. Os Procons foram concebidos como entidades ou órgãos estaduais e municipais de proteção ao consumidor, criados no âmbito das respectivas legislações competentes para fiscalizar as condutas infratoras, aplicar as penalidades administrativas correspondentes, orientar o consumidor sobre seus direitos, planejar e executar a política de defesa do consumidor nas suas respectivas áreas de atuação, entre outras atribuições. O principal objetivo desta pesquisa foi compreender e delimitar o atual debate que envolve o fenômeno da judicialização do Direito do Consumidor, tentando encontrar subsídios para o esclarecimento dos efeitos deste fenômeno no cotidiano das pessoas e perquirindo situações que viabilizem a aplicabilidade do tratamento jurídico conferido pela legislação consumerista. Por meio do método dedutivo com técnica de pesquisa bibliográfica, conclui-se que, em meio à "crise da administração da justiça", estes órgãos da administração direta dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais, foram instituídos no Brasil com a missão de amenizar os efeitos produzidos pela ineficácia do Estado na tutela de direitos dos consumidores, defendendo a conveniência e adequação do emprego de técnicas de conciliação por seus agentes, sem prejuízo da prática de ações administrativas de prevenção de outros conflitos ampliados ou difusos de consumo.

PALAVRAS-CHAVE: defesa dos consumidores; papel do Procon; Projeto de Lei n° 5196/13.

THE ROLE OF PROCON IN THE QUALIFIED DEFENSE OF CONSUMERS INTERESTS – AN ANALYSIS OF PROJECT OF LAW N°

ABSTRACT: The Consumer Protection Code established a normative micro-system, encompassing general and abstract norms and contemplating normative precepts of various natures. The consumer protection infrastructure, called the National Consumer Defense System, is a set of public bodies and private entities that are directly or indirectly responsible for promoting consumer protection. The Procons were designed as state or municipal consumer protection bodies, created under their respective laws, to supervise the offending conduct, to apply the corresponding administrative penalties, to guide the consumer about their rights, to plan and execute the defense policy of the consumer in their respective areas of activity, among other duties. The main objective of this research was to understand and delimit the current debate that involves the phenomenon of the judicialization of Consumer Law, trying to find subsidies to clarify the effects of this phenomenon on the daily lives of people and facing situations that make feasible the legal treatment conferred by consumerist legislation. Through the deductive method with a bibliographic research technique, it was concluded that, in the midst of the "crisis of the administration of justice", these organs of direct administration of the State and Municipal Executive Powers were instituted in Brazil with the mission of mitigating the effects produced by the inefficiency of the State in the protection of consumer rights, defending the convenience and adequacy of the use of conciliation techniques by its agents, without prejudice to the practice of administrative actions to prevent other widespread or diffuse consumer conflicts.
KEYWORDS: consumer protection; Procon's role; Project of Law n° 5196/13.

1 I INTRODUÇÃO

O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, irradiando-se para todo ordenamento jurídico e afetando as mais diferentes relações jurídicas. Viu-se, pois, que a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Dessa luta pela defesa do ser humano inserido no contexto econômico social nasceu a necessidade de defender o consumidor, parte reconhecidamente mais fraca nas relações econômicas do regime capitalista, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que o tutelem contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, haja vista a necessidade premente de se coibir as práticas abusivas e desleais no âmbito das relações de consumo.

Os antecedentes históricos da proteção ao Direito do Consumidor datam da antiguidade, pois desde quando o homem passou a conviver em sociedade existe a preocupação com a proteção consumeirista. No entanto, foi somente na década de 70, época em que os países ocidentais centrais passaram por um período de

reestruturação estatal, devido à crise do *Welfare State* e à necessidade de maior legitimação político-social, que foram criadas algumas entidades, associações civis e órgãos governamentais que tinham o intuito de lutar pela defesa e proteção dos direitos dos consumidores.

A grande marca da transição democrática no Brasil, a partir dos anos oitenta, foi o retorno do poder político aos civis, a reestruturação do Estado e a multiplicação dos padrões organizacionais da sociedade civil, ampliando a esfera pública e os espaços para a ação democrática. Mas o movimento em favor do consumidor brasileiro, iniciado em maio de 1976, quando foi criado no Brasil, através do Decreto n° 7.890 por parte do governo do Estado de São Paulo, o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, foi aos poucos e com o passar dos anos tomando rumos bem definidos, sendo consolidado com a elaboração da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu, de forma expressa, como dever do Estado promover a defesa do consumidor e previu a elaboração de uma legislação ordinária federal para proteção de tais direitos, o que veio a se concretizar com a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990), saudado internacionalmente como uma das leis mais modernas e completas de defesa do consumidor, o qual disciplinou, de forma ordinária, a proteção e defesa do consumidor brasileiro, extirpando, de uma vez por todas, as dúvidas suscitadas acerca da proteção e defesa dos direitos dos Consumidores no Brasil.

O direito do consumidor tem um caráter multifacetado, objeto de debates jurídicos e políticos, pois ele se move na fronteira entre o direito individual e o coletivo, conforme o tipo de queixa do cidadão. Partindo da compreensão de que o direito do consumidor encontra guarida nos direitos humanos, em especial, segundo Bobbio, nos direitos de terceira geração, dado que, sendo considerado um direito econômico com reflexo social, passa a merecer a proteção, respeito e amparo na forma prevista no ordenamento jurídico vigente, o legislador protetivo conferiu à Administração Pública, por intermédio de um órgão específico, competência e legitimidade para a proteção e defesa da coletividade consumidora.

Procon é uma designação simplificada dos órgãos do Poder Executivo Estaduais ou Municipais, que, na condição de "órgão responsável pelo cumprimento do dever fundamental de proteção ao consumidor, por vinculação constitucional" (BRITTO; SANTOS, 2009, p. 304), tem como missão imprescindível a resolução dos conflitos individuais produzidos pela ineficácia do Estado na tutela coletiva dos consumidores.

A percepção dos Procons como instância de solução de conflitos se popularizou face aos expressivos resultados atingidos – ao menos quantitativamente – por meio das chamadas audiências de conciliação. Podem-se elencar cinco atividades principais desenvolvidas pelos Procons, quais sejam: orientação; mediação; estudos; pesquisas; encaminhamento à fiscalização; e fiscalização. Dentre essas, a fiscalização das relações de consumo e o encaminhamento à fiscalização são as atividades precípuas para dar efetividade às normas, inclusive aplicando as

correspondentes sanções administrativas e promovendo a execução e cobrança de multas, nos termos do art. 55, § 3°, do Código de Defesa do Consumidor.

A defesa do consumidor, verdadeiramente uma conquista da cidadania proporcionada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor, depende em grande parte da qualidade do atendimento proporcionado aos consumidores pelos órgãos públicos encarregados de dar efetividade aos comandos normativos da lei. Por isso é que a Constituição Federal de 1988, além de reconhecer o consumidor, individual e coletivo, como vulnerável, assegurando sua proteção constitucionalmente tanto por meio do art. 5º, inc. XXXII, quanto do art. 170, inc. V, também determinou, em seu art. 98, inc. I, a criação dos Juizados Especiais como meios alternativos de pacificação social, a fim de oferecer à sociedade as tão sonhadas rapidez e eficácia na composição dos conflitos e superar ou, ao menos, atenuar os obstáculos impostos ao pleno e igual acesso à justiça:

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
>
> I – Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante o procedimento oral e sumaríssimo, permitido nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;
>
> Art. 2º O processo orientar-se pelos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação ou a transação.

A edição da Lei nº 9.099/95, de 26.09.1995, que entrou em vigor em 26.11.1995, instituidora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual, surgiu como instrumento a propiciar justiça ágil, desburocratizada e menos formal, com vistas a recuperar a credibilidade da população na Justiça, sobretudo das camadas mais carentes da sociedade, afastando o custo do processo, a morosidade e o formalismo do processo civil. Entre as inovações introduzidas pela lei supramencionada destacam-se a isenção de custas em primeiro grau, a facultatividade no patrocínio por advogado e a instituição de novo procedimento para a execução dos seus julgados, expandindo a competência para o processamento, julgamento e execução de causas de menor complexidade, cujo valor não seja superior a quarenta salários mínimos.

O instituto da conciliação alcançou grande destaque no mundo jurídico, já que representa uma considerável quebra da tradicional forma de prestação jurisdicional através da sentença, posto que na decisão homologatória da conciliação, as partes decidem entre si a resolução do conflito, mediante a aplicação dos procedimentos oral e sumaríssimo, não havendo a necessidade da imposição do Estado-Juiz dizer o Direito diretamente. A conciliação, uma vez trabalhada, praticada e incentivada, atua como mecanismo de descongestionamento do Poder Judiciário, paralelamente a outros mecanismos alternativos também existentes. Os dados revelam que os

direitos contemplados pelos serviços de justiça prestados pelos Juizados Especiais contribuem para a ampliação e conscientização dos indivíduos vis-à-vis o papel dos direitos nas relações sociais. É possível afirmar que o acesso aos mecanismos públicos de justiça contribui, em médio prazo, para a ampliação da cidadania e para uma cultura política que enfatiza o papel dos direitos nas formas plurais de constituição do sujeito-cidadão hoje.

Como já alertava Mauro Cappelletti (1988), é sinal de melhor acesso à Justiça um sistema de solução extrajudicial de conflitos, pela chamada justiça coexistencial e conciliatória. A ação dos órgãos de defesa do consumidor é independente. Ao consumidor, portanto, permite-se o registro de sua reclamação junto ao Procon e/ou ao Poder Judiciário, sem implicar no encerramento automático de nenhuma das demandas. Entretanto, mesmo com toda a sistemática criada, alguns ainda insistiram e insistem em violar tais direitos, ofendendo de forma transversal os direitos humanos, pois o respeito ao direito do consumidor nada mais é do que uma expressão dos direitos humanos, o qual abarca em seu arcabouço a possibilidade de respeito a tais direitos como plataforma de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais – DHESCA, sendo, portanto, importante ter a devida proteção a tais direitos, no qual o Direito do Consumidor está inserido como Direito Econômico e Social, necessitando ser resguardado em favor daquela parte vulnerável e hipossuficiente na relação de consumo, qual seja o consumidor.

Apesar do CDC prever medidas administrativas para solucionar eventuais problemas que eventualmente venham a surgir nas relações de consumo, ainda existe no Brasil um equívoco da judicialização pronta e imediata dos conflitos. Muitas vezes, há grande possibilidade de se solucionar a questão pela via administrativa, todavia, essa é deixada de lado e imediatamente se ingressa com medidas judiciais, normalmente utilizando-se dos Juizados Especiais Cíveis, os quais vêm se transformando em um verdadeiro balcão de reclamações de consumidores, o que acaba por congestionar os cartórios e impor maiores custos operacionais (funcionários técnico-administrativos e adiamento de audiências).

Uma pesquisa organizada pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), em convênio com a Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça), destacou o protagonismo dos Juizados na resolução dos conflitos de consumo, beneficiado pela não competência para apreciação de outras causas que também seriam relevantes (como trabalhistas, familiares e fazendárias locais). Outrossim, destaca-se o Relatório n° 32789-BR, intitulado “Fazendo com que a Justiça conte”, elaborado pelo Banco Mundial, o qual aponta que os tribunais estaduais de pequenas causas atraem processos que não teriam sido levados ao sistema judiciário caso eles não existissem e também que é evidente que um pequeno grupo de réus estão abusando do sistema em seu próprio benefício.

Pode-se especular, sem maiores dados empíricos, que um dos principais motivos para o pouco uso da via administrativa seja o protagonismo político do Poder

Judiciário, visto como o grande defensor dos consumidores em seus litígios com as grandes empresas. A patrimonialização destes conflitos, estimulada pela cultura reparatória e pela expectativa de indenização pecuniária, também merece destaque como explicação racional para a atitude dos consumidores. Destaque-se ainda que não há razões suficientes para se afirmar que uma decisão tomada em sede de um Juizado Especial seja mais segura ou confiável que um julgamento administrativo pelos órgãos de defesa e proteção do consumidor. De fato,

> a alta litigiosidade não implica em acesso à Justiça amplo, mas no fato de poucas pessoas ou instituições utilizarem demais o Poder Judiciário, enquanto que a maior parte da população está afastada dos mecanismos formais de resolução de litígios (PINHEIRO, 2005).

A presença constante das mesmas empresas no polo ativo demonstra que as lesões aos direitos dos consumidores são rotineiras. Com tamanho afluxo de casos semelhantes, ante a alta propensão ao perecimento do direito pela burocratização dos Juizados Especiais Cíveis, talvez fosse o caso de se implementar Juizados com competência específica para relações de consumo. Afinal, litígios em excesso indicam que as leis e os direitos não se acham suficientemente bem definidos e/ou respeitados, bem como o sistema não está sendo eficiente em desencorajar casos que deveriam ser resolvidos no âmbito privado.

Assim como ocorre no sistema norte-americano, poder-se-ia limitar a tutela jurisdicional apenas nos casos de ofensa às garantias processuais, constituindo o esgotamento das vias administrativas um verdadeiro filtro para as demandas que chegariam ao Poder Judiciário. Entretanto, os opositores da adoção deste sistema no Brasil invocam a garantia da inafastabilidade da jurisdição, protegida pelo art. 5º, inc. XXVI, da Constituição vigente (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Alguns doutrinadores ainda apontam que o acesso à justiça deve ser irrestrito. Acerca dessa inafastabilidade do controle jurisdicional, Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva (2014) aduz que:

> Este princípio é garantia do direito de ação, por conferir àquele que for ou que esteja na iminência de ser lesado em seus direitos, o acesso irrestrito ao Poder Judiciário, bem como ter a devida e a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Dirigido tanto ao legislador, que fica impedido de lançar leis que restrinjam o amplo acesso aos órgãos do Judiciário, quanto ao juiz, que deve dar a correspondente e efetiva resposta à pretensão posta a sua apreciação. É a tábua que viabiliza o amplo e irrestrito acesso à justiça.

Em contrapartida, Luiz Guilherme Marioni (2010, p. 180) aponta que:

> Não há dúvida que a preocupação com a questão do acesso à justiça não deve levar ao estímulo à litigância. Descabe confundir acesso à justiça com facilidade de litigar. A propositura de uma ação tem profundas implicações de ordem pessoal e econômica, devendo constituir uma opção feita a partir de um processo de reflexão, em que sejam considerados, de modo racional, os prós e contras que podem advir da instauração do processo judicial.

Em concordância ao entendimento por último mencionado, o intuito do presente

estudo será instigar a utilização dos meios administrativos de solução de conflitos de consumo, quando possíveis e viáveis, com vistas a evitar o abuso das facilidades e exageros de se litigar por litigar. Segundo opinião de José Eduardo Carreira Alvim, a efetividade compreende não somente o acesso, mas também, e principalmente, o decesso à Justiça. Em outras palavras: é necessário garantir não somente a entrada das demandas das partes no Judiciário, mas, igualmente viabilizar a prestação jurisdicional, da forma mais célere e efetiva possível. Contudo, diversamente do que se poderia supor, a absorção integral dos conflitos de consumo pelos Juizados Especiais não significa garantia de pleno acesso à Justiça, conceito este mascarado pela realidade de um demagógico acesso aos órgãos judiciários, cujo resultado é, muitas vezes, uma prestação jurisdicional deficiente e de baixa qualidade.

Fato é que, atualmente, o consumidor que procura o Procon elabora uma reclamação de cunho administrativo e caso não haja conciliação, obrigatoriamente ele deve procurar o Poder Judiciário e ingressar com uma ação judicial. Muitas vezes, pela descrença na lentidão dos serviços, o consumidor desiste e não tem o seu problema solucionado. Com a aprovação e sanção do Projeto de Lei nº 5196/13, que está em discussão no Congresso Nacional, tal etapa não existirá, pois a mesma reclamação será convertida em processo judicial de forma automática, passando ao Poder Judiciário a obrigatoriedade de designar audiência de instrução e julgamento, em atendimento ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Permitir-se-á, portanto, que a própria reclamação formulada pelo consumidor perante os Procons passe a ter força de processo judicial, caso não haja conciliação entre o consumidor e a empresa fornecedora perante a esfera administrativa. Assim, o procedimento de atendimento à demanda passará a ser célere, trazendo maior credibilidade não só nos Procons, mas principalmente ao Poder Judiciário.

Por outro lado, o referido projeto propõe a extensão do poder de aplicar medidas corretivas que dependem de apreciação efetiva pelo Poder Judiciário aos Procons. O Código de Defesa do Consumidor, em seu texto original, já permite que estes fiscalizem, autuem e apliquem penalidades às empresas que infrinjam a legislação consumerista. A aplicação da multa diária é medida exclusiva do magistrado para que haja o efetivo cumprimento de decisão judicial, conforme enuncia o art. 461 do Código de Processo Civil, não cabendo à autoridade administrativa proceder a tal medida, sob pena de desvirtuamento do instituto. Caso contrário, sanções que eram de competência exclusiva do Poder Judiciário, com as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa respeitadas, passarão a ser aplicadas por órgãos administrativos do Poder Executivo, causando, assim, notória ofensa ao princípio constitucional, assegurado pela cláusula pétrea, da separação dos poderes.

Todavia, a nova redação do art. 60-B, cujo dispositivo enuncia que “as decisões administrativas que apliquem medidas corretivas em favor do consumidor constituem título executivo extrajudicial”, esbarra no artigo 5º, inciso XXXV da CF, que garante

que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Não há como considerar que a decisão prolatada pelo órgão administrativo tenha força de título executivo extrajudicial, sem que antes haja a homologação de tal decisão pelo Poder Judiciário, pois se ao contrário for, pode sim, trazer insegurança jurídica para as partes envolvidas.

Desta feita, as alterações do Código de Defesa do Consumidor almejadas pelo projeto de lei em referência devem ser analisadas com o cuidado que a questão merece. Para o alcance da efetividade do acesso à Justiça dos consumidores, instrumentalizado pelos Procons, na busca pela solução dos dissídios tanto individuais, quanto coletivos e difusos, Igor Britto e Ricardo Santos (2009, p. 304) aduzem as seguintes sugestões:

> [...], é fundamental que os agentes dos Procons reconheçam, incorporem e pratiquem a defesa negociada dos interesses de um consumidor hipossuficiente. Essa defesa qualificada, a propósito, deve ser técnica, e não intuitiva, fato que demanda da Administração Pública, o desenvolvimento de políticas de capacitação desses agentes, para o emprego de técnicas de negociação assistida, bastante diferentes daquelas que tradicionalmente lhes são ministradas nos cursos de formação de conciliadores [...] os Procons e seus agentes, em momento posterior à resolução negociada de um conflito individual (prática que atenua a penalidade consensualmente assumida por aquele que viola o direito), se encarreguem da tomada de medidas administrativas (punitivas e pedagógicas) de prevenção de novos danos da mesma natureza, a exemplo do investimento e difusão dos cadastros de reclamações fundamentadas, da reunião de diversas reclamações individuais em um único processo administrativo com caráter de tutela coletiva ou difusa, da instauração de processos administrativos por ofício para investigação de lesões coletivas, da aplicação de penalidades severas, e da adoção de dosimetrias de multas que levem em consideração não apenas a proporção das lesões como também o poder econômico dos fornecedores multados.

Aos consumidores foram concedidas nos últimos anos muitas garantias e direitos, principalmente em função de seu caráter vulnerável, princípio basilar do direito do consumidor e fonte de oxigenação do ordenamento jurídico consumerista, do qual decorre um sensível desequilíbrio em virtude do princípio da isonomia, onde é necessário tratar os desiguais na exata medida de sua desigualdade. Como intermediário da relação consumerista, o Procon poderá realizar importante papel na conciliação entre as partes, o que se reflete no número de demandas no Poder Judiciário, aumentando o custo beneficio para as partes litigantes. Informalidade, rapidez, conhecimento técnico e possibilidade de execução judicial posterior são apenas alguns dos argumentos que poderiam ser utilizados para se reconhecer a vantagem deste meio alternativo aos Juizados Especiais Cíveis, que sofrem com o imenso volume de demandas judiciais sobre questões que poderiam ser conciliadas de formas diversas, causa da morosidade e consequente ineficácia da prestação jurisdicional nas ações de complexidade que se objetivava solucionar com a promulgação da Lei n. 9.099/95. A função do Procon é de elevada importância para a rápida e eficaz solução dos conflitos consumeristas, incentivando as partes a comporem seus litígios em busca de um acordo que beneficia toda a cadeia de

consumo e também ao Estado.

Todavia, é necessário que haja equilíbrio entre a função do Procon enquanto órgão fiscalizador e administrativo e o Poder Judiciário, quanto ao atendimento das reclamações que envolvam as relações de consumo, a fim de que não haja o excesso de poder centralizado em um órgão administrativo, o qual pode vir a ser politizado em decorrência da amplitude que o Projeto de Lei nº 5196/13 pretende lhe conceder, desvirtuando o exercício de sua função, qual seja, a de defender os interesses dos consumidores, passando a atender interesses de quem integra e dirige o referido órgão, o que afrontaria não só o Código de Defesa do Consumidor, mas principalmente a Constituição Federal em seus princípios basilares.

2 I PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Para a elaboração desta pesquisa, o método de abordagem utilizado foi o analítico para análise da temática e dos diferentes tratamentos dados em diferentes contextos, além do método dedutivo, o qual pressupõe a razão como única forma de chegar ao conhecimento verdadeiro, utilizando-se de uma cadeia de raciocínio descendente ao partir de uma tese para chegar a uma síntese.

Por meio da revisão bibliográfica, uma série de obras foi analisada e teve suas ideias, quando possível, aplicadas ao caso particular a ser tratado nesta pesquisa. Para isso, dispôs o trabalho do uso de todo tipo de manuais e livros, além de artigos específicos (publicados em periódicos) e monografias, disponíveis nas bibliotecas da Universidade Estadual Paulista (Unesp), da Universidade de São Paulo (USP) e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Além destes meios, contou-se com alguns portais digitais, de universidades do exterior e institutos de pesquisa, que disponibilizam parte de seu material digitalmente.

3 I RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os direitos do consumidor representam uma inovação e um avanço na relação entre Estado e cidadão e na ação desse último na esfera pública por meio das demandas que encaminha aos Juizados Especiais Cíveis do Brasil. A relevância desse tema está em reconhecer como interesses individuais da vida cotidiana e lutas políticas de diversas ordens caminham *pari passu* na participação mais ativa do cidadão para a democratização da sociedade, inclusive no que diz respeito às relações entre indivíduo e mercado em tempos de globalização.

No que se refere às justificativas para a elaboração desta pesquisa, vários motivos podem ser elencados. Destaca-se, entre eles, a enorme polêmica, anteriormente mencionada, em torno deste tema, que há muito vem permeando as páginas das doutrinas, artigos e jurisprudências. O projeto justifica-se pela importância das relações de consumo na sociedade atual, de produção massificada

e consumo impulsionado pela força motivacional da publicidade. Por necessidade ou por voragem consumista, os consumidores, muitas vezes, veem-se frustrados nas suas expectativas de qualidade de produtos e serviços, recorrendo aos órgãos destinados a acolher as suas reclamações. Os destinatários da maior demanda são os PROCONs.

Todavia, é de constatação empírica que os consumidores não encontram, nos órgãos públicos de defesa do consumidor, de modo geral, ressalvadas algumas exceções, o atendimento capaz de satisfazer as suas demandas contra os fornecedores, diante do descumprimento das normas de proteção do CDC. Embora sejam detentores de poder de polícia, incumbidos de impor as sanções administrativas previstas no art. 56, do CDC, por infração das normas de defesa do consumidor, a quase totalidade dos PROCONs ainda não alcançou a efetividade esperada, por deficiências estruturais dos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Deve também ser mencionada a existência de pouca bibliografia específica para o tratamento deste problema, dado que poucas são as obras que tratam da extensão do instituto da judicialização das relações de consumo de maneira detalhada.

4 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da configuração atual da sociedade em um contexto que já supera o modelo ocidental revela que se verifica uma exasperação do consumo, sendo esta uma consequência de fatores de natureza tanto objetiva quanto subjetiva. Em relação aos aspectos objetivos, não requer esforço identificar uma pressão exercida pelo subsistema econômico, visando acentuar o papel da economia no interior do Sistema Social. Esta pressão é no sentido de uma expansão das relações econômicas por meio do aumento da produção, gerando uma demanda pela ampliação de mercados e, consequentemente, ampliação do consumo.

Em relação aos aspectos subjetivos, também é de fácil percepção como que o desenvolvimento técnico, em uma velocidade sem precedentes na evolução humana, tem projetado efeitos no subsistema cultural, por meio da busca desenfreada por novos produtos, gerando um intenso estímulo ao consumo. Neste modelo de uma sociedade do consumo, verifica-se o surgimento de novas configurações de relações jurídicas, fato que torna imperioso o repensar dos modelos tradicionais, hoje obsoletos, de tutela de direitos de consumidores.

O objeto da presente pesquisa consistiu em uma análise a respeito da atuação positiva a que se vincula o Estado na proteção e efetivação dos direitos dos consumidores, tendo em vista a necessidade de atuação do direito fundamental de acesso à justiça e o postulado constitucional da defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII). A abordagem partiu do contexto histórico, na linha da normatização do Direito do Consumidor, desde a Constituição brasileira de 1988, culminando no advento do

Código de Defesa do Consumidor, que disciplinou a política nacional das relações de consumo, bem como o sistema de defesa com os mecanismos a serem aplicados.

Em especial, foi objeto de análise o papel desempenhado pelos Procons, órgãos da administração direta dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais, cuja missão é a de atuar na tutela de direitos dos consumidores. Partindo do pressuposto de que é dever das mencionadas fundações promover a proteção e a defesa dos direitos dos consumidores, a necessidade da abordagem sobre a atuação desses órgãos administrativos se justifica, considerando-se a possibilidade de serem meios alternativos às vias judiciais para a solução dos conflitos acaso surgidos.

Tendo por referência os preceitos teóricos e práticos relativos aos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil, foram objeto de análise os pormenores das vias de tutela de proteção ao consumidor – a judicial e a administrativa –, a fim de identificar qual delas é mais eficiente na tutela perquirida pelo consumidor, visto que os conflitos de consumo são protagonistas dos processos nos Juizados Especiais Cíveis.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo. **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRITTO, Igor Rodrigues; SANTOS, Ricardo Goretti. O papel do PROCON na defesa qualificada dos interesses dos consumidores: o acesso à justiça e os métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 4, p. 281-306, 2009.

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

FERREIRA, Savine Itaborai. **Acesso à justiça e os Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/monopdf/37/SAVINE%20ITABORAI%20FERREIRA.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

PINHEIRO, Aline. **Estudo mostra impacto da ação do Judiciário na economia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-dez-02/estudo_mostra_impacto_acao_judiciario_economia>. Acesso em: 27 ago. 2018.

SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. **Direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2014.

CAPÍTULO 9

A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO ACESSO À JUSTIÇA

Janete da Silveira Wilke
Unichristus. Bacharelado em Direito
Fortaleza – CE

RESUMO: Este artigo possui como objetivo estudar a adoção de novas formas da busca do direito. Devido à sobrecarga do judiciário, torna-se cada vez mais lenta e menos efetiva a submissão do direito do indivíduo. O sujeito, ao apresentar sua lide perante o Poder Judiciário, buscando o direito ao acesso à justiça para solução de seus conflitos, vê-se diante de um judiciário cada vez mais vagaroso e menos efetivo, submetendo-se à decisão por ele emitida. Com esse cenário, abre-se espaço para vias mais céleres, conciliativas e autocompositivas, em que as partes são os atores de suas próprias decisões, proporcionando maior liberdade, emancipando os sujeitos, empoderando suas vontades, sua inserção e maior responsabilidade na sociedade. Para a realização do presente trabalho, foram utilizadas pesquisas em bibliografias, leis e artigos jurídicos, utilizando abordagem através do método dedutivo. O objetivo do trabalho é compreender como os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação, se estabelecem com o objetivo de ampliar o acesso à justiça e dar celeridade e satisfação real às partes; como esses processos voluntários oportunizam os atores do conflito a obterem uma solução mais adequada, por intermédio de profissionais capacitados, técnicas e locais adequados para discutirem sobre o objeto da demanda, proporcionam a não judicialização de uma situação que ainda pode ser resolvida pelo diálogo, favorecendo assim a própria prestação jurisdicional e dando mais celeridade e satisfação a demanda.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Solução de Conflitos. Mediação.Conciliação. Autocomposição.

MEDIATION AND CONCILIATION AS ACCESS TO JUSTICE

ABSTRACT: This article aims to study the adoption of new ways of seeking the right. Due to the overload of the judiciary, the submission of the right of the individual becomes slower and less effective. The subject, when presenting his case before the Judiciary, seeking the right to access to justice to solve their conflicts, is faced with an increasingly slower and less effective judiciary, submitting to the decision issued by him. With this scenario, space is opened for more rapid, conciliatory and self-composed ways in which the parties are the actors of their own decisions, providing greater freedom, emancipating the subjects, empowering their

wills, their insertion and greater responsibility in society. For the accomplishment of the present work, we used researches in bibliographies, laws and legal articles, using an approach through the deductive method. The aim of the work is to understand how extrajudicial means of conflict resolution, mediation and conciliation are established with the objective of increasing access to justice and speeding up and providing real satisfaction to the parties; as these voluntary processes allow the actors of the conflict to obtain a more adequate solution, through trained professionals, appropriate technical and local to discuss the object of the demand, provide the non-judicialization of a situation that can still be resolved by the dialogue, favoring thus the own jurisdictional provision and giving more speed and satisfaction to the demand.
KEYWORDS: Access to justice. Conflict Resolution. Mediation.Conciliation. Autocomposition.

1 I INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo compreender e esclarecer como os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação, são instrumentos jurídicos importantes na ampliação do acesso à justiça e de pacificação social. São formas céleres e justas para a real satisfação dos atores envolvidos na lide.

O juiz vê o conflito como uma decisão em que, para decidir, utilizam-se métodos e ritos dos procedimentos do processo judicial. Já o mediador escuta sobre o problema, sobre as reclamações que cada um tem para, após, ajudar a reconstruir o diálogo entre as partes. Todas as decisões tomadas na sessão não partem dele, é uma decisão discutida, dialogada e construída pelas partes que são sujeitos ativos e interessados na solução mais conveniente para o problema. Dessa forma, a mediação e a conciliação se tornam instrumentos equiparados ao jurisdicional, pois somente oportunizam que o conflito seja solucionado de forma autocompositiva nada impedindo que os mesmos conflitos sejam apresentados ao judiciário. As figuras dos meios alternativos de resolução de conflito não diminuem a importância do Poder Judiciário, a CF, no seu artigo 5º, inciso XXXV, preconiza a igualdade de todos, bem como garante a inafastabilidade do Poder Judiciário quando de lesão ou ameaça ao direito;sendo o judiciário o responsável pela implementação e pela organização desses meios dentro do próprio sistema e na homologação dos processos realizados extrajudicial bem como, efetivando o direito das partes de se autocompor e salvaguardando a necessidade de construírem suas próprias decisões.

Nesse contexto, com o aumento da demanda junto ao Poder Judiciário, na busca de uma justiça célere, esses processos voluntários oportunizam os atores do conflito a obterem uma solução autocompositiva, que, por intermédio de profissionais capacitados, técnicas e locais adequados para discutirem sobre o objeto da demanda, proporcionam a não judicialização de uma situação que ainda pode ser resolvida pelo diálogo, favorecendo assim a própria prestação jurisdicional dando mais celeridade

e satisfação a demanda.

2 I REFERENCIAL TEÓRICO

Este trabalho foi elaborado por meio do método de pesquisa bibliográfica e dividido em quatro tópicos: o acesso à justiça; as principais formas de solução de conflitos; a mediação e a conciliação e as técnicas utilizadas para efetivá-las, os quais serão abordados como se segue.

2.1 Justiça

Na Grécia Antiga, a justiça era definida por uma trilogia: o que Deus definia como justo; como o Estado traduzia os desejos do divino; e às pessoas só cabia obedecer, pois ninguém iria questionar ou ir contra a decisão dos deuses. Segundo Aristóteles, é necessário "tratar desigualmente os desiguais". Já Simônides, na obra de Platão "A República", afirmou: "justiça é dar a cada um o que é seu", definição de origem poética, atribuída ao poeta grego e depois retomada por Ulpiano e outros juristas romanos.

Com o passar do tempo, a ideia e os conceitos de Direito se direcionam sempre para o mesmo fim: a paz social. João Roberto da Silva corrobora esse pensamento, quando se manifesta sobre o assunto com o princípio "onde está o homem está o direito, de tal sorte que é inegável a necessidade do direito para o convívio social em harmonia". Nessa perspectiva, seja dom dos deuses, seja da criação dos homens, o direito tem como sentido, como explicação e como objetivo o equilíbrio e a harmonia social.

A sociedade contemporânea e o jurisdicionado vêm tentando encontrar formas e soluções práticas e justas para adequar o mais desfavorecido para a realidade de hoje. A universalidade da jurisdição acarreta a sobrecarga do judiciário e abre espaço para as vias conciliativas. Estas, ao serem acionadas, indiretamente, diminuem as demandas nos tribunais além de incentivar o indivíduo a solucionar os seus próprios conflitos. Apesar dessa preocupação com a desigualdade, até hoje, os documentos legais não atingiram os objetivos de equidade e as desigualdades entre os que têm mais condições financeiras e os que pouco ou nada possuem.

2.1.1 Teoria discursiva do direito

Os movimentos de acesso a justiça e os mecanismos para resolução de conflitos fortalecem o reconhecimento dos direitos existentes na Constituição Federal, no seu artigo 1º, "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; [...]," em

especial seu artigo 5º, inciso LXXIV, assegurando a todos assistência judiciária, dando liberdade aos cidadãos de buscar dignidade utilizando-se do Poder Judiciário.

> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
>
> LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]

É responsabilidade do Estado a efetivação do direito de acesso ao judiciário, não importando a quem ele será prestado: às populações carentes ou aos mais abastados, ao branco ou ao afrodescendente, ao servente ou ao empresário, ao poder público ou ao poder privado colocando-os em igualdade de condições e possibilitando aplicabilidade, eficácia e autonomia.

O acesso à justiça pode ser visto como a condição primordial dos direitos humanos, tendo um sistema jurídico moderno, visando à promoção de igualdade no acesso às oportunidades, que possa, não somente proclame, e garanta o direito para todos.

2.1.2 Acesso à justiça segundo Dworkin

O acesso à justiça é direito de todo cidadão e está presente na Constituição Federal. Diante disso, Dworkin identifica, na Teoria Política, três virtudes que devem ser levadas em consideração: a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo.

A equidade política "é uma questão de encontrar os procedimentos (...) que distribuem o poder político da maneira adequada", isto é, permite que os cidadãos tenham "mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam".

A justiça preocupa-se com as decisões que os entes políticos possam tomar. "Queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável".

> A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania. (DWORKIN,2003, p.230).

Para o autor, a prática da integridade, colaborando com a eficácia do Direito, faz que o Direito possa "expandir-se e contrair-se, organicamente", na medida em que as circunstâncias trarão novos entendimentos. Cada indivíduo pode escolher aceitar ou não as exigências que lhe são postas e, ao mesmo tempo, exigir dos outros que compartilhem e ampliem essas decisões políticas, promovendo, portanto, consequências morais, conciliação de conflitos, garantias e segurança futura para a comunidade, levando-a a uma transformação. A integridade protege contra a fraude,

a parcialidade e a corrupção, e contribui para a eficiência do direito.

2.1.3 Acesso à justiça e métodos alternativos de resolução de conflitos

Os professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra, Acesso à Justiça, contextualiza que muitos doutrinadores afirmam que Justiça é um ideal de Direito, acrescentando uma importância valorativa, baseada na efetividade e na justiça social. Referindo-se ao método apresentado, Cappelletti complementa sua exposição, com a apresentação de propostas originadas em três questões fáticas: a pobreza econômica, a pobreza organizativa e os obstáculos endoprocessuais à realização dos direitos. Surgem, então, as três questões que são denominadas de "ondas renovatórias".

A primeira onda cappellettiana, "Assistência Judiciária aos Pobres", tem como direcionamento prestar assistência judiciária aos menos favorecidos, tendo em vista o alto valor dos honorários advocatícios, das custas processuais. A segunda onda, "Direitos Difusos", é de fundamental importância porque representa os interesses difusos da coletividade. Orientando-se na terceira onda, sem abandonar as técnicas das duas primeiras, sendo apenas mais uma série de possibilidades para melhorar o acesso à justiça para as classes menos favorecidas, surge a necessidade de buscar novos mecanismos, como preconizam Cappelletti e Garth.

A reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, que seja por meio de advogados particulares ou públicos. Como inovações, para proporcionar acessibilidade e celeridade nos processos, criam-se os Juizados de Pequenas Causas e os Juizados Especiais, regulamentados pela Lei nº 9.099/95.

> A finalidade não é fazer uma justiça "mais pobre", mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva — não apenas formal — é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior "beleza" — ou melhor, qualidade — do que aquele de que dispomos atualmente. (CAPPELLETTI E BRYAN, 2008, p.59).

Se a lei for mais compreensível, ela se tornará mais acessível às pessoas comuns, a muitos tipos de causas. Não podemos preterir que a facilidade de acesso à justiça, o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resultem em um trabalho barato e de má qualidade.

2.2 Principais Formas de Soluções de Conflitos

O presente artigo tem por objetivo o estudo das principais formas de resolução dos conflitos, bem como seus meios alternativos, sob uma perspectiva da conciliação e da mediação.

2.2.1 Sobre o Conflito

O conflito é inerente e necessário ao progresso da sociedade. O conflito não é algo negativo, é fator importante para as mudanças individuais e coletivas. Não existe um padrão para a solução de conflitos, mas sim uma variação em função das circunstâncias que envolvem a relação. Na sociedade atual, os conflitos são geralmente resolvidos pelo Estado, por meio do poder judiciário que sempre se preocupou em aprimorar a prestação jurisdicional, criando mecanismos para atender à demanda por justiça.

2.2.2 Sobre os Meios de Conciliação de Conflitos

Para instrumentalizar, o CNJ cria os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) com a Resolução nº 125,2010, nos artigos 7º e 8º:

> Art. 7º Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:[...]
>
> Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. [...]

A importância da capacitação de quem vai trabalhar com esses mecanismos no artigo 2º do mesmo diploma, “Na implementação da política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: [...] II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores”. Faz-se necessária a formação de profissionais capacitados para os procedimentos bem como a capacitação também de quem recepciona e encaminha as partes para poder dar um direcionamento mais adequado, conforme artigo 9º da Resolução acima citada, parágrafo 2º:

> Art. 9º [...]
>
> § 2º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais deverão assegurar que nos Centros atue ao menos 1 (um) servidor com dedicação exclusiva, capacitado em métodos consensuais de solução de conflitos, para a triagem e encaminhamento adequado de casos.

A mediação trata-se da forma mais adequada para as questões de relações continuadas para as soluções das lides, que deverão ser apontadas pelas partes sem interferência do mediador. Já na conciliação, as questões pontuais são mais facilmente satisfeitas pelas partes com o conciliador conduzindo, orientando e sugerindo soluções.

2.2.3 Mediação e Conciliação

A conciliação e a mediação são instrumentos para a efetivação da pacificação social, colaborando de forma participativa na solução de conflitos, sejam eles de família, de trânsito, de trabalho, de relações sociais, comerciais e financeiras. Elas possibilitam que as partes, de livre escolha em auto composição, encontrem a solução para a lide, de forma pacífica.

> Para quem lida com o direito, há uma alegria fulcral que vem dessa negociação tão direta, tão real, dessa habilidade de dizer na simplicidade que saiu da boca dessa pessoa tão pura na sua noção sobre os acertos da vida. Aquilo deu uma alegria de ver o direito efetivamente realizado. (LOPES, Mônica Sette, 2016, p.58)

A mediação é um processo voluntário e flexível em que um terceiro, imparcial, é o facilitador da negociação entre as partes,auxiliando a encontrar soluções do conflito sem, contudo, interferir nas decisões tomadas entre as partes. Os conflitos que se ajustam a esse método, normalmente, são questões que envolvem sentimentos em relações contínuas e que atrapalham o diálogo entre as partes. Devido à autonomia das vontades utilizada pelos interessados, na mediação e na conciliação, a solução da lide é obtida em um ambiente de participação mútua e de soluções favoráveis para ambos os lados.

Podem estar presentes em uma sessão de mediação estudantes de direito, mediadores em formação, supervisores e co-mediadores, defensor público, ministério público e excepcionalmente o magistrado, se não for o juiz natural da lide. Tendo em vista o aprendizado acadêmico, os observadores devem somente observar e têm, por obrigação, guardar sigilo sobre a mediação. Não são autorizados como observadores: advogados não habilitados e terceiros não interessados mesmo que sejam parentes. Ainda, é proibida, por lei, a participação de menor.

2.2.3.1 Do Mediador

Considerando que as partes estão ali fragilizadas, envolvidas em um conflito, geralmente familiar, expostas diante dos outros, cabe ao mediador explicar o processo de auto composição, devolver a cada um a autoestima, colocando-os em condições de igualdade, facilitando o diálogo e, de certa forma, ensinando aos envolvidos, utilizando-se de técnicas adequadas, como poderão futuramente continuar resolvendo por si mesmos os problemas. Dessa forma, as partes terão condições de igualmente e de comum acordo, se sentirem aptas a compor um acordo possível de ser cumprido. Podendo, inclusive, levar o aprendido para outros contextos de sua vida.

O mediador se utiliza da técnica do afago para afirmar o esforço das partes na participação da mediação e também para valorizar a participação dos advogados no processo. Outra técnica utilizada é a normalização, nesse momento, é importante explicar que os conflitos existem para melhorar as relações entre as pessoas para que, de maneira positiva, possam resolver o conflito existente. É relevante salientar que o mediador não deve demonstrar surpresa ao ouvir as partes, mas trazer

confiança para que elas encontrem a solução mais adequada para ambas.

2.2.3.2 Da Sessão e Etapas

Uma sessão deve transcorrer, sendo cumpridas determinadas etapas distintas entre si, baseadas nos princípios fundamentais que regem a mediação e a conciliação, que devem acontecer em uniformidade para que seja obtido um resultado único e de condições de satisfazer ambas as partes, que são elas:

A sessão de **abertura** começa quando o mediador se apresenta e apresenta a todos que estão na sala, explica a finalidade e as fases da mediação, as garantias e o seu papel no processo, fixa as regras que devem ser seguidas e se às partes concordam com o que foi dito. Após, tem-se a **investigação do problema**, sendo dada a palavra para as partes, explicando o tempo e as regras, para que cada um fale a sua versão. Nesse momento, o mediador realiza a escuta ativa, poderá fazer perguntas e anotações para mais tarde se orientar. No seguimento há a **identificação dos interesses,** fazendo um pequeno resumo da fala de cada um, com as palavras das partes, mas com as ideias organizadas.

Por meio de técnicas, o mediador procura **esclarecer as controvérsias**, formulando perguntas para favorecer o esclarecimento das questões que ainda estão em controvérsia, ponderando todas as opções e as soluções para a situação. Quando necessário, o mediador poderá solicitar **sessões individuais** com cada uma das partes para que elas possam expor seus sentimentos ou fatos, que não fariam diante da outra parte.

A **resolução** se dará após todos os pontos acertados, o mediador fará a construção conjunta e um breve resumo sobre o acordo e pede a confirmação das partes. A **finalização** da mediação se dará por concordância total, parcial ou discordância das partes. Na **concordância total**, o mediador redigirá um termo final, se as partes assim o quiserem, com expressões claras, palavras de simples compreensão de acordo com o que foi declarado por elas. Na **concordância parcial**, da mesma forma, será redigido o termo final constando o que foi acordado entre as partes, naquilo em que *não foi* encontrada solução amigável poderá ser tratado em outra ocasião. Na **discordância**, será redigido o termo final constando que, as partes não chegaram a um consenso, o mediador resume as questões debatidas e encerra o processo de mediação.

E **ao final**, após as assinaturas, o mediador agradece às partes e encerra o processo de mediação, instruindo os próximos passos possíveis: se acordo, homologação; se não, as partes podem iniciar uma ação judicial ou prosseguir com a ação já instaurada.

2.2.4 Técnicas Utilizadas

Conforme os ensinamentos de Vicente e Biasoto, o mediador deve sempre

proporcionar cooperação entre as partes, sendo atencioso e buscando compreendê-las. Ao se preocupar como as partes irão expandir a forma de ver o conflito, faz que o ponto de vista do outro seja considerado e que vejam o mediador como exemplo de comunicação. O mediador, ao não estimular o diálogo entre as partes, estará retirando a possibilidade de elas sentirem o poder que têm de resolverem a lide de maneira autônoma. Pois, ao final, o desejo é que as partes saiam satisfeitas com a resolução.

O resumo, ao final de cada fala, é de vital importância na construção da solução da lide. Ao optar por um resumo com perspectiva construtiva, o mediador se encaminha para uma mediação mais efetiva com significativo valor nesse tópico. Ao relembrar tudo o que foi exposto, as partes saberão que o mediador estava ouvindo e compreendendo o que estava sendo dito. O resumo elaborado pelo mediador, com palavras simples e de fácil compreensão, serve também para organizar e estabelecer o acordado sem, contudo, interferir no seu conteúdo.

A técnica da inversão de papéis tem por intuito estimular a empatia entre as partes, é quando o mediador orienta para que uma das partes perceba a situação sob a visão da outra. É sugerido que essa técnica só seja utilizada dentro do cáucus; ao aplicá-la, deverá ser explicada às partes que se trata de uma técnica da mediação e que também será utilizada com a outra parte para manter a imparcialidade. O mediador, ao organizar as questões e os interesses que estão sendo debatidos com as partes, trará ao processo mais confiança possibilitando maior êxito à contenda. As próprias partes, com mais facilidade, chegarão a uma conclusão, isto é, ao acordo mutuamente satisfatório.

A demonstração do mediador no reconhecimento e na validação dos sentimentos das partes e de suas individualidades é a ideia inicial de entendimento e empatia. Dessa forma, as partes terão maior tranquilidade para mudar o rumo da conversa. O mediador deve deixar claro às partes que está ali para mediar a solução do conflito, pois ao ignorar os sentimentos delas, demonstra insensibilidade do mediador, desvalidando os sentimentos, desestabilizando o processo de mediação.

Um dos mecanismos utilizados para o reconhecimento e a validação dos sentimentos é a técnica da escuta ativa, muito necessária para entender além das palavras, dos gestos e das emoções, assume um papel importante validando sentimentos. O mediador deve saber escutar, e ter atenção é de vital importância, tanto quanto ter cautela nas intervenções, dando apoio às partes para consenso e comprometimento na solução da lide. Uma das ferramentas da escuta ativa é a audição de propostas implícitas, ou seja, a parte, em sua fala, diz que pretende, de alguma forma, solucionar o conflito, sem perceber que está fazendo isso. O mediador deverá ter a visão e reconhecer a oportunidade em que as partes estão propondo ideias e oferecendo opções para as propostas implícitas, utilizando as técnicas adequadas para poder melhorar e ajudar as partes.

Outra técnica é da recontextualização, em que o mediador motiva as partes

a identificarem a situação por outra perspectiva, reconstruindo as frases de forma educada e menos agressiva, sem a carga de emoção. Dessa forma, as partes passam a considerar as questões de forma mais positiva, por exemplo, o requerente declara: “Tudo o que eu falo entra por um ouvido e sai pelo outro... Ela não me escuta”. O mediador recontextualiza: “Você gostaria de ela lhe escutasse melhor, certo? O que você pode fazer para que ela lhe escute melhor, de qual maneira gostaria de ser ouvido?”.

O mediador deverá, sempre que possível, utilizar a técnica de perguntas abertas, pois são aquelas que induzem a uma resposta das partes utilizando os seus próprios conhecimentos, ideia de sentimentos, faz que a pessoa pare, pense e reflita que tenha total controle sobre sua resposta. São perguntas objetivas, que não induzem a resposta sucinta, mas sim a fundamentação com muitas palavras. Por exemplo: “O que aconteceu depois?”. “Qual a sua opinião sobre isso?”, “Fale mais sobre isso?”, “Como você vê essa situação?”. As perguntas fechadas são respondidas em poucas palavras,geralmente, utilizadas para obter informações específicas, fáceis de responder e dadas com rapidez, sem muito pensar. Elas finalizam a conversa, não incentivam as partes a elaborarem as respostas e a fornecerem mais informações sobre si mesmas. E as perguntas restritas são um tipo de pergunta fechada, ela permite a parte, a formulação de uma resposta com uma única palavra.

A geração de opções é uma das ferramentas utilizadas para ultrapassar eventuais dificuldades antes de decidir, de encontrar uma solução eficiente para ambas as partes. As próprias partes criam diversas alternativas para solucionar o conflito. O mediador não vai expor uma solução, mas sim incentivar a busca de uma solução única e conveniente para ambas as partes. O mediador é como um filtro de informações deve concentrar-se no interesse das partes de forma produtiva no conflito. A técnica do enfoque prospectivo tem por foco ouvir os interesses reais das partes e não suas posições, sem se preocupar com quem está certo ou errado, mas sim quais as soluções serão voltadas para o futuro, que as partes reconheçam o conflito existente e de que forma pretendem se relacionar no futuro.

Nos processos heterocompositivos, procura-se a culpa diante dos fatos, via de regra, busca-se onde está a autoria da culpabilidade, da transgressão. Já nos autocompositivos, a busca está voltada para estimular a solução da lide de forma que atenda plenamente os interesses reais das partes sem procurar identificar culpabilidade e/ou certo e errado na relação. As partes envolvidas devem ver o conflito olhando para frente e não para o passado, assim construírem soluções voltadas para o futuro, parte importante na relação continuada.

3 I METODOLOGIA

O artigo apresentado, foi escrito através de um processo de análise da informação que utiliza o raciocínio lógico e a dedução para obter uma conclusão a

respeito do assunto do mesmo. O método utilizado foi o monográfico onde o estudo é feito em grupos para que após análises possa ser feito generalizações acerca do assunto, estudando-o profundamente. As técnicas utilizadas para a formação do presente artigo foram referências bibliográficas e documentais, com aspectos predominantemente descritivos.

4 I CONCLUSÃO

Está acontecendo uma mudança muito acentuada, visto que está em desenvolvimento uma nova cultura. A Justiça está deslocando o seu eixo com a inclusão dos meios consensuais, mediação e conciliação, no âmbito judicial com a regulamentação e o incentivo no âmbito privado, incluindo as extrajudiciais que estabelece formas plurais de resolução. Dessa forma, o Estado garante o seu compromisso com a pacificação social.

É de vital importância a formação constante, o controle da atuação dos profissionais, a ética observada, as questões fundamentais aprofundadas, que a conciliação e a mediação extrajudiciais sejam reconhecidas como atividades próprias, únicas, desvinculadas de quaisquer atribuições.

A mediação extrajudicial possui um campo enorme. Não é um caminho certo, delineado, assentado, pavimentado com uma cultura que se espalha naturalmente. Ao se estabelecer entre os envolvidos no conflito formas delicadas e suaves de apresentar o problema, pressupõe-se uma postura, também, delicada para, desse modo, resolver os conflitos que se estabeleceu entre os envolvidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Manual de Mediação Judicial, 2016. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Resolução Nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 27 jun. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império Do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LOPES, Mônica Sette. Mediação Extrajudicial: O Conflito Pelo Direito E Pelo Avesso. **Juslaboris**. Disponível em: ttps://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/98239/2016_lopes_monica_mediacao_extrajudicial.pdf. Acesso em: 26 ago 2018.

MACEDO, Silvio de. **Da Lei universal à Justiça e ao Direito:** Conceitos e Definições. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas Revista Sumário**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 35 – 60,1999.

SALES, Lilia Maia de Morais e CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Conflito, Poder Judiciário e os Equivalentes Jurisdicionais:** Mediação e Conciliação. **Revista da AJURIS**, Rio Grande do Sul, v. 41, n. 134, p. 391 – 415, Jun 2014.

SILVA, João Roberto da. **Arbitragem**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA, **Conciliação Mediação de Conflitos. Nupemec**. Bahia, agosto, 2015

CÉSPEDE, Lívia. ROCHA, Fabiana Dias. **Vade Mecum Saraiva OAB**, Obra coletiva. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VICENTE, R. A. G., & BIASOTO, R. G. dos A. P.. **O conhecimento psicológico e a mediação familiar.** In Muszkat, M. E. (Org.), Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus. 2003.

CAPÍTULO 10

A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Gustavo Zardo Reichert
Pontifícia Universidade Católica do Paraná / Università degli Studi di Ferrara
Curitiba-PR / Ferrara-FE (Itália)

Leonardo Lindroth de Paiva
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Curitiba-PR

Lucas Pereira dos Santos
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Curitiba-PR

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar primordialmente o art. 334, parágrafo 4º, inciso I, do Código de Processo Civil, que determina a não realização da audiência de conciliação ou mediação se ambas as partes manifestarem expressamente o desinteresse. Serão tratados os conceitos de conciliação e de mediação, bem como sua diferenciação, passando-se à análise da audiência como regra e as hipóteses de sua não realização. Por fim, a problemática se instaura quando o juízo decide pela manutenção da audiência quando apenas uma das partes optou pela sua realização, ao passo que a outra parte manifestou expresso desinteresse. Desta forma, a literalidade do art. 334, parágrafo 4º, inciso I, do CPC, é prejudicial às partes e fere princípios como o da autonomia da vontade e da independência. Este trabalho consiste numa revisão bibliográfica da doutrina processual civil, bem como numa análise crítica aos termos do Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliação; Mediação; Solução consensual do conflito; Audiência de Conciliação ou Mediação; Código de Processo Civil.

THE MANDATORY CONCILIATION OR MEDIATION HEARING IN THE CIVIL PROCEDURE CODE: A VIOLATION OF PARTIES' SELF DETERMINATION

ABSTRACT: The present article intents to analyze the article 334, paragraph 4, item I, of the Civil Procedure Code, which determines that the conciliation or mediation hearing shall not be held if both parties expressly disregard its realization. In addition, both the definitions of conciliation and mediation and its differences will be covered by this article. Likewise, it will provide a deep analysis of the realization of the conciliation and mediation hearing as the main procedure and the scenarios of its non-realization. Finally, the main issue arises when the civil court decides to designate the hearing when only one of the parties consented to its realization, while the other explicitly opted against it. This way, the literacy of the referred legal provision is harmful to both parties and undermines fundamental principles, such as the

freedom of choice and independency. This paper consists mainly in a bibliographical review of the civil procedure doctrine, as well as a critical analysis to the Civil Procedure Code referred terms.
KEYWORDS: Conciliation; Mediation; Consensual conflict resolution; Conciliation and mediation hearing; Code of Civil Procedure.

1 I INTRODUÇÃO

Visando, dentre outras coisas, a economia processual, o advento do Novo Código de Processo Civil abriu espaço para alterações procedimentais que premiam a prevenção e resolução consensual dos litígios, incentivando a autocomposição entre as partes.

Destarte, os institutos da conciliação e da mediação possuem princípios norteadores, como a independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, dentre outros, como pontua o *caput* do artigo 166.

Por sua vez, o art. 334, §4º, inciso I, do CPC, determina que a audiência de conciliação ou mediação não será realizada se **ambas** as partes manifestarem expressamente o desinteresse no ato. A problemática é instaurada se o juízo decide por sua preservação quando apenas uma das partes opta pela não realização. Assim, a literalidade deste dispositivo, além de prejudicar as partes, viola os princípios da autonomia da vontade e independência.

Neste sentido, serão abordados os critérios estabelecidos pela legislação processual para motivar a não designação da audiência; também será identificado em um destes critérios uma tentativa incongruente do legislador em tornar o instituto uma prática compulsória tão somente para favorecer a redução quantitativa dos processos judiciais em trâmite.

Deste modo, em suma, esta pesquisa se propõe a analisar os referidos institutos e seus princípios basilares, verificando, ainda, aspectos da audiência prévia enaltecida pelo art. 334 do CPC para, por fim, analisar criticamente como este dispositivo viola preceitos processuais fundamentais.

2 I CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A fim de evitar desarranjos conceituais e esclarecer temáticas que por vezes são erroneamente tratadas como sinônimas, é imprescindível diferir a conciliação e a mediação como meios de solução de conflitos, verificando seus princípios basilares e desdobramentos.

Para compreender o papel destes institutos junto ao poder judiciário, recomenda-se a observância de normas pertinentes do Conselho Nacional de Justiça, merecendo destaque a Resolução n

º 125/2010. Destaca-se, também, a atenção direcionada a tais meios pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), entretanto, com a necessária cautela.

A conciliação é caracterizada pela presença de um terceiro imparcial que atua auxiliando as partes na autocomposição do litígio. Segundo MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015, p. 230) no exercício de sua função, o conciliador poderá participar ativamente e atuar em conjunto com as partes, sugerindo possíveis soluções. Estas, por sua vez, devem atender interesses mútuos, respeitando a imparcialidade, com o objetivo de conciliar interesses divergentes de maneira inovadora (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 29). Este é um dos fatos preponderantes que a difere da mediação.

Por outro lado, mas resguardando semelhanças, a mediação é configurada pela presença de um terceiro imparcial, porém que auxiliará as partes na negociação do litígio para que estas resolvam o conflito por conta própria (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 230). Isto é, a função do mediador é facilitar o diálogo entre as partes para que cheguem, de maneira autônoma, à melhor solução para seu conflito.

Infere-se, pelos motivos já demonstrados, que a conciliação e a mediação são meios alternativos de solução de conflitos caracterizados pela voluntariedade das partes. Assim, segundo CAMBI (2015, p. 838), “a interpretação sistemática do NCPC impede a existência de tratamento diferenciado entre ambos os meios, igualmente relevantes, de autocomposição”.

BUENO (2016, p. 303) e THEODORO JÚNIOR (2015, p. 966) aduzem ainda que a atenção dirigida à tais institutos no ordenamento pátrio, tornando-os mais palpáveis e aplicáveis, estimula a composição negocial e consensual dos litígios, visto que, além de mais econômica, tem uma solução colaborativa, permitindo às próprias partes negociarem seus interesses. É, portanto, uma alternativa que tende ser melhor que aquela imposta pela via judicial.

Assemelhando-se a uma prática já consolidada na jurisdição francesa, segundo THEODORO JÚNIOR (2015, p. 966) a alternativa introduzida pelo legislador debuta no ordenamento jurídico brasileiro uma política moderna que permite a celeridade da prestação jurisdicional que em muitos casos se mostra efetiva às partes.

Observa-se, assim, uma tendência legislativa internacional que opta pela abertura do procedimento judicial comum adotando meios alternativos de solução de conflitos. Isso possibilita a transferência da solução aos próprios litigantes e deixando a decisão judicial como uma posição de *ultima ratio* (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 173).

Apesar das diferenças ressaltadas, ambos os atos são norteados pelos mesmos princípios, sendo eles a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada, como prescreve o *caput* do artigo 166 do CPC.

A imparcialidade é uma diretriz fundamental que garante às partes a possibilidade de depositarem sua confiança em um terceiro não interessado, que agirá sem pretensão no objeto da controvérsia. Desta forma, os participantes sentem-se mais

seguros de compartilhar os detalhes de litígio, conquistando assim soluções mais eficazes e mutuamente benéficas.

Na legislação processual, o princípio da independência é direcionado à atuação dos conciliadores e mediadores, garantindo sua atuação com plena liberdade (dentro dos limites legais) e isentos de influências internas e externas.

Por sua vez, o sigilo se contrapõe aos tradicionais processos judiciais, que são caracterizados, em regra, pela publicidade. Caso esta confidencialidade seja trespassada, a boa-fé e a lealdade que gerem as relações processuais também são afetadas. Ainda, de acordo com TARTUCE (2015, p. 470), na hipótese de um fato ser trazido à tona durante o procedimento judicial, deve ser considerado como uma prova ilícita.

Destaca-se ainda a imprescindibilidade da autonomia da vontade, que dispõe acerca da liberdade formal dos interessados que poderão, inclusive, estabelecer regras relativas ao procedimento, desde que não sejam atentatórias ao ordenamento jurídico, como inferem MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015, p. 356) e THEODORO JÚNIOR (2016, p. 518).

Amparadas por sua autonomia volitiva, as partes podem "chegar a uma decisão voluntária e não coercitiva com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo" (TARTUCE, 2015, p. 470).

Muitas vezes, acordos são impostos às partes apenas para reduzir o número de processos judiciais em trâmite. Assim, de modo a evitar abusos e coerções, o parágrafo nono do artigo 334 do CPC determina que as partes devem ser acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos durante a audiência prévia.

De forma contrária, coexiste o entendimento de não se tratar efetivamente de um dever, mas de uma faculdade da parte. Assim, exalta NEVES (2015, p. 209) que

> ato de autocomposição ou mediação é ato da parte, que independe de capacidade postulatória, de forma que a ausência de seu patrono nessa audiência não impede que a solução consensual seja obtida e homologada pelo juiz.

No entanto, discorda-se de referido posicionamento. Primeiramente, deve ser analisada a estrutura introduzida pela Constituição Federal, que posiciona a advocacia na qualidade de "função essencial à justiça" e "indispensável à administração da justiça", nos termos do artigo 133.

No mesmo sentido, o Estatuto da Advocacia e o Código de Ética e Disciplina da OAB também são certeiros ao exaltar que o advogado é indispensável à administração da justiça e defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social (art. 2º), sendo incumbido do dever de informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto aos riscos de sua pretensão, e das consequências que provenientes da demanda (art. 8).

Nesse sentido, GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO (2015, pp. 256-257) definem precisamente o advogado como "o profissional legalmente habilitado a orientar, aconselhar e representar seus clientes, bem como defender-lhes os direitos

e interesses em juízo e fora dele".

Resta demonstrado que presença do patrono na audiência é impreterivelmente necessária e justificada, não somente a fim de resguardar às partes suas garantias fundamentais, mas também buscando sempre o acordo mais justo e adequado aos interesses de seu representado.

Na visão de THEODORO JÚNIOR (2015, p. 1013), a relevância da conciliação e mediação para o meio processual não reside somente na autocomposição, mas, também,

> se explica pela facilitação do contato direto do juiz com as partes, permitindo, no início do processo, o diálogo a respeito do litígio e das provas que serão necessárias para a demonstração dos fatos, com o que se prestigia o princípio da cooperação.

Pelo exposto, fica claro que tanto o papel do advogado quanto do conciliador e mediador demonstra grande valia à resolução de embates que naturalmente se estenderiam indefinidamente em busca da tutela judiciária, porém devendo ser respeitados os princípios que regem o processo.

É importante observar que ambos os atos suscitados representam um processo voluntário e confidencial, que somente poderá ser realizado e surtirá efeito se ambas as partes possuírem o interesse em iniciar e dar seguimento às sessões. E essa premissa, diretamente ligada ao princípio da autonomia da vontade, é o que norteia este trabalho.

3 I A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO NO CPC/2015

Práticas consensuais de solução de conflito foram contempladas com o advento do novo Código de Processo Civil e, em especial, a audiência prévia de conciliação ou mediação sofreu alterações pontuais.

Com o intuito de contemplar uma estrutura procedimental isonômica, bem como assegurar a segurança jurídica (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 925), o rito que rege a audiência de conciliação ou mediação e sua organização segue, como parâmetro, as normas do Código e Lei de Organização Judiciária e o Código de Processo Civil.

O objetivo e realização desta prática de maneira preliminar, antes mesmo de possibilitar o contraditório do requerido, premia a capacidade de resolução consensual do litígio pelas partes.

É, assim, evidenciada como uma importante iniciativa legislativa na busca pela resolução célere e eficiente de conflitos, possibilitando que estes não tomem proporções tamanhas a ponto de impactar a agilidade no trâmite de outras demandas no poder judiciário.

Ao observar os requisitos de conteúdo da petição inicial estipulados pelo artigo 319 do CPC/2015, é perceptível o advento introduzido pelo inciso VII, que incluiu neste rol a necessária manifestação acerca da "*opção do autor pela realização ou*

não de audiência de conciliação ou de mediação".

A importância desta manifestação logo na petição exordial é ressaltada por NERY JUNIOR e ANDRADE NERY (2015, p. 942), ao enaltecerem que, desta forma,

> o juiz ganha tempo, não sendo necessário indagar expressamente das partes acerca do interesse – e, caso o autor manifeste a intenção de tratar com o réu, o juízo pode, logo em seguida à manifestação do réu, marcar a audiência.

Dentre os principais motivos de tornar a opção pela audiência um requisito no petitório inicial, estaria a facilitação e o estímulo à solução consensual do litígio, proporcionando às partes uma oportunidade de diálogo e consenso antes do litígio processual ser estabelecido, concedendo um maior destaque à autonomia privada durante o procedimento (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, pp. 166-173).

Entretanto, apesar desta manifestação expressa ser condicionada como requisito, entende-se que o silêncio não deve ser causa de indeferimento e nem deva ensejar a emenda do petitório, consagrando-se que a omissão do autor há de ser pautada pela presunção de anuência (DIDIER JR., 2015, p. 555 e BONDIOLI, 2015, p. 771). Assim, tal caminho leva à efetiva designação da audiência, desde que o direito pleiteado admita a autocomposição (vide artigo 334, §4º, II).

No que atine ao rito consagrado pelo dispositivo normativo atual, é possível elencar algumas mudanças pontuais em contraste com seu antecessor. No CPC/2015, a tentativa de solução consensual toma corpo antes mesmo do início do prazo de resposta do réu.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, a citação se dará, como regra, para "notificar" o réu da necessidade de comparecimento à chamada de "audiência de conciliação ou mediação" e não, como no CPC de 1973, para apresentar contestação. Desta maneira, a audiência agora intermedia o petitório inicial e a apresentação de resposta pelo réu.

A referida audiência é o primeiro ato de contato processual entre os litigantes, de modo que a possibilidade de defesa e exercício do contraditório somente acontecerão caso não seja possível a solução consensual.

De maneira diversa, se o réu expressamente manifestar seu desinteresse na audiência, o prazo para apresentar a contestação terá início na data do protocolo do pedido de cancelamento, de acordo com o art. 335, II.

Ora, conforme a legislação processual, em regra haverá a audiência prévia, sendo o réu citado para nela comparecer e, apenas se não houver solução da controvérsia, apresentar defesa. Havendo negativa do autor, quando em sua petição inicial manifesta expressamente pelo desinteresse na realização da referida audiência, deveria o réu já ser citado para apresentar sua defesa.

Noutra possibilidade, quando o autor manifesta o interesse pela designação de audiência, mas o réu, citado e intimado para comparecer no ato, apresentar manifestação negativa quanto ao interesse de comparecer no ato, deveria, portanto, a audiência ser cancelada, passando a correr o prazo para apresentação de resposta

a partir da manifestação negativa. De início, não parece haver qualquer dúvida quanto a isso.

Ocorre que pelo previsto no *caput* do artigo 344, caso a petição inicial preencha os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação, mesmo que o autor tenha manifestado seu desinteresse. Fica o cancelamento desta subordinada à manifestação negativa do réu quanto ao interesse no ato.

Preceitua CAMBI (2015, pp. 839-840) que, finda a audiência, há três resultados possíveis. No caso de autocomposição integral do litígio, o termo é homologado por meio de sentença, que, resolvendo o processo com julgamento de mérito, possibilita o uso deste como título executivo judicial. Se houver a autocomposição parcial, novamente o termo é homologado, recaindo eficácia executiva apenas sob a parcela acordada, ao passo que a matéria que não foi objeto de autocomposição ainda pode ser contestada pelo réu. Por fim, não havendo autocomposição ou caso esta seja frustrada pelo não comparecimento de uma das partes, terá início o prazo para contestação.

4 I HIPÓTESES DE NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA

A legislação processual dispõe de forma clara, em seu art. 334, que a audiência de conciliação ou mediação não será realizada em dois casos:

> [...]
>
> § 4º A audiência não será realizada:
>
> I - se **ambas** as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
>
> II - quando não se admitir a autocomposição (grifo nosso).

Pode-se levar a entender que o autor não tem o poder de, isoladamente, impedir ou evitar a audiência, da mesma forma que o demandado não possui poderes suficientes para impedir sua realização apenas pela manifestação individual de desinteresse (THEODORO JÚNIOR, 2016, pp. 925 e 1011). Finalmente, não é possível cogitar sua designação se a ação não versar sobre direitos disponíveis (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, pp. 977-978) ou se o direito material em litígio não comportar a autocomposição.

A inovação legislativa, neste ponto, deixa a desejar. A necessidade de que ambas as partes se oponham à autocomposição para que esta não se realize demonstra a supervalorização da solução consensual em detrimento do devido processo legal e da autonomia da vontade, o que

> é uma triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta do âmbito

> doutrinário e legislativo a respeito da solução consensual do conflito. Como diz o ditado popular, "quando um não quer, dois não fazem", de modo que a manifestação de uma das partes já deveria ser suficiente para que a audiência não ocorresse (NEVES, 2016, pp. 1048-1049).

Neste sentido também opina BUENO (2016, p. 303), reforçando o entendimento de que, ao contrário do que a legislação estipula atualmente, a "dupla-negativa" demonstra-se desnecessária, ao passo que

> basta que uma [parte] não queira para frustrar o ato. Não faz sentido, ao menos quando o objetivo que se persegue é a autocomposição, que a vontade de uma parte obrigue a outra a comparecer à audiência.

Outrossim, determina o artigo 334, §5º as formas de demonstrar o desinteresse na audiência. É necessário que o autor indique, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição. Já o réu, deverá fazê-lo por petição, protocolada com 10 (dez) dias de antecedência da data da audiência.

Com a leitura do artigo 166 deste Códex, evidencia-se que o procedimento de mediação e conciliação é pautado, dentre muitos outros, nos princípios da autonomia da vontade e independência (*caput)*, sendo regidas conforme a livre autonomia dos interessados (§4º).

A primeira estabelece que a vontade expressa com liberdade, capacidade e observância dos dispositivos legais deve ser soberana (TARTUCE, 2015, p. 469). Desta maneira, inexiste uma solução consensual se ausente tal princípio, visto que esta só pode decorrer de um acordo de vontades consagrado entre as partes (NEVES, 2015, p. 51). Com a imposição da audiência, é certo que o princípio restará violado e uma das partes, instada a comparecer no ato, pode ser ver compelida a fazer um acordo do qual pode se arrepender.

Neste mesmo sentido, ainda contemplando o princípio da autonomia da vontade, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015, p. 231) expõem:

> A autonomia da vontade (ou voluntariedade) significa que as partes devem ser livres para optar pelos métodos consensuais de solução de controvérsia, não podendo ser constrangidas a tanto.

Sendo assim, entende-se que a manifestação expressa de apenas uma das partes já é suficiente para frustrar o ato, tendo em vista que as partes não podem ser compelidas e obrigadas a comparecer numa sessão que busca a solução consensual do conflito se não desejarem acordar.

De modo similar, ao se tratar de litisconsórcio, por força do §6º do art. 334, do CPC, observa-se que o desinteresse expresso abrange também todos os litisconsortes. Se ao menos um deles manifestar a concordância, a audiência será realizada. Neste sentido, entende-se que não se pode prejudicar o litisconsorte que, manifestando o expresso desinteresse em realizar o ato, não comparecer na audiência.

A fim de não praticar atos supérfluos, deverá o magistrado atentar ao princípio

da economia processual. Infere MEDINA (2015, p. 349) que "ao designar inutilmente a audiência, além de se praticar um ato desnecessário [...], acaba-se por se retardar a resolução da lide", fato que ainda atenta à garantia constitucional de duração razoável do processo.

A prática forense demonstra que, muitas vezes, o magistrado já tentou solucionar o litígio de outra maneira. Desta feita, impor ao autor que, a despeito disso, sujeite-se ao ato, é algo não apenas contraproducente, mas que também prejudica o processo ante às dilações indevidas (MEDINA, 2015, p. 348).

Entendimento semelhante ao proposto neste artigo é o contemplado pelo Projeto de Lei nº 5.495/2016, que estipula uma singela, porém impactante proposição de alteração legislativa, ao propor a substituição da atual redação do §4º do art. 334 pela seguinte:

> [...]
>
> § 4º. A audiência não será realizada:
>
> **I -** se **qualquer das partes** manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual; (grifo nosso)

É pertinente a justificativa do referido projeto, ao enaltecer que este instituto só pode ser aplicado de modo justo entre as partes que dispõem do mesmo poder de sua livre expressão volitiva, coadunando, portanto, com a hipótese de violação do princípio da autonomia da vontade já exposto.

Seria possível arguir em favor da tentativa gradual do Código de Processo Civil em substituir a chamada "cultura da sentença" pela "cultura da pacificação". No entanto, MEDINA (2015, p. 348) defende que o novo códex não adotou tais medidas de maneira absoluta. Assim explica que

> o próprio caput do art. 334 do CPC/2015 admite que não se realize a audiência de conciliação ou mediação quando for o caso de se julgar improcedente, liminarmente, o pedido, ficando claro que a opção da lei processual, no caso, não foi pela pacificação, mas pela redução do número de processos em trâmite.

Neste sentido é defesa a necessidade de manifestação de interesse logo na petição inicial atentaria ainda contra o princípio da isonomia:

> ao apresentar os fundamentos de sua pretensão na petição inicial, o autor fica menos protegido em relação à outra parte, pois os motivos em razão dos quais crê que se sairá vitorioso ficam, desde logo, expostos, enquanto o réu, nesse momento processual, ainda não apresentou contestação. Em tais condições, impor ao autor que se sujeite a sessões de conciliação ou de mediação é algo que, sob o prisma da estratégia negocial, viola o princípio da isonomia, pois o coloca, desde o início, em condição mais débil em relação ao réu (MEDINA, 2015, p. 348).

De fato, a debilidade causada por essa exposição de interesse logo no começo da demanda pode, mais tarde, corroborar para a revés do autor e inclusive culminar uma possível derrota.

Legalmente, o comparecimento à audiência designada é um dever processual das partes e se qualquer delas não o fizer, sua conduta é passível de punição, por meio do disposto no §8º do mesmo artigo. NEVES (2016, p. 1052) classifica este dispositivo como "um dos mais lamentáveis de todo o Novo Código de Processo Civil". Incisivo e punitivo em demasia, prevê que a ausência injustificada é considerada um ato atentatório à dignidade da justiça, passível de sanção processual, seja esta uma multa de até 2% (dois por cento) do valor da causa ou vantagem econômica pretendida. Ainda, faz uma crítica pontual ao declarar que tal norma

> é mais um fruto do fanatismo que se instaurou entre alguns operadores do Direito em favor da conciliação e mediação como forma preferencial de solução de conflitos (NEVES, 2016, p. 1052).

A coerção pecuniária deve se ater às hipóteses de não comparecimento diante da anuência mútua, de forma a premiar a assiduidade das partes e coibir sua falta de comprometimento. Portanto, ante a hipótese de somente uma das partes manifestar o desinteresse, defende-se a inaplicabilidade da multa, sob pena de cercear princípios inerentes aos institutos de solução consensual de conflitos, principalmente o da autonomia da vontade.

Além disso, havendo manifestação contrária de qualquer parte, entende-se, primeiramente, pela não designação da audiência, por todos os termos já expostos. Entretanto, seguindo a literalidade do artigo, muitos magistrados acabam a designando, mesmo com a negativa de uma das partes, fato que caracteriza uma afronta explícita à independência e autonomia volitiva das partes, bem como prejudicando o bom e célere andamento do feito.

Ainda é posto em questão o sentido de obrigar a presença das partes se o objetivo é tentar a autocomposição. A criação de um dever de comparecimento e a sanção de multa atentam contra a autonomia da vontade e o direito constitucional de ir e vir tendo em vista que a parte expressamente se manifestou contrária à sua realização (NEVES, 2016, p. 1052). Tal prática contribui diretamente para o congestionamento considerável da pauta de audiências, atrasando ainda mais o procedimento que já carece de celeridade.

Apesar das benesses, ainda muitos obstáculos hão de ser superados em busca de um devido processo legal mais célere e eficiente. Como explica BUENO (2016, p. 303),

> resolver processos, ainda que com velocidade, definitivamente não é o mesmo que resolver os problemas a eles subjacentes. Por isto, aqui também, a necessidade de criação de uma nova mentalidade acerca dos meios consensuais de resolução de conflitos é inegável.

Um dos grandes empecilhos do nosso Processo Civil contemporâneo é o vultuoso número de processos que habitam nas "prateleiras" do Poder Judiciário. É, sem dúvida, uma preocupação, que merece ser debatida a fim de que se encontrem formas de diminuir a morosidade na prestação jurisdicional. Porém, não se pode

aceitar que sejam utilizados meios que venham a violar princípios, como no caso da obrigatoriedade do comparecimento.

Se é uma necessidade que a solução dos problemas ocorra de forma célere, é imprescindível, primeiramente, que a solução seja justa e correta.

5 I CONCLUSÃO

Não há dúvidas que o advento do Novo Código de Processo Civil trouxe inovações muito interessantes e necessárias quanto às formas consensuais de solução dos conflitos, principalmente através da conciliação e da mediação.

Porém, por outro lado, não cabe ao legislador a subversão dos corolários nos quais se baseiam todo um ordenamento a fim de impor tal instituto como uma forma de redução no número de processos ativos no país. A conciliação e a mediação devem ser algo natural e que vise, principalmente, a construção de uma possível solução para o conflito com respaldo no liame que une as partes.

A primazia da norma processual deve se respaldar nos interesses de quem a procura, ou seja, as partes. Nenhum benefício provém de uma imposição normativa. E é por isso que a demasiada coercibilidade dos dispositivos que direcionam a audiência de conciliação ou mediação colocam à prova sua real intenção, seja esta a solução consensual da lide e a restituição e preservação de um vínculo saudável e duradouro entre as partes.

Diante disso, assim como a realização do acordo deve ocorrer de forma voluntária, o comparecimento das partes na audiência também deve ser, sob pena de se descaracterizar o caráter voluntário e autônomo da conciliação e mediação e, ao invés de se resolver um problema, causar outro.

REFERÊNCIAS

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Livro I, Título I, Capítulo II – Da petição inicial. In**:** WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (org./coord.). **Breves comentários do código de processo civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

CAMBI, Eduardo. Livro I, Título I, Capítulo V – Da audiência de conciliação e mediação. In**:** WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (org./coord.). **Breves comentários do código de processo civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte

geral e processo de conhecimento – I. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**, v. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015.

_____. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TARTUCE, Fernanda. In**:** WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (org./coord.). **Breves comentários do código de processo civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**, vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (org./coord.). **Breves comentários do código de processo civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPÍTULO 11

INSTITUTO DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EFETIVA E ADEQUADA

Thiago André Marques Vieira
Centro Universitário Católica de Santa Catarina,
Curso de Direito
Joinville-SC

Maria Caroline da Silva

Este trabalho foi produzido junto ao Grupo de Pesquisa Direito na Aceleração da Dinâmica Social e as Novas Tecnologias, da Escola de Direito do Centro Universitário de Santa Catarina, Campus de Joinville.

RESUMO: O estudo em questão tem por finalidade analisar o Instituto de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR regulamentado no Novo Código de Processo Civil. O objeto de análise desse estudo é verificar se o IRDR da forma como está regulamentado está em consonância com princípio do direito fundamental à tutela efetiva e adequada e se, portanto, é constitucional ou não.
PALAVRAS-CHAVE: Instituto de Resolução de Demandas Repetitivas – direito fundamental à tutela efetiva e adequada – Novo Código de Processo Civil.

INSTITUTE FOR RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS: AN ANALYSIS FROM THE FUNDAMENTAL RIGTH TO EFFECTIVE AND ADEQUATE GUARDIANSHIP

ABSTRACT: This article analyze the Institute for Resolution of Repetitive Demands – IRDR regulated in the New Civil Procedure Code. The object of analysis of this study is to verify if the IRDR as it is regulated in the New Civil Procedure Code is in consonance with the principle of effective judicial protection and if it is constitutional or not.
KEYWORDS: Institute for Resolution of Repetitive Demands – principle of effective judicial protection – New Civil Procedure Code.

INTRODUÇÃO

O crescente número de demandas judiciais semelhantes forçou a maioria dos países a buscar alternativas para solução de controvérsias repetitivas de maneira segura e equânime. No direito brasileiro não foi diferente, principalmente no pós Constituição de 1988 que facilitou o ingresso pelos jurisdicionados ao Poder Judiciário.

Tal circunstância, aliada a uma gama de direitos que se multiplicam, culminou numa crise numérica de processos, a qual inviabiliza o bom andamento do Poder Judiciário. A fim de solucionar o NCPC instituiu o IRDR.

Este trabalho, por meio de pesquisa

bibliográfica, método dedutivo, procura analisar o Instituto de Resolução de Demandas Repetitivas em consonância com os ditames constitucionais. Para tanto, é importante analisar o Instituo de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto pela Lei nº 13.105/2015, bem como o modelo alemão (*Musterverfahen*) que influenciou tanto a atual legislação processual civil em vigor quanto a revogada.

Neste contexto, analisar-se-á as características do sistema alemão, sob a perspectiva da Técnica da Adequação da resolução de antinomia normativas, de Klaus Günther. Enquanto o sistema brasileiro, por sua natureza de análise mais abstrata, buscará subterfúgio na Técnica da Ponderação de Robert Alexy.

Por fim, será verificado se o IRDR está em consonância com os ditames constitucionais e, consequentemente, se garante o conteúdo de proteção do direito fundamental á tutela efetiva e adequada.

A CRISE NUMÉRICA DOS PROCESSOS: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO MECANISMO DE DIMINUIR OS ENTRAVES À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA TUTELA EFETIVA E ADEQUADA.

A CF88 gerou o fenômeno do *neoconstitucionalismo* no direito brasileiro, cuja finalidade é a imantação dos direitos fundamentais por todo o ordenamento (SARLET, 2011, p.62). No direito processual define-se este fenômeno como *neoprocessualismo* (CAMBI, 2012, p.87).

Um dos grandes reflexos do neoprocessualismo foi o fortalecimento do princípio do acesso à justiça, cujo conteúdo é garantir o acesso ao Poder Judiciário e o acesso a uma ordem jurídica justa (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 3-4). Neste contexto, o direito fundamental de acesso à justiça é redefinido como direito fundamental a tutela efetiva e adequada (MARINONI, MITIDIERO, 2012, p.627-628).

Com a finalidade de atender o escopo de proteção do princípio da tutela efetiva e adequada diversos mecanismos foram adotados como: a Lei nº 9.099/95, a tutela antecipada, o sincretismo processual, a facilitação dos meios de defesa, isenção de custas judiciais, defensorias públicas entre outros fatores, os quais estimularam o crescimento das demandas judiciais (CAVALCANTI, 2015, p.386-387).

Estes fatores tinham por missão garantir o princípio da tutela efetiva e adequada, no entanto, geraram como consequência negativa o aumento do número de demandas processuais. Tal circunstância, aliada a um diploma processual obsoleto (CPC/1973), gerou, portanto, uma crise numérica no Poder Judiciário e, consequentemente, a morosidade na tramitação dos processos. (LEAL, SILVA e MOSCHEN, 2015, P. 452)

De 1990 até o início dos anos 2000, procurou-se, sem êxito, modernizar o CPC/1973, o que gerou o debate acerca da criação de um novo diploma processual (LEAL; SILVA e MOSCHEN, 2015, p. 446) que culminou com a edição da Lei nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil.

No momento de elaboração do NCPC foram destacadas as seguintes premissas básicas: 1) coerência; 2) celeridade; 3) imantação dos direitos fundamentais processuais (FLEXA; MACEDO e BASTOS, 2015, p. 613).

O NCPC teve por finalidade criar um processo mais simples, célere e justo (CAVALCANTI, 2015, p.413), de tal sorte que pode-se afirmar, que o NCPC é a expressão legal do fenômeno do *neoprocessualimo*, fato que é comprovado pelo artigo inaugural do NCPC[1]. Além da previsão do art. 1º do NCPC, podem ser observados diversos tantos outros dispositivos cuja finalidade é dar aderência aos valores constitucionais no plano infraconstitucional, como exemplos citam-se: Art. 3º, art. 4º, art. 7º, art. 9º, art. 26, §3º, art. 98, art. 372, art. 489, §1º.

No que toca a garantia do princípio da tutela efetiva e adequada, o NCPC prevê detalhadamente critérios de deferimento da gratuidade da justiça, possui técnicas de deferimento de tutelas de urgência e o IRDR. Todos esses institutos devem ser analisados como mecanismos cuja finalidade é assegurar o acesso ao Poder Judiciário e apresentar instrumentos hábeis o suficiente para concretizar todo e qualquer tipo de direito[2].

Pode-se constatar, assim, que o NCPC visa assegurar a garantia do exercício do direito de ação e efetividade jurisdicional. O NCPC busca assegurar as três perspectivas que compõe o direito fundamental à tutela efetiva e adequada: I) acesso à justiça; II) adequação da tutela; e III) efetividade da tutela (MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 628).

Dentro da perspectiva de garantia da tutela efetiva e adequada, este trabalho dedica-se em analisar sob a luz da CF88 se o IRDR, regulamentado no art. 976 e seguintes do NCPC, de fato é um instrumento perfeitamente constitucional e se está em consonância com o escopo de proteção do direito fundamental a tutela efetiva e adequada.

A ORIGEM DO INSTITUTO DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) COMO INSTRUMENTO DE ENFRENTAMENTO DA CRISE NUMÉRICA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO.

O IRDR foi proposto com a entrada em vigor do NCPC, sendo que sua principal proposta é conter a crise numérica de processos que assola o Poder Judiciário (ANTEPROJETO, BRASIL, 2010, p. 21).

O direito brasileiro já havia tentado instrumentalizar instituto de resolução

1. Art. 1º do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

2. José Roberto dos Santos Bedaque afirma que a tutela jurisdicional "deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo". In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 37

de demandas repetitivas, mais especificamente com a Lei nº 11.672/2008 que acrescentou os arts. 543-B e 543-C ao CPC/1973. Este novo instrumento processual era *"um conjunto de medidas legislativas e administrativas com o objetivo principal de viabilizar um Judiciário mais rápido e acessível à população"* (CAVALCANTI, 2015, p. 401).

O instituto previsto nos art. 543-B e art. 543-C tinham por finalidade acelerar o julgamento dos recursos no STF e STJ. Isto significa que o instituto de julgamento de demandas repetitivas do CPC/1973 analisava exclusivamente questões jurídicas, despreocupando-se das questões fáticas pertinentes ao julgamento dessas causas, eis que somente era cabível em sede de Recurso Extraordinário e Recurso Especial.

Os artigos 543-B e 543-C possuía técnica de julgamento por amostragem dos recursos excepcionais, ou seja, apenas alguns casos seriam selecionados e o julgamento seria realizado com base nesses recursos paradigmáticos escolhidos pelos Tribunais Superiores. O procedimento foi adotado para os recursos excepcionais pelo fato destes serem considerados mecanismos de uniformização de jurisprudência na sua essência. Assim o instituto ao estar alocado nos Tribunais Superiores era perfeitamente coerente com o que visa o IRDR, ou seja, a uniformização da jurisprudência. (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2015, p. 613).

A INFLUÊNCIA DO SISTEMA ALEMÃO (*MUSTERVERFAHEN)*

Antes de enfrentar o IRDR trazido pelo NCPC é importante realizar uma breve análise acerca do modo de solução de controvérsias repetidas adotadas pelo sistema jurídico alemão. Tal análise é fundamental, pois o sistema de resolução de causas semelhantes adotado na Alemanha foi a base inspiradora do sistema regulamentado pelo art. 976 e seguintes do Novo Código de Processo Civil (FLEXA; MACEDO e BASTOS, 2015, p. 616).

O modelo alemão, apesar de preferir a resolução de conflitos por meio de processos bilaterais, tal qual o sistema brasileiro, serviu como inspiração para criação do IRDR no NCPC. O modelo alemão para resolução de demandas repetidas é classificado em dois grupos: as ações ajuizadas por entidades associativas, isto é, a *Verbandsklage* (ações de associações) e as ações de grupo, a *Gruppenklage*. (CAVALCANTI, 2015, p. 321-322).

O sistema alemão tem por finalidade analisar questões fáticas e jurídicas e firmar um entendimento único, ao contrário da reforma trazida pela Lei nº 11.672/2008 que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de julgamento dos recursos excepcionais repetitivos em bloco. (CABRAL, 2007, p. 132).

É de se verificar que as ações coletivas tomaram força no direito Alemão, onde este criou o chamado *Musterverfahen*. (FLEXA; MACEDO e BASTOS, 2015, p. 614). O *Musterverfahen* determina que o juízo de ofício ou por meio de requerimento das

partes que integram a lide, instaure o processamento de um incidente processual coletivo, e que será de competência do tribunal de hierarquia superior julgar as questões coletivas. (CALVACANTI, 2015, p.326).

Este procedimento tem por finalidade instituir no bojo do processo em trâmite incidente *"a pretensão de estabelecer, a partir do julgamento de um procedimento modelo, um padrão decisório, de acordo com o qual todos os demais casos repetitivos seriam posteriormente examinados e julgados*" (THEODORO JUNIOR, NUNES, BAHIA E PEDRON, 2015, p. 382).

Verifica-se que o instituto alemão visava buscar uma solução que se restabelece a ordem processual dentro dos parâmetros da *civil law*, isto é, solucionar de modo idêntico questões controvérsias em diversas causas, através de uma decisão modelo (PASSO CABRAL, 2007, p. 132). Como se pode notar, o sistema alemão é a base do instituto do Incidente de Resolução das Demandas Repetitivas (IRDR), tendo em vista que ambos possuem algumas características idênticas, contudo, o Incidente de Resolução das Demandas Repetitivas possui aplicação restrita (CAVALCANTI, 2015, p. 327).

No *Musterverfahen* são fixados apenas alguns pontos do litígio, de modo que a decisão tomada no caso modelo em relação a esses pontos específicos do litígio. Tomada esta decisão acerca dos pontos litigiosos a decisão é aplicada em diversas outras demandas individuais. O que se constata, portanto, do *Musterverfahen* é que a decisão a ser tomada leva em questão as questões fáticas e jurídicas da controvérsia. (CABRAL, 2007, p. 132)

Observa-se, desta maneira, que o modelo adotado no sistema alemão permite uma resolução do conflito com muito mais aderência social, eis que leva em consideração no momento de julgar as questões fáticas e jurídicas da demanda. Neste sentido, pode-se afirmar que o modelo do *Musterverfahen* coaduna-se com a Técnica[3] da Adequação, de Klaus Günther.

A Técnica da Adequação, de Klaus Günther, opera no plano da justificação da norma mais adequada, isto é, para a resolução do conflito, o intérprete deve levar em consideração todas as circunstâncias que envolvem o caso, sejam elas fáticas ou jurídicas (2011, p. 260). O *Musterverfahen* ao preocupar-se tanto com as questões fáticas quanto com as jurídicas, aplica, ainda que de maneira reflexa, a Técnica da Adequação. Desta maneira, o julgador ao decidir a demanda repetitiva no sistema alemão com o uso da Técnica de Klaus Günther tem por finalidade estabelecer a norma jurídica mais adequada ao caso concreto (KUSKOSKI, 2011, p. 66).

Conclui-se, então, que o sistema alemão de resolução de controvérsias repetidas é muito mais adequado, eis que ao considerar tanto elementos fáticos quanto jurídicos acaba, ainda que de maneira reflexa, por aplicar a Técnica da

3. Utilizar-se-á a terminologia técnica ao invés de teoria, pois se entende que tanto a teoria da adequação de Klaus Günther, quanto a teoria da ponderação de Robert Alexy tem por finalidade a instrumentalização do direito constitucional por todo o ordenamento jurídico. Tratam-se, portanto, de técnicas de resolução de interpretação de normas jurídicas antinômicas entre si.

Adequação de Klaus Günther. Neste tocante, pode-se afirmar que o *Musterverfahen*, se comparado com o ordenamento jurídico brasileiro, atende o conteúdo de proteção do direito fundamental a tutela efetiva e adequada[4], previsto no art 5º, inc. XXXV da Constituição Federal.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR REGULAMENTADO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O NCPC disciplinou em seu art. 976 e seguintes o IRDR que tem por finalidade combater a crise numérica de processo no Brasil com a instauração de um procedimento que visa dar julgamento igualitário a causas repetidas, bem como evitar a propositura de novas demandas que tenham potencial para se multiplicar Em suma, o instituto age tanto de maneira repressiva ao repetir julgamento para causas semelhantes, bem como em dar maior segurança jurídica a fim de evitar a propositura de causas semelhantes. (CAVALCANTI, 2015, p. 416-417)

O IRDR é inspirado no sistema alemão (*Musterverfahen*) (CAVALCANTI, 2015, p.416), que desde a técnica adotada pelos artigos 543-B e 543-C influencia o direito brasileiro no modo de solução de controvérsias repetitivas (FLEXA; MACEDO e BASTOS, 2015, p. 616). O IRDR, no entanto, distingui-se do *Musterverfahen* em razão de somente trabalhar com questões unicamente de direito, nos termos do art. 976, inc. I do Novo Código de Processo Civil (CAVALCANTI, 2015, p. 428).

O IRDR previsto no NCPC também distingue-se do modelo adotado nos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil de 1973. Isto pelo fato de que no CPC/1973 o procedimento de resolução de demandas repetitivas somente poderia ser instaurado nos Tribunais Superiores. Já o IRDR do NCPC não faz qualquer restrição ao uso de tal procedimento somente no âmbito dos Tribunais Superiores. Isto significa que os demais Tribunais do país poderão instaurar o IRDR no âmbito de suas competências. Tal circunstância é tão verdade que os Tribunais de Santa

4. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero explicam o conteúdo de proteção do direito fundamental da tutela efetiva e adequada da seguinte maneira: “A tutela jurisdicional tem de ser *adequada* para tutela de direitos. O processo tem de ser *capaz de promover* a realização do direito material. O *meio* tem de ser idôneo à promoção do fim. A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um processo dotado de *técnicas processuais aderentes* à situação levada em juízo.” SARLET, Ingo Wolgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel; **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 630.

Catarina[5] Paraná[6], São Paulo[7], Minas Gerais[8] e Bahia[9] instauraram o IRDR logo após a entrada em vigor do NCPC. A consequência é que a decisão proferida em IRDR de Tribunal inferior terá seus efeitos à área de competência do respectivo Tribunal (CAVALCANTI, 2015, p. 461).

Isto representa que a uniformização do entendimento jurisdicional por meio do IRDR poderá apresentar diferentes resoluções, pois cada Tribunal poderá dar a sua interpretação do direito referente aquele caso específico.

O cabimento do IRDR está restrito as previsões dos incisos do art. 976 do Novo Código de Processo Civil. Ou seja, cabe a instauração de IRDR nos seguintes casos "I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito" e: "II – risco de ofensa à isonomia e a segurança jurídica". (BRASIL. Lei 13.105, 2015).

Com a finalidade de garantir maior segurança jurídica aos processos em trâmite no Poder Judiciário, o NCPC prevê (art. 982, inc. I) que ao ser admitido o IRDR todos os processos em trâmite no âmbito de competência daquele Tribunal que versem sobre a matéria afetada ficarão suspensos pelo prazo de um ano (art. 980, parágrafo único). Esta suspensão, nas palavras de Pedro Miranda de Oliveira, "é imperativa, não podendo o magistrado de 1º e 2º graus negar-se a suspender o processo que trate de questão idêntica a ser definida no respectivo Tribunal Superior" (2015, p. 261).

O motivo da suspensão dos feitos que versem sobre a matéria afetada pelo IRDR é com a intenção de dar segurança aos jurisdicionados e evitar a necessidade de interposição de novos recursos a cada decisão que possa divergir (MIRANDA, 2015, p. 261). Desta maneira, assegura-se a resolução de diversos conflitos com o julgamento de um único recurso, visto que a decisão do IRDR será aplicada a todos os processos com o tema.

A primeira vista, é possível afirmar que o IRDR seria um bom remédio para a resolução de controvérsias repetitivas, pois julga todas as causas de maneira uniforme, dá maior segurança a sociedade sobre o entendimento jurisdicional sobre determinado assunto. No entanto, ao se comparar com o modelo alemão, constata-

---

5. SANTA CATARINA; **TJ inaugura novo instituto do CPC: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**, <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/tj-inaugura-novo-instituto-do-cpc-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>, acessado em 09 de fevereiro de 2017.

6. PARANÁ; **Primeira IRDR é admitida na última Seção Cível do ano,** < https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/ultima-secao-civel-do-tjpr-neste-ano-admite-a-primeira-irdr/18319?inheritRedirect=false>, acessado em 09 de fevereiro de 2017.

7. MIGALHAS; **TJ/SP admite primeiro incidente de resolução de demandas repetitivas**, < http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI240551,61044-TJSP+admite+primeiro+incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas>, acessado em 09 de fevereiro de 2017.

8. MINAS GERAIS; **Novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) admitido**, < http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/informes/novo-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr-admitido.htm>, acessado em 09 de fevereiro de 2017.

9. BAHIA; **Tribunal de Justiça da Bahia admite Incidentes de Resolução de Demanda Repetitiva - IRDR suscitados pela PGE**, < http://www.pge.ba.gov.br/2016/06/78828/Tribunal-de-Justica-da-Bahia-admite-Incidentes-de-Resolucao-de-Demanda-Repetitiva-IRDR-suscitados-pela-PGE.html>, acessado em 09 de fevereiro de 2017.

se que o modelo brasileiro peca ao desconsiderar questões fáticas no momento de julgamento do IRDR.

Sobre este aspecto, o IRDR padece de falha crucial, pois, ao adotar como critério objetivo a necessidade da matéria afetada ser unicamente de direito, afasta-se do *Musterverfahen* e, consequentemente, não levará em consideração todas as questões pertinentes ao caso. Desta maneira, a resolução da controvérsia repetitiva não será realizada diante da Técnica da Adequação de Klaus Günther, pois não será analisado o caso concreto, eis que as questões fáticas deixarão de ser analisadas.

Neste contexto, a Técnica da Ponderação, de Robert Alexy, ganha musculatura, pois esta opera no plano da prevalência de valores, ou seja, a ideia de que aquela determinada norma jurídica em abstrato possui valores mais importantes a serem resguardados do que a norma com a qual colide (2011, p. 150). Pelo fato do IRDR se ater somente a questões jurídicas, por mais que leve em consideração a análise de casos concretos, será realizada num plano abstrato.

O IRDR, por desconsiderar questões fáticas relevantes a resolução da causa, afasta-se do conteúdo essencial de proteção do direito fundamental a tutela efetiva e adequada. Eis que a decisão tomada poderá sofrer resistência social ao ser aplicada.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO IRDR POR DESCONSIDERAR AS QUESTÕES FÁTICAS DA CAUSA E AFRONTAR O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EFETIVA E ADEQUADA

O direito fundamental à tutela efetiva e adequada vem expresso no inc. XXXV do art. 5° da Constituição Federal e tem por conteúdo a efetivação dos direitos materiais por meio do processo (NOGUEIRA, 2009, p. 48). Em outras palavras, o princípio da tutela efetiva e adequada objetiva prestar concretamente o direito pretendido em juízo (NOGUEIRA, 2009, p. 48) em consonância com uma base jurídica que possa determinar o processo como instrumento justo[10] (RAVO, 200?, p. 102).

O que se infere do conteúdo de proteção do princípio da tutela efetiva e adequada é a existência de duas grandes conquistas: a primeira concerne ao dever do Estado de resolver os conflitos sociais (NOGUEIRA, 2009, p. 53), ou seja, a característica de inafastabilidade do Poder Judiciário; a segunda, o dever do Estado não apenas de tutelar a violação de direitos (DEL CLARO, 2005, p. 287), mas também prevenir (MARINONI, 2006, p. 33) que direitos não sejam violados (REICH, 2005, p. 112)[11].

10. "*The right to an effective judicial protection is a fundamental right recognized at international level as well as by the majority of national legal orders, and an essential element of democratic accountability. This right refers to a broad concept which generally encompasses various core elements, including access to justice, the right to an effective remedy and the principles of fair trial and due process of law.*"

11. "*As a consequence, the Court developed the principles of effectiveness and equivalence: • Effectiveness means that a remedy should not only compensate the victim for a potential loss of or injury to a right, but also deter potential wrongdoers from violating it in the first place. • Equivalence means that the protection of Community law rights should be equivalent in strength and scope to the protection of similar rights granted under national law. In other terms: nobody should suffer from a lower standard of protection for the simple reason that the right to be protected*

O direito fundamental à tutela efetiva e adequada exige, portanto, a existência de instrumentos processuais adequados (GORON, 2012, p.28) para a resolução de conflitos e, consequentemente, para a efetividade da prestação da tutela jurisdicional (ZANETI JUNIOR, 2004, p. 115).

Pode-se concluir, então, que o direito fundamental à tutela efetiva e adequada necessita de instrumentos capazes de prestar direitos adequadamente (MARINONI, 2006, p. 32), em tempo razoável (ZANFERDINI, 2011, p. 252), tudo isso traduzido em procedimento que assegure as garantias do princípio do processo justo (CRUZ e GOMES, 2009, p. 88-89), sem o qual não será possível assegurar a utilidade do provimento jurisdicional ao titular do direito (PINHEIRO, 2011, p. 94), nem legitimar o exercício da atividade jurisdicional pelo Estado (ARENHART, 2000, p. 31).

Ao analisar o IRDR em contraposição com o direito fundamental à tutela efetiva e adequada, verifica-se que o mesmo poderia atender ao conteúdo de tal princípio, na medida em que o instituto tem por finalidade não somente decidir causas já ajuizadas, mas também prevenir que novas causas semelhantes sejam colocadas a apreciação do Poder Judiciário (CAVALCANTI, 2015, p. 417). No entanto, pelo fato do IRDR se distinguir do modelo alemão por não analisar as questões fáticas, constata-se que o instituto regulamentado pelo art. 976 e seguintes do Novo Código de Processo Civil não assegura os direitos fundamentais relativos ao processo justo e, consequentemente, padece de vício de constitucionalidade.

Este vício de constitucionalidade ocorre pelo fato do direito fundamental ao contraditório, uma vez que limita o espectro de discussão da causa a questões eminentemente jurídicas. Tal circunstância afeta o contraditório (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 648)[12] pois não assegura a influência dos litigantes na formação da convicção judicial. Esta limitação a análise a argumentos jurídicos prejudica o direito de produção de provas, visto que as questões fáticas são desconsideras para o julgamento do IRDR.

O IRDR, portanto, prejudica o exercício da ampla defesa, cujo conteúdo de proteção dever ser interpretado como o direito de resistir em juízo de modo que seja garantido aos litigantes todos os meios de defesa possíveis (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 651). O prejuízo a ampla defesa causado pelo IRDR pode ser observado no que dispõe o art. 984, inc. II, alínea b do Novo Código de Processo Civil, que limita o exercício da sustentação oral no processo ao prazo de 30 minutos entre todos os interessados.

Ao considerar tal circunstância, é possível constatar que o direito fundamental a ampla defesa estará resguardado tão somente as partes do processo, enquanto as outras pessoas afetadas pelo julgamento do IRDR terão o direito a sustentação oral, cujo prazo deverá ser distribuído entre todos os interessados.

has its origin in Community rather than in national law."

12. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendem que o direito ao contraditório deve ser interpretado atualmente como o direito de influenciar na formação da decisão judicial. SARLET, Ingo Wolgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel; **Curso de Direito Constitucional**, 2012, p. 648.

Diante de tal circunstância, é inquestionável que o IRDR não se coaduna com os direitos fundamentais processuais garantidos CF88. Tais apontamentos revelam uma grave falha na proteção do direito fundamental à tutela efetiva e adequada cujo âmbito de proteção exige a existência "de procedimentos com nível de cognição apropriado" (MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 630).

Os aspectos aqui levantados demonstram grave falha no IRDR regulamentado pelo NCPC. Primeiro por desconsiderar as questões fáticas pertinentes ao mérito do processo em qual foi instaurado o IRDR, afastando-se do modelo alemão (*Musterverfahen*). Segundo pelo fato de que o procedimento adotado prejudica o contraditório e a ampla defesa. Logo, conclui-se que o IRDR não atende ao direito fundamental à tutela efetiva adequada, pois tal procedimento não pode ser considerado adequado.

CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo foi possível observar os fatores que geraram a crise numérica de processos no Poder Judiciário brasileiro, bem como os mecanismos legislativos adotados para garantir a melhor proteção do direito fundamental à tutela efetiva e adequada. Diante da crise de coerência que se encontrava o direito processual brasileiro, depois de tantas reformas no CPC/1973, foi necessária a elaboração do NCPC.

Neste novo diploma processual foi regulamentado o IRDR, inspirado no sistema alemão. Foi possível constatar que o sistema alemão ao julgar as controvérsias repetidas leva em consideração aspectos fáticos e jurídicos. Tal circunstância demonstra que o sistema alemão ao enfrentar as demandas repetitivas se aproxima da Técnica da Adequação de Klaus Günther, a qual leva em consideração todas as circunstâncias aplicáveis ao caso concreto para definir a norma jurídica mais adequada aplicável ao caso.

Já o sistema brasileiro, por levar em considerações somente questões jurídicas, trata as controvérsias repetitivas num plano abstrato e, consequentemente, aproxima-se da Técnica da Ponderação de Robert Alexy. Logo, constata-se que a decisão a ser tomada no sistema brasileiro pode não ter a aceitação social esperada, eis que não leva questões fáticas para formação da decisão da convicção judicial.

Diante disso, aliado as falhas procedimentais destacadas verifica-se que o IRDR não atende ao primado da tutela efetiva e adequada.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; **A tutela inibitória da vida privada**; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;

BAHIA; **Tribunal de Justiça da Bahia admite Incidentes de Resolução de Demanda Repetitiva - IRDR suscitados pela PGE**, < http://www.pge.ba.gov.br/2016/06/78828/Tribunal-de-Justica-da-Bahia-admite-Incidentes-de-Resolucao-de-Demanda-Repetitiva-IRDR-suscitados-pela-PGE.html>, acessado em 09 de fevereiro de 2017;

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto do Código de Processo Civil. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017;

CABRAL, Antônio do Passo; **O novo procedimento-modelo (*Musterverfahen*) alemão: uma alternativa às ações coletivas.** *In* Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 147, maio, 2007;

CAMBI, Eduardo; **Protagonismo Judiciário Responsável**, in Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, nº 16, Jacarézinho-PR, 2012;

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan; **Acesso à Justiça**, tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet , Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988;

CAVALCANTI, Marcos; **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas**, Salvador: Editora JusPodivm, 2015;

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa; **Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, TRT-MG, v. 71, 2009;

DEL CLARO, Roberto Bengui. **Devido processo legal – direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil**. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 126, 2005;

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil.** 3ª ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2015;

GORON, Lívio Goellner. **Tutela específica de urgência: antecipação da tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

GÜNTHER, Klaus; **Teoria da argumentação no direito e na moral: Justificação e aplicação.** 2ª edição, São Paulo: Editora Forense, 2011;

KUSKOSKI, Matheus Soares. **O discurso de fundamentação e aplicação em Klaus Günther: consequências para a distinção entre casos fáceis e difíceis em Dworkin.** Seara Filosófica. Pelotas, Universidade Federal de Pelotas, n. 4, 2011;

MARINONI, Luiz Guilherme; **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

MIGALHAS; **TJ/SP admite primeiro incidente de resolução de demandas repetitivas**, < http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI240551,61044-TJSP+admite+primeiro+incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas>, acessado em 09 de fevereiro de 2017.

MINAS GERAIS; **Novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) admitido**, < http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/informes/novo-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr-admitido.htm>, acessado em 09 de fevereiro de 2017;

OLIVEIRA, Pedro Miranda; **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**; Florianópolis: Conceito Editorial, 2015;

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; **O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação**, in Revisto de Processo, n.169, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.38-60

PARANÁ; **Primeira IRDR é admitida na última Seção Cível do ano,** < https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/ultima-secao-civel-do-tjpr-neste-ano-admite-a-primeira-irdr/18319?inheritRedirect=false>, acessado em 09 de fevereiro de 2017;

PINHEIRO, Guilherme César; **As reformas processuais e o devido processo legal: incursões sobre a razoável duração do procedimento e a efetividade processual no processo democrático**, Prismas: Direito Político, Público e Mundial. Brasília, UniCEUB, v. 8, 2011;

RAVO, Linda Maria. **The role of principle of effective judicial protection in the EU and its impact on national jurisdictions.** p. 102 < http://www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/8192/1/ravo.pdf>, acessado em 11 de fevereiro de 2017;

REICH, Nobert. **Judicial protection in the EU**. Revista Direito GV. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 2, 2005;

SARLET, Ingo Wolfgang; **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011;

SARLET, Ingo Wolgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel; **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012;

SANTA CATARINA; **TJ inaugura novo instituto do CPC: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/tj-inaugura-novo-instituto-do-cpc-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>, acessado em 09 de fevereiro de 2017;

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015;

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional: relações entre processo e constituição**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 94, 2004;

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. **O devido processo legal e a concessão de tutelas de urgência: em busca da harmonização dos valores segurança e efetividade.** Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, 2011.

CAPÍTULO 12

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL: ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS COMERCIAIS NO BRASIL

André Luis Ferreira Gonçalves
MBA em Tecnologia de Informação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, pós-graduando em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito - SP e Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes - RJ. Rio de Janeiro. andre@alfeg.com.br

RESUMO: Este estudo objetivou analisar a importância da utilização da Mediação e Arbitragem no âmbito Empresarial como facilitadora das soluções, dessa forma procurando compreender e comprovar sua efetividade e eficácia enquanto órgão extrajudicial. Sendo assim, o artigo tem como foco auxiliar na busca por uma resposta à questão: Qual o impacto da implantação e efetivação da Mediação e Arbitragem empresarial no Brasil? Para responder tal pergunta, optou-se por definir Mediação e Arbitragem, para, assim, identificar no ordenamento jurídico brasileiro as normas referentes a esse tema. Ademais, houve a procura por analisar a aplicação comercial da Mediação e Arbitragem no Brasil e apresentar as vantagens e desvantagens. Para tal, buscou-se examinar as legislações específicas para cada modelo de solução das controvérsias. Para que os resultados fossem alcançados, foi utilizada como método para coleta de dados a pesquisa bibliográfica, através do estudo levantado no referencial teórico sobre os impactos da implantação e efetivação da Mediação e Arbitragem empresarial no Brasil. A partir da análise de dados foi possível perceber a importância em fornecer aos cidadãos outros métodos para a solução de suas controvérsias. Desse modo, possibilitando a solução de seus litígios fora do Judiciário, com uma segurança jurídica. Inclusive estimulando-os a resolver seus litígios com autonomia, sem que o Estado esteja decidindo suas questões. Acredita-se que dessa maneira existe a possibilidade de gerar uma sociedade menos beligerante. Enfim, por meio de todo o estudo realizado e das sugestões pedagógicas apresentadas foi possível confirmar a importância da Mediação e da Arbitragem como meios extrajudiciais, também chamados de métodos adequados de solução de conflitos, pois possibilitam que as corporações resolvam seus conflitos empresarias com maior eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Arbitragem; MASCs; MESCs.

BUSINESS MEDIATION AND ARBITRATION: EXTRAJUDICIAL RESOLUTION ALTERNATIVES FOR COMMERCIAL CONFLICTS IN BRAZIL

ABSTRACT: This study aimed to analyze the

importance of the use of Mediation and Arbitration in the Business field as a solution enabler as well as to understand and prove their efficacy and effectiveness as an extrajudicial body. Thus, the article focuses on the search for an answer to the question: What is the impact of the implementation and effectiveness of Business Mediation and Arbitration in Brazil? To answer that question, it was decided to define what Mediation and Arbitration mean in order to identify, in the Brazilian legal system, the norms referring to this topic. In addition, there was a search to analyze the commercial application of Mediation and Arbitration in Brazil and to present its advantages and disadvantages**.** For that purpose, the study also aimed to examine the specific legislation for each model of dispute resolution. In order to obtain the results achieved, the methodology for collecting bibliographical data was used, using the theoretical non-referential method on the implementation and evaluation of the business mediation and arbitration in Brazil. From the analysis of data, it was possible to perceive the importance in providing to the citizens other methods for the solution of their controversies. In this way, allowing the settlement of their disputes outside the judiciary, with legal certainty even with the aim of resolving disputes over their autonomy, without the problem being solved. It is believed that in this way there is a possibility of generating a less belligerent society. Finally, through all the study carried out and the pedagogical suggestions presented, it was possible to confirm the importance of mediation and arbitration as extrajudicial sources, also called adequate methods of conflict resolution because they enable corporations to resolve their business conflicts more efficiently.
KEYWORDS: Mediation; Arbitration; MASCs; MESCs.

1 I INTRODUÇÃO

Os Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs) no Brasil têm se expandido nos últimos anos devido aos excessivos números de processos, o tempo de resolução e os custos envolvidos para a solução dos conflitos pelo Judiciário. Portanto, é justificável o estudo desses métodos, em especial a Mediação e Arbitragem Empresarial, como alternativa de resolução extrajudicial de conflitos comerciais.

De maneira geral, a forma de solucionar litígios encontra-se em um momento de mudança no Brasil. Com isso, o poder legislativo em 2015, ao instituir a Lei de Mediação, o novo código de Processo Civil e a atualização da Lei da Arbitragem, apresentou alterativas à sociedade para dirimir seus conflitos, em especial no âmbito empresarial, possibilitando a manutenção das organizações e se alinhando com a tendência mundial.

Diante de toda essa evolução legislativa e da mudança do paradigma de solução de conflitos, os MASCs são instrumentos poderosos e possuem ferramentas inovadoras para possibilitar uma sociedade menos beligerante e solucionar seus conflitos com maior eficiência.

O que impulsionou a realização deste artigo foi procurar entender qual o

impacto da implantação e efetivação da mediação e arbitragem empresarial no Brasil, apresentando conceitos, definições e ferramentas disponíveis para sua utilização e aprimoramento.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a importância da utilização da Mediação e Arbitragem no âmbito Empresarial como facilitadora das soluções e sua efetividade e eficácia enquanto órgão extrajudicial. Além de examinar as legislações específicas para cada modelo de solução das controvérsias. Ademais, também procura estabelecer as definições dos institutos e identificar no ordenamento jurídico brasileiro as normas referentes à Mediação e Arbitragem. Assim como analisar a aplicação dessas no Brasil e apresentar as vantagens e desvantagens.

Esta pesquisa é definida como exploratório-descritiva. Para acrescentar no valor deste projeto utilizamos como técnicas para coleta de dados os seguintes instrumentos: a pesquisa bibliográfica, o estudo de caso e a observação. Nota-se a pesquisa bibliográfica no momento em que se fez uso de materiais já elaborados: livros, artigos científicos, revistas, documentos eletrônicos e enciclopédias.

O desenvolvimento deste trabalho se estruturará em três partes. A primeira apresentará o conceito e definições acerca dos métodos adequados de solução de conflitos, bem como sua evolução histórica; abordando ainda os dados históricos para contextualizar o cenário atual brasileiro. A segunda se caracterizará pelo estudo dos métodos em espécie com análise e objeto do estudo, envolvendo sua efetividade; ademais, também serão estudadas a Mediação e a Arbitragem no escopo empresarial. Por fim, na última parte serão apresentadas as vantagens da Mediação e Arbitragem Empresarial com o objetivo de responder o problema de pesquisa.

2 | CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Pode-se dizer que os chamados meios alternativos de solução de conflitos são os mais antigos que se tem conhecimento, sendo a arbitragem o meio mais arcaico. Dolinger (2005) afirma que a arbitragem já estava presente na antiguidade e que está descrita através do pentateuco, que relata conflitos decididos por árbitros, como o conflito entre Jacó e Labão.

Nesse contexto, fica claro que nos meios de solução de conflitos extrajudiciais e anteriores ao nosso ordenamento, como bem nos assegura Scavone (2016), que já no Direito Romano, que é a base de nosso ordenamento jurídico, sempre foram admitidas a arbitragem voluntária, facultativa e inclusive estimulada, de mesmo modo que a arbitragem obrigatória também existia entre as fases da lei e do processo; *legis actiones* e *per formulas* respectivamente.

Conforme visto, há registros comprobatórios da origem da arbitragem bem antes do surgimento dos legisladores e do Estado – Juiz. Desta forma, podemos

afirmar que a justiça estatal foi precedida da justiça privada.

Entretanto, conforme o Estado Romano foi se expandindo, o chamado "arbitramento" da época foi cedendo lugar para o juízo estatal, surgindo o julgamento realizado pelo Imperador na figura de um pretor.

Para Azevedo (2018) os conflitos estão intimamente ligados ao convívio social. Deste modo o autor deixa claro que, havendo convivência, teremos os conflitos, e acrescenta que os principais meios de acesso à justiça ao longo da história para solucionar os conflitos eram a jurisdição estatal e a arbitragem.

Conforme verificado, os métodos consensuais de solução de conflitos são anteriores ao modelo estatal que posteriormente os classificou como meios alternativos, em que diversos autores preferem utilizar a palavra "adequados". Pois, sem dúvida, a solução da controvérsia sendo resolvida através da arbitragem ou da mediação não constitui um avanço, e sim uma sequência natural de solucionar um litigio. Enquanto isso, a jurisdição estatal estaria como alternativa em caso de não solução consensual.

3 I MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

3.1 Da Mediação

A mediação é um método consensual de resolução de conflitos que ocorre através de ferramentas e técnicas utilizadas por um mediador neutro e imparcial, treinado e capacitado, de modo que as partes cheguem a uma solução para sua própria controvérsia.

De acordo com Bacellar (2003) a mediação é um processo transdisciplinar que se destina a aproximar as partes interessadas na resolução do conflito e induzi-las, por meio de uma conversa, a encontrar uma solução com ganho para ambas as partes. Com isso, restabelecendo o diálogo e mantendo o relacionamento.

Conforme explicado, a mediação visa restabelecer o diálogo entre as partes. O mediador não sugere uma solução, e sim as partes que irão chegar a um resultado para a composição do conflito. O objetivo da mediação não é o acordo em si.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, a mediação trata-se de uma negociação realizada com o intermédio de um terceiro neutro e imparcial que facilita o diálogo entre as partes envolvidas no conflito, para que possam, através das técnicas utilizadas, chegar a uma composição (CNJ, 2018).

Os autores deixam claro que a mediação seria um método autocompositivo de solução de conflitos. Nesse contexto, fica claro que as partes por vontade própria irão resolver o conflito. Não é exagero afirmar que ao final da mediação irá existir uma composição. As partes saem da mediação melhores do que ingressaram, isso porque o diálogo foi restabelecido.

É preciso observar que o processo de mediação é sempre voluntário, conforme

o próprio teor do §2 do artigo 2º da lei 13420/2015, segundo o qual "Ninguém será obrigado a permanecer no procedimento de mediação". De acordo com o Código de Processo Civil, o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados na compreensão das questões e dos interesses em conflito, de modo que possam por si próprios, mediante o restabelecimento da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (art. 165, § 3º).

Bacellar (2012) define que:

> A mediação é única. Além de outras qualificações, ela representa um método adequado para tratar de situações complexas (emocionais, relação de vários vínculos) e consiste em processo, que como tal tem de ser desenvolvido, passo a passo, com planejamento, com técnica e visão interdisciplinar (p. 111).

O autor deixa claro na citação que a mediação é um processo complexo e multidisciplinar que demandará do mediador técnicas de diversas áreas do conhecimento, como a psicologia. Isso possibilita que as partes consigam através de ferramentas chegar a um consenso sem que o mediador ofereça a solução para o conflito.

3.2 Da Arbitragem

A Arbitragem é um meio extrajudicial de solução de conflitos, onde a decisão do conflito cabe a um terceiro alheio à situação. É uma técnica que envolve pessoas estranhas, as quais recebem poderes das partes através de um acordo privado, decidindo dessa forma sem a intervenção do estado e tendo seus efeitos de sentença judicial (CARMONA, 1993).

Como bem nos assegura Scavone (2018), a arbitragem é um meio privado, jurisdicional e alternativo para a solução de conflitos disponíveis. A mesma será decidida através de uma sentença arbitral, que será título executivo judicial, e de uma sentença prolatada pelo árbitro especialista da área. As partes, ao abdicarem da jurisdição estatal, submetem-se à decisão da sentença arbitral por livre iniciativa de vontade.

Conforme explicado, é interessante, aliás, que a arbitragem como meio "adequado" de solução de conflitos, como defendida por Carmona (1993), é uma solução heterocompositiva em que um terceiro irá decidir a lide. Sendo assim, as partes não possuem a autonomia de vontade, porém não se sujeitam à jurisdição estatal, tendo como busca uma solução mais eficiente e eficaz.

> A arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial. (CARMONA, 1993, p.43).

Carlos Alberto Gonçalves (2015) define a Arbitragem como um acordo de vontades em que as partes, por não possuírem interesse em submeter seus conflitos

à jurisdição estatal, escolhem árbitros para que tomem a decisão, pois não se sentem aptas a resolver seus conflitos sem o auxílio de um terceiro. O autor informa ainda que a Arbitragem é uma espécie de complemento da transação.

Por todas essas razões, é importante destacar que a Arbitragem é um meio de solução de conflitos que possui a mesma força de uma sentença judicial. A diferença é que esse meio é proferido por uma pessoa de confiança das partes, que foi escolhida por elas, e geralmente um especialista na área; o que não é possível na jurisdição estatal.

3.3 A Mediação Empresarial no Brasil

A Mediação no âmbito empresarial tem avançado bastante nos últimos anos no Brasil, a partir da resolução 125/2010 do CNPJ, Código de Processo Civil (Lei Nº 13.105/2015) e da Lei da Mediação (Lei Nº 13.140/2015), todas recentes no cenário brasileiro. Prova do interesse pela mediação no Direito Empresarial são os diversos convênios firmados entre os órgãos estatais e as organizações, como exemplo o CNJ e Fiesp e o TJRJ e concessionarias, seja realizando mutirões ou mediações judiciais.

De acordo com o relatório Justiça em Números do CNJ, em sua edição de 2018, o número de acordos homologados pelos CEJUSC (Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) teve um aumento nos últimos três anos, conforme a figura abaixo:

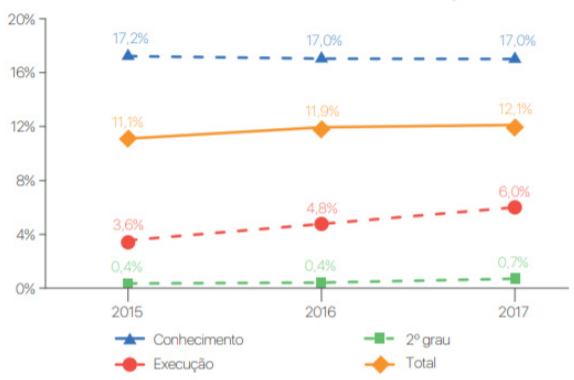


Figura 1 - Percentual de Sentenças homologadas

Fonte: CNJ (2018)

A figura traz o percentual de sentenças homologatórias de acordo proferidas, comparativamente, ao total de sentenças e decisões terminativas. Em 2017 foram 12,1% sentenças homologatórias de acordo, valor que vem crescendo nos dois últimos anos (em 2015 era de 11,1% e em 2016, 11,9%). Na fase de execução, as sentenças homologatórias de acordo corresponderam em 2017 a 6,0%, e na fase de conhecimento a 17,0%.

Segundo Daniele Monteiro Gabbay (2018) a escolha da mediação empresarial

faz parte da estratégia da empresa e depende de diversos aspectos, podendo ser realizada já na fase pré-contratual, onde poderá ser feito o acordo da forma de solução do conflito, ou depois de seu surgimento.

Destacamos também as chamadas ODR (*Online Dispute Resolution*), que para Cortés (2011) são:

> Os métodos de solução de conflitos podem ser complementados pelas TICs. Refere-se a este processo como ODR, quando ele ocorre majoritariamente online. Isto pode incluir a proposição do procedimento, o agendamento neutro da sessão, os processos de produção de provas, as oitivas, discussões e mesmo a entrega de decisão vinculante. A ODR é simplesmente um meio diferente de se solucionar conflitos, do início ao fim, enquanto ainda respeitando os princípios do devido processo (p. 53).

No Brasil, de acordo com a AB2L, entidade de apoio às Lawtechs e Legaltechs, encontramos as empresas Acordo Fechado, Concilie Online, eConciliar, Jussto, Mol e Sem Processo, as quais prestam serviços de resolução de disputas no campo virtual.

Já no âmbito do Direito Administrativo, o art. 174 do CPC (Código de Processo Civil) prevê a possibilidade de mediação e conciliação por meio de câmaras de conciliação e mediação criadas pela união, Estados, DF e Municípios. Porém, cada ente da federação poderá estabelecer câmaras para a resolução administrativa de conflitos. A União criou em 2007 a câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal; e diversos Estados estão implementando esse conceito em sua administração. O Rio de Janeiro possui a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC) e a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), ambas com o objetivo de solucionar os conflitos com pessoas físicas e jurídicas na esfera administrativa.

3.4 A Arbitragem Empresarial no Brasil

A Arbitragem foi sendo mais utilizada no âmbito empresarial devido às alterações legislativas, primeiramente pela lei 11.232/2005 e posteriormente mantida no CPC/2015 em seu artigo 515, VII. Portanto, a sentença arbitral possui a mesma força de sentença judicial, pois a coloca no rol dos títulos executivos judiciais.

Nessa Medida apresenta-se: “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste título: (..) VIII – a sentença arbitral(...)” (BRASIL, 2015).

Scavone (2018) salienta que embora as medidas de urgência precisam ser levadas ao judiciário para serem materializadas, na celeridade da decisão de mérito não resta dúvida sobre a vantagem da Arbitragem.

São vantagens citadas por diversos autores do procedimento arbitral: Especialização: na arbitragem se nomeia um especialista; Rapidez: o procedimento é sem sombra de dúvidas mais célere; Irrecorribilidade: a sentença tem validade de sentença judicial transitada em julgado; Informalidade: procedimento não é formal,

como o procedimento judicial; Confidencialidade: o procedimento pode ser sigiloso, diferentemente da regra de publicidade dos atos judiciais.

Segundo Luciano Benetti (2018), a crise do Poder Judiciário, que se mostrou incapaz de lidar com a demanda da sociedade para resolver os conflitos em matéria empresarial, deu o impulso necessário para que se desenvolvesse a arbitragem no Brasil nos últimos anos. Embora se entenda que a Arbitragem não substitui integralmente a atividade estatal, o autor compreende que sob uma análise econômica do Direito a arbitragem possui condições de substituir a atividade jurisdicional estatal, de modo que os custos de transação associados à celeridade e eficiência acarretam ganhos de escala e oportunidade.

> Percebe-se, portanto, que a arbitragem desempenha um papel institucional, que conforma as regras do jogo empresarial e, nesse sentido, acaba influenciando o ambiente de negócios. Como tal, ela desempenha relevante papel no sentido de promover incentivos aos negócios ao investimento. Veja-se as principais características institucionais da arbitragem e o ganho econômico que ela traz. (TIMM, 2018, p. 310).

Desta forma, não resta nenhuma dúvida nas vantagens da arbitragem frente ao processo jurisdicional estatal, cabendo a mais empresas aderirem ao novo paradigma da solução de conflitos, estabelecendo por meios próprios suas regras e condições de solução, que certamente trarão ganhos a toda sociedade.

4 I VANTAGENS DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL

Anualmente o CNJ disponibiliza um relatório intitulado Justiça em Números, que consta de estatísticas judiciárias oficiais. Em sua 14ª edição, de 2018, podemos extrair o prazo médio de um processo judicial. Para tanto, consideramos a ilustração apenas do 1º Grau de Jurisdição.

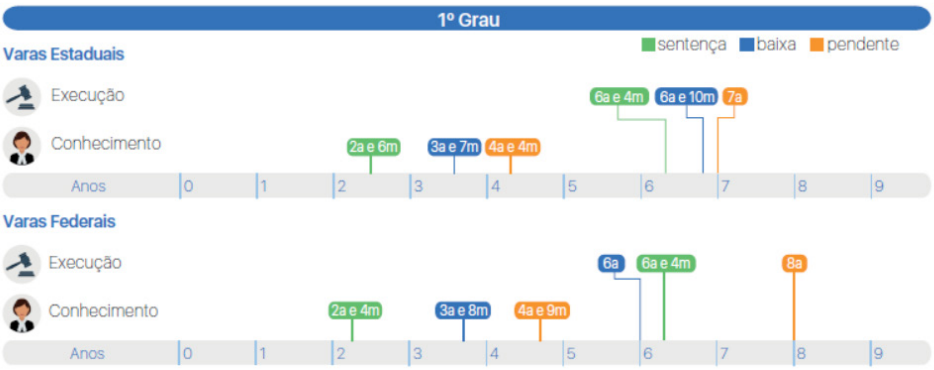


Figura 2 - Diagrama do tempo de tramitação do processo, em 2017

Fonte: CNJ (2018)

Como verificamos no diagrama acima, um processo judicial encontra-se com prazo médio de dois anos e meio para uma sentença, isso apenas na fase de

conhecimento. Se considerarmos também a fase de execução, podemos chegar a oito anos ou mais. Comparando a um processo de Arbitragem, podemos verificar o prazo que dispõe o artigo 23 da Lei de Arbitragem:

> Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. § 1º Os árbitros poderão proferir sentenças parciais. § 2º As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado para proferir a sentença final (BRASIL, 1996).

Como já destacamos, as vantagens dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos, em especial a Mediação e Arbitragem Empresarial, não se restringem ao prazo de resolução do conflito. Conforme demonstrado no gráfico extraído da revista da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo abaixo, que corrobora os entendimentos:

Vantagens da aplicação da arbitragem empresarial	
Alcance	O árbitro só pode decidir sobre direitos patrimoniais e disponíveis – ficam de fora questões ligadas a separação judicial, divórcio, direito de filiação e investigação de paternidade, entre outras.
Efeitos	Uma sentença arbitral tem os mesmos efeitos jurídicos que uma sentença judicial.
Formalidade	Cláusula compromissória é a previsão, contida em um contrato, de que eventuais litígios entre as partes a respeito de obrigações contratuais sejam submetidos à arbitragem.
Cumprimento da cláusula compromissória	O Poder Judiciário poderá obrigar a parte ao cumprimento da cláusula compromissória, se esta se recusar posteriormente a se submeter à arbitragem (artigos 6º e 7º da Lei 9.307/96).
Princípios	A arbitragem terá que ser imparcial, respeitar a igualdade das partes, prestigiar o contraditório e a ampla defesa.

Figura 3 - Vantagem Arbitragem Empresarial

Fonte: CNC Notícias (2017)

Inclusive, com relação à segurança jurídica, já existe uma jurisprudência consolidada no sentido de reconhecer não só os efeitos, como a eficácia da clausula compromissória, conforme citado na Apelação cível nº 5009846-10.2015.4.04.7201/SC, que negou recurso de um acionista da Petrobrás que pedia reparação pelas perdas sofridas nas ações da estatal. De acordo com a decisão, os acionistas estão comprometidos pelo estatuto da companhia a resolverem as controvérsias por meio da arbitragem, segundo a ementa abaixo:

> DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SOCIEDADE ANÔNIMA. ESTATUTO DA PETROBRÁS. CLÁUSULA

> COMPROMISSÁRIA ESTATUTÁRIA. Nos termos do artigo 58 do Estatuto da PETROBRÁS, disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404/76 devem ser resolvidas por meio de arbitragem; Se no estatuto da empresa há previsão da solução de conflitos pela arbitragem, ou seja, se há cláusula compromissória, não poderá o sócio abster-se de aderi-la, uma vez que, o acesso às regras expostas no estatuto, é público, sob pena de inviabilizar a condução das relações internas da sociedade anônima. O investidor não é obrigado a fazer parte da companhia. Se optar pelo ingresso, presume-se que avaliou e acatou voluntariamente as disposições estatutárias. Até porque, o registro do estatuto social na junta comercial, ou sua inscrição na bolsa de valores ou no mercado de balcão, ratifica a presunção de pleno conhecimento pelos acionistas. A exigência de aceitação expressa não encontra respaldo nem na Lei das Sociedades Anônimas, nem na Lei da Arbitragem. Não há falar em ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial. O princípio contido no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB deve ser entendido como regra de coibição de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal e somente nestes casos deve ser acionado (STJ, 2017, online).

Destacamos também o recurso extraordinário de agravo de instrumento nº 2186562-30.2016.8.26.0000, interposto contra a decisão que indeferiu antecipação de tutela que impedia prossecução de efeitos de sentença arbitral estrangeira.

> Agravo de Instrumento Processo nº 2186562-30.2016.8.26.0000 Agravante: GANADERIA BRASIL INDUSTRIA E COMÉRCIO DE ACESSÓRIOS DE MODA LTDA. Agravado: LEVIS STRAUSS DE ESPAÑA S.A. Número de 1ª Instância: 1089842-09.2016.8.26.0100 Comarca/Vara: São Paulo - 27ª Vara Cível Juiz(a): Vitor Frederico Kümpel Relator(a): CLAUDIO GODOY Órgão Julgador: 2ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
>
> [..] Com isso, por ora, mesmo sem homologação, resta ainda o fato em si da ocorrência da arbitragem e de seu resultado, cuja comunicação não se impede, a priori, a despeito da ausência da homologação e sempre ressalvada discussão indenizatória sobre eventual abuso com que as mesmas comunicações se façam, mas o que aparentemente não se integra à causa do pedido presente da recorrente, ao menos não além do que se ligue à ausência de exequatur. Processe-se, pois, sem a liminar. Dispensadas informações, aguarde-se a consumação da citação a fim de que a agravada seja intimada a responder o recurso (DJSP, 2016, online).

Também com o objetivo de corroborar a jurisprudência, disponibilizamos abaixo o RE 75.400-SP, sobre homologação de sentença arbitral estrangeira.

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. 1. A EC nº 45/2004 transferiu desta Corte para o STJ a competência originária para examinar os pedidos de homologação de sentença estrangeira. Seria contrário à ratio da emenda e ofensivo à finalidade do recurso extraordinário, transformá-lo em sede de revisão geral das decisões tomadas pelo STJ neste particular. 2. Não se conhece de recurso quando o acórdão impugnado se assenta em mais de um fundamento autônomo e o recorrente não impugna todos eles. 3. A jurisprudência afasta o cabimento de recurso extraordinário para o questionamento de alegadas violações à legislação ordinária, sem que se discuta o seu sentido à luz da Constituição, bem como para o reexame de fatos, provas ou cláusulas contratuais (Súmulas 279 e 454/STF). 4. Negado seguimento ao recurso (STF, 2013, online).

Não poderíamos deixar de destacar a posição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que tem inovado com relação ao direito concorrencial,

pois tem incluído nos Acordos de Concentração (ACCs) a previsão de solução de conflitos por arbitragem entre a parte interessada no ato de concentração e terceiros adquirentes dos seus serviços ou bens. Podemos destacar os exemplos de caso da combinação da Cetip com a BM&FBovespa. Pelo acordo, as compromissárias estão obrigadas a empreender período de negociação de até 120 dias com qualquer interessado na contratação da prestação de serviços de central depositária. No caso de fracasso nas negociações, o potencial entrante poderá acionar mecanismo de arbitragem para solucionar controvérsias. Outro exemplo da inclusão da arbitragem em ACC ocorreu no ato de concentração relativo à fusão da Time Warner com a AT&T.

Com relação à mediação, destacamos na figura abaixo algumas das diversas vantagens nesse processo:

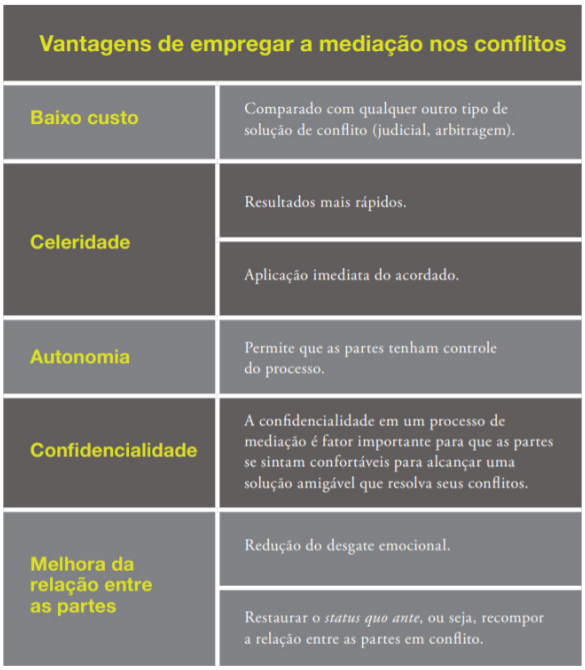


Figura 4 - Vantagens Mediação

Fonte: CNC Notícias (2017)

A redução de custos e a maximização dos ganhos sempre são pontos observados por qualquer organização, e em especial podem ser verificados como as vantagens da mediação privada. Porém, ainda observamos que os itens citados acima, como celeridade, autonomia, confidencialidade e manutenção das relações comerciais, estão entre os importantes da mediação.

Conforme estipulado no artigo 2º da Lei da Mediação, caso previsto em contrato, primeiramente deve-se comparecer à sessão de mediação.

> Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: [...]
>
> § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação (BRASIL, 2015).

Já em seu art. 22, inciso IV, observamos que o legislador implementou uma criativa solução penalizando a parte que não compareceu à sessão de mediação e logrou êxito no processo:

> O não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada (BRASIL, 2015).

Uma das vantagens da mediação empresarial é relativa à possibilidade desse processo no âmbito do Direito Administrativo, conforme prevê o artigo 174 do CPC, que aborda a mediação como uma possibilidade por meio de câmaras de mediação e conciliação criadas pela União, Estados, DF e municípios.

> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
>
> I - Dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - Avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (BRASIL, 2015).

No âmbito federal já existe desde 2007 a câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Também há nos estados câmaras com essa finalidade, como exemplo o Rio de Janeiro, onde temos a Câmara Administrativa de Soluções de Conflitos (CASC) para solucionar litígios na área de Educação e a Câmara de Resolução em Litígios de Saúde (CRLS), ambas para solucionar conflitos entre particulares e o ente estatal. Embora ainda incipiente do ente público de atitude de solucionar os conflitos de forma administrativa, avanços consideráveis foram realizados nesse sentido.

5 I CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como a Mediação e a Arbitragem no âmbito Empresarial têm relevantes ganhos. Além disso, também permitiu compreender como os avanços legislativos e jurisprudenciais têm dado uma segurança jurídica para que os institutos sejam amplamente utilizados.

A partir da análise dos dados foi possível perceber a importância em fornecer aos cidadãos Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESCs) e identificar as dificuldades da implementação. Também foi exequível compreender como o novo paradigma está sendo a cada dia mais usual no âmbito do próprio judiciário, seja encaminhando os processos para a mediação, como prevê o Novo CPC/2015, ou

disponibilizando ferramentas para uma mediação pré-processual.

Após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e das leis específicas da Mediação e Arbitragem, o legislador foi ao encontro dos anseios da sociedade por um arcabouço jurídico que possibilitasse as pessoas físicas e jurídicas a tentar solucionarem seus litígios fora do Judiciário com uma segurança jurídica. Inclusive estimulando-as a resolver seus litígios com autonomia, sendo no método autocompositivo da mediação ou na Arbitragem, que, embora heterocompositiva, pois é um terceiro que irá resolver o litigio, está regida pelo princípio da autonomia da vontade e encontra-se como medida extrajudicial, sem que o Estado esteja decidindo suas questões; gerando assim uma sociedade menos beligerante.

Com os números da 14ª edição do Justiça em Números do CNJ (2018) foi possível identificar de forma clara como a Justiça estatal encontra-se em um momento de colapso com mais de 115 milhões de processos. Seus prazos para solucionar os conflitos não são satisfatórios. Deste modo, registramos uma frase de Rui Barbosa que afirma: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (1997, p. 40).

Com base neste entendimento, podemos afirmar que principalmente no ambiente corporativo em que a celeridade está diretamente relacionada com o custo, os meios extrajudiciais de solução de conflitos se apresentam não como uma alternativa, e sim uma primeira opção para as corporações. Ao optarem pela solução de possíveis conflitos de forma privada, essas conseguem uma resposta com celeridade, custo acessível e, tratando-se da arbitragem, uma sentença prolatada por um especialista na matéria e com coisa julgada.

Ademais, as corporações não se submetem a um número excessivo de recursos da justiça estatal, pois na arbitragem temos a impossibilidade de recurso ao judiciário, tendo a sentença como título executivo extrajudicial. Além de todos esses benefícios da arbitragem, temos também a possibilidade de optar pela mediação, que também se favorece da celeridade e baixo custo. Como maior benefício, há a manutenção das relações comerciais, além do sigilo.

Apesar de o Brasil ainda possuir uma cultura de litigância e o judiciário ainda estar se adaptando às mudanças de paradigma para que os magistrados se utilizem dos mecanismos da mediação e firmem o entendimento dos tribunais superiores, podemos identificar avanços quando analisamos os números de homologações de sessões de mediações pelos CEJUSC dos tribunais estaduais. Além do aumento do número de empresas com interesse em se utilizar da arbitragem. Quando verificamos os dados dos últimos três anos, confirmamos essa tendência, que demonstra uma mudança dessa cultura no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de. **Manual de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Manole, 2018.

_____. **Manual dos MESCs**: Meios Extrajudiciais de solução de conflitos. São Paulo: Manole, 2016.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. Cade aprova, com restrições, operação entre BM&FBovespa e Cetip. CADE, 22 de março de 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-aprova-com-restricoes-operacao-entre-bm-fbovespa-e-cetip>. Acesso em: 09 abr. 2018.

BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados *Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Mediação e arbitragem**: coleção saberes do direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/c civil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-20 18/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6oda Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Arbitragem e Processo**: Um Comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2004.

CASTILHO, Auriluce Pereira; BORGES, Nara Rúbia Martins; PEREIRA, Vânia Tanús. Manual de Metodologia Científica. Goiás: Ulbra, p.10-11, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf >. Acesso em: 11 abr. 2018.

CORTÉS, Pablo. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**. New York: Routledge, 2011. Disponível em: <http://www.oapen.org/download? type=document&docid=391038>. Acesso em: 11 abr. 2018.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DJSP. Página 495 da Judicial – 2ª Instância do Diário de Justiça do Estado de São Paulo de 29 de setembro de 2016. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://www.jus brasil.com.br/diarios/126862156/djsp-judicial-2a-instancia-29-09-2016-pg-495>. Acesso em: 14 abr. 2018.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. São Paulo: Cia Do E-book, 2018.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação empresarial em números: onde estamos e para onde vamos**. JOTA, 20 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/ opiniao-e-analise/artigos/mediacao-empresarial-em-numeros-onde-estamos-e-para-onde-vamos-20042018>. Acesso em: 11 abr. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais, volume 3. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem**: aspectos fundamentais. 1 ed. Rio de Janeiro, 2008.

MEDIAÇÃO e arbitragem empresarial. **CNC Notícias**, Rio de Janeiro, Ano XVII, n° 203, outubro de 2017. Disponível em: <http://cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/cnc _203.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2018.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe. **Arbitragem e Mediação**: a reforma da legislação brasileira. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. Mediação, Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 715400 SP. Relator: Min. Roberto Barroso. DJ: 14/11/2013. **JusBrasil**, 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurispru dencia/24663844/recurso-extraordinario-re-715400-sp-stf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1681440 RS 2017/0152697-2. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 21/09/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <https://stj.jus brasil.com.br/jurisprudencia/501602940/recurso-especial-resp-1681440-rs-2017-015 2697-2?ref=topic_feed>. Acesso em: 14 abr. 2018.

TEIXEIRA, Tarcisio; LIGMANOVSKI, Patricia Ayub C. Arbitragem em Evolução. São Paulo: Manole, 2018

TIMM, Luciano Benetti. In: DIAS, Feliciano Alcides. **Análise Econômica da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. **Guia da Arbitragem Tributária**. 2 ed. Portugal: Almedina, 2017.

YIN, Roberto K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 2 ed. Porto Alegre: Editora Bookman, 2001.

CAPÍTULO 13

MODALIDADES DE USUCAPIÃO: A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Ana Carolina Lovato
PUC-MG; Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

Marília Camargo Dutra
Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

RESUMO: O presente artigo buscou conceituar e descrever, dentro do ramo do Direito das Coisas, a Ação de Usucapião para bens imóveis, denominando e clarificando cada uma de suas modalidades, porém enfatizando a modalidade de Usucapião Familiar no que tange a sua aplicabilidade, peculiaridades, diferenças com as demais modalidades e na análise da sua Constitucionalidade. Tendo em vista sua atual dimensão para a sociedade, emerge um importante questionamento sobre a dissidência da aquisição de posse através dessa variedade, devido ao fato de muitos a relacionarem com uma forma de punição ao cônjuge que se ausentou do lar. Partindo desse pressuposto, o artigo intentou desfazer a idealização implícita presente na Ação de Usucapião Familiar de que há um "cônjuge culpado" pelo divórcio. Para aperfeiçoar o projeto, foi elaborada uma pesquisa bibliográfica baseada nas obras de importantes doutrinadores e também jurisprudências a respeito do tema, a fim de esclarecimentos sobre a problematização do estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Coisas. Posse. Usucapião.

ADVERSE POSSESSION MODALITIES: AN ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF FAMILY ADVERSE POSSESSION

ABSTRACT: This paper aims to conceptualize and describe, within the branch of law of things, adverse possession action for real estate, naming and clarifying each of its modes, but emphasizing mode Family Usucaption regarding its applicability, peculiarities, differences with other modalities and analysis of its Constitutionality. Given its current size to society, emerges an important question about dissent from the acquisition of ownership through this range, due to the fact many to relate to a form of punishment to the spouse who is absent from home. Based on this assumption, the article brought undo the implicit idealization present in the Family Action Usucaption that there is a "guilty spouse" for the divorce. To improve the design, it created a literature based on the works of important scholars and also case law on the subject in order to clariy the questioning o the study.

KEYWORDS: Possession. Property Law. Adverse possession.

1 I INTRODUÇÃO

Em um primeiro momento, no capítulo 1 deste artigo, será explicada a essência da Ação de Usucapião bem como sua grande finalidade perante a sociedade brasileira. Tendo em vista a sua frequente aplicabilidade, busca-se através deste estudo descrever cada uma de suas modalidades presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988(CRFB/88), no Código Civil Brasileiro vigente, e também na legislação dispersa.

Este estudo abordará principalmente - no seu Capítulo 2 - a questão da Ação de Usucapião Familiar e sua importância para garantir a Função Social da Propriedade no caso de abandono de lar de um dos cônjuges. Este artigo demonstrará como o cônjuge que permaneceu no imóvel poderá adquirir a propriedade deste. Para tanto, serão demonstradas as peculiaridades da CRFB/88 e especificamente a Lei 12.424/2011, também do Código Civil Brasileiro no que tange a esta variedade da Ação. Criada justamente para dar maior eficiência para esta modalidade de usucapião, esta Lei especificará nos seus pormenores os requisitos necessários para o exercício deste direito.

A modalidade de Usucapião Familiar, é grandemente criticada por alguns autores que além de considerarem o cônjuge que se retirou do lar como ainda possuinte do direito ao seu quinhão no que se refere a divisão do bem, mesmo após transcorrido determinado tempo. Eles vêem esta modalidade como uma forma de punição por ele ter abandonado o outro cônjuge. Para estes autores, a Usucapião familiar é implicitamente uma forma de declaração de culpabilidade ao consorte por ter enjeitado de fato o lar, ou seja, não consideram admissível a perda de parte da propriedade tão somente pelo fato de ser considerado como “responsável pelo divórcio”.

Porém, a partir da análise da Usucapião Familiar, será possível demonstrar a seguir a legitimidade do direito da parte “remanescente”, frente à negligência do domínio do imóvel pelo outro.

Para a realização desta obra, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, com o intuito de discorrer e tentar chegar a uma possível conclusão acerca do dilema da constitucionalidade deta ramificação da Usucapião Especial Urbana, principalmente no eu se refere as divergências e críticas feitos pelos principais autores do ramo.

Baseado em importantes doutrinadores do Direito Civil no Brasil, como Arnaldo Rizzardo, Carlos Roberto Gonçalves, Silvio de Salvo Venosa, entre outros, busca-se a conclusão a respeito do dilema acerca da constitucionalidade desta ramificação da Usucapião Especial Urbana no que se refere as suas críticas.

2 I LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A DIVERSIDADE DE MODALIDADES DE USUCAPIÃO PARA BENS IMÓVEIS

A Ação de Usucapião, tanto de bens móveis como imóveis, de forma muito generalizada, pode ser descrita como uma ação cabível para os casos em que uma pessoa busca garantir o seu direito à propriedade, esta que está sendo utilizada como dona da referida propriedade. Antes de espeficicar a ação de usucapião para bens imóveis, no que tange às modalidades descritas no ordenamento jurídico brasileiro, é importantíssimo ressaltar a sua principal finalidade: a garantia da função social de um bem.

Arnaldo Rizzardo (2014, p. 270), a partir das palavras de Washington de Barros Medeiros, discorre que a Ação de usucapião pode ser considerada como originada desde os primórdios da organização da sociedade civil, com a Lei das XII Tábuas, a qual a estendia para bens móveis e imóveis. Também estabelecia prazos para a aquisição dos bens, sendo estes de um ano para bens móveis e dois anos para os bens imóveis. Posteriormente, estes prazos foram elevados. (Curso de Direito Civil, - Direito das Coisas, ob, cit., p.120.)

Desse modo, pode-se compactuar com a afirmação proferida por RIZZARDO (2014, p. 270) de que desde esses tempos mais remotos, a Usucapião sempre foi reconhecida e legitimada pela sociedade. Há legitimidade na "titularidade da posse por força da ocupação prolongada"[4]. Portanto, a partir da análise destas afirmações, é possível afirmar que se pretende com a Usucapião, tanto na contemporaneidade quanto em outrora, a garantia de que a propriedade cumpra a sua função social, ou seja, garantir que esta seja útil para a sociedade.

Quando se aborda a expressão "garantia da função social da propriedade", é notório que está trata-se de um Princípio Constitucional, que relaciona-se diretamente ao ramo dos direitos fundamentais. Este princípio encontra-se categoricamente manifestado na CRFB/88 como uma condição para o desempenho da propriedade de um bem. Pode-se encontrar este princípio primordialmente no rol dos direitos e garantias fundamentais: o artigo 5º da CRFB/88, em seu inciso XXIII. Este princípio pode ser encontrado no que se refere ao regramento quanto às políticas urbanas, agrícola e fundiária, disposto respectivamente nos artigos 170, inciso III, art 182, §2º e art. 186 da Lei Fundamental.

RIZZARDO (2014, p.270) relaciona também a ação de usucapião com a questão da negligência do proprietário anterior do bem, visto que este cedeu espaço para que outro se implicitamente renunciando ao domínio deste por não exercer a sua posse. Deste modo, para o autor, o proprietário de certa forma estaria implicitamente renunciando ao domínio deste por não exercer a sua posse.

Já Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.244), discorre acerca da origem do Instituto da Função Social da Propriedade que:

> O princípio da função social da propriedade tem controvertida origem. Teria sido, segundo alguns, formulado por Augusto Comte e postulado por León Duguit, começo do aludido século. Em virtude da influência que a sua obra exerceu nos autores latinos, Duguit é considerado o precursor da idéia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário.

Silvio de Salvo Venosa (2007, p.144), por sua vez, relaciona este instituto a uma concepção religiosa ao discorrer acerca da "Encíclica Mater et Magistra" do Papa João XXIII, ocorrida no ano de 1961, a qual clarificou que a propriedade apesar de um direito natural do ser humano, deve ser exercida não somente em prol do titular, mas sim para o melhor proveito perante a coletividade. O autor também expressou que o Estado não pode ficar omisso diante do descumprimento do ordenamento jurídico da propriedade, portanto este deve fornecer instrumentos jurídicos capazes de proporcionar para o proprietário a defesa do que é seu, desde que esta lhe seja útil. VENOSA (2007, P. 144) também considera que o espaço urbano mal utilizado é um grande motivo de "inquietação social" e que a má utilização deste espaço gera violência.

Após a breve análise acerca da importância da Função Social da Propriedade, partindo do pressuposto de que esta é indispensável para a coletividade, fica clara a ideia de que Ação de Usucapião para bens imóveis é evidente o principal instituto para a garantia deste essencial instituto que visa a concretização de direitos fundamentais.

A ação de Usucapião de bens imóveis, para o seu melhor proveito perante o direito brasileiro, foi classificada em modalidades diferentes: Usucapião Ordinária, Usucapião Extraordinária, Usucapião Especial - que por sua vez divide-se em Usucapião Especial Rural (Usucapião pro labore), Usucapião Especial Urbana – Usucapião Urbana (Individual e Coletiva), Usucapião Indígena, e por fim, houve o surgimento de uma nova modalidade, dentro da Usucapião Especial Urbana, denominada como Ação de Usucapião Familiar.

Ao individualizar a Ação de Usucapião de acordo com cada caso em concreto, nota-se que a ideia do legislador é justamente considerar esmiuçadamente a intenção do autor da ação de forma mais eficaz, observando a aplicabilidade diante de cada situação, os quais apresentam requisitos diferentes. A seguir, será discorrido sucintamente a respeito de cada uma das principais variedades e aplicabilidade das Ações de Usucapião disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro:

2.1 Usucapião Ordinária

A modalidade de Usucapião Ordinária, segundo o autor GONÇALVES (2006, p. 237) afirma que para o exercício desta ação é necessário observar os requisitos necessários dispostos no Código Civil Brasileiro (CC) que são: a posse mansa e pacífica do imóvel, ser possuidor de um Justo Título[5] e boa-fé. Além disso, o autor

ao apresentar o referido no artigo 1.242 do CC, demonstra que o tempo necessário para usucapir o bem é de 10 anos ininterruptos.

Em sentido contrário, com base no Parágrafo Único do mesmo artigo do Código Civil, o prazo cairá para a metade, ou seja, 5 anos ininterruptos:

> Parágrafo Único: Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante no respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele estiverem estabelecido a sua moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico

Esta modalidade, segundo Rizzardo (2011, p. 294), se distingue das demais pela exigência do Justo Título e da Boa-fé do possuidor. Esta peculiaridade é muito bem destacada nas palavras de RANGEL (2012), que ao discorrer sobre a Usucapião ordinária, no que se refere ao Justo Titulo, afirma:

> Nessa modalidade de prescrição aquisitiva, pode ocorrer que o usucapiente detivesse o título anteriormente, todavia, o qual, por razão diversa, fora cancelado, quer seja por irregularidade formal, quer seja por vício de vontade, dentre outras possibilidades. O Código Civilista protege quem, se encontrando em tal contexto fático, mantém na coisa usucapienda a moradia ou, ainda, realizou ali investimentos que demonstrem interesse social e econômico. Desta sorte, protege-se o possuidor que atribui utilidade a coisa, valorando, assim, o princípio constitucional da função social da propriedade, em detrimento de terceiros.

Neste trecho de sua obra, Rangel (2012) ao proferir esta afirmação, intenta ressaltar que ainda que haja um Justo Título, e este por razões de vício em sua origem (irregularidade formal, vicio de vontade, etc.) seja cancelado, presume-se através deste a Boa-fé do usucapiente. Portanto, diante destes casos, é garantida a propriedade àquele que nesta situação designa a coisa para fins de moradia ou que nela efetue algum investimento de cunho social ou econômico. O autor destaca ainda o princípio constitucional da Função Social da Propriedade que, neste caso, é aplicado em favor de terceiros nos casos em que o possuidor agrega valor ao bem ao melhorar a utilidade da coisa.

A respeito da modalidade de Usucapião Ordinária é importante ressaltar ainda que tão somente o Justo título registrado e a boa-fé do possuidor não garantem a Usucapião. Deve o possuidor atender ao lapso temporal previsto no art. 1.242 do Código Civil.

2.2 Usucapião Extraordinária

A Ação de Usucapião na espécie Extraordinária encontra-se regulamentada pelo art. 1.238 do CC. Após observar o disposto no artigo percebe-se concomitante GONÇALVES, que os requisitos para a Usucapião Extraordinária são: o autor ser possuidor do imóvel por pelo menos quinze anos, ou por pelo menos dez anos se no imóvel estiver estabelecido a sua moradia habitual, ou seja, deve estar domiciliado no imóvel. Este prazo também será de dez anos se o autor da ação tiver realizado obras ou serviços no imóvel, sendo estes de caráter produtivo. (GONÇALVES, 2006,

P.236)

O Art. 1.238 do Código Civil Brasileiro dispõe que:

> Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
>
> Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

A Usucapião Extraordinária trata-se da modalidade mais usual e conhecida entre todas. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 236) basta o ânimo de ser dono (animus domini), a continuidade da posse, ou seja, ser esta ininterrupta e ainda a tranquilidade da posse por quinze anos, ou seja, a pacificidade e mansidão da posse.

Observa-se também que para ser aplicável, a Usucapião Extraordinária não necessita de um Justo Título e nem da boa-fé, que segundo GONÇALVES (2006, p. 236) estes sequer são presumidos.

É importante ressaltar que não há a necessidade de que o usucapiente comprove o pagamento dos impostos devidos da propriedade, pois isto seria injusto a quem de fato estabeleceu sua moradia e realizou obras no local e, o simples fato do pagamento de impostos referentes ao bem não desconfiguram a negligencia do antigo proprietário.

2.3 Usucapião Especial

Esta modalidade de Usucapião, foi trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, de acordo com a Lei Maior, divide-se em duas espécies: a Usucapião Especial Rural e a Usucapião Especial Urbana.

2.3.1 Usucapião Especial Rural

Também conhecida como Usucapião pro labore, esta espécie já havia sido prevista desde a Constituição brasileira outorgada de 1937, porém nas Constituições subsequentes não foi incluída. Somente na CRFB/88, através do seu conteúdo garantista, finalmente esta importantíssima modalidade foi novamente incluída em prol da sociedade brasileira.

A CRFB/88 dispôs sobre os requisitos necessários para a aplicabilidade da Usucapião Familiar, deixando a regulamentação para Lei ordinária.

Segundo GONÇALVES (2006, p.238) no tempo em que a Usucapião Especial Rural não era regulamentada no Brasil, era usada como forma subsidiária a Lei nº 4.504 de 1964, conhecida como “Estatuto da Terra”. Esta importante lei foi utilizada até que para regular especialmente este tema foi criada a Lei 6.969, no ano de 1981.

A Lei 6.969/81 dispõe sobre a forma de aquisição da propriedade de um imóvel rural através da Usucapião Especial Rural. De acordo com o art. 1º da Lei, poderá adquirir a propriedade rural toda a pessoa que não for proprietária de bens, sejam estes imóveis urbanos ou rurais, e que possuir, como se dono fosse, determinada área rural que não exceda a extensão de 25 (vinte e cinco) hectares, durante o tempo de 5 anos, os quais de forma ininterrupta. Referente a este imóvel rural, a pessoa deverá nele ter estabelecido a sua moradia e o tornado produtivo através do seu trabalho, reforçando, desse modo, a ideia de que através da sua atividade como possuidor, oferece para a sociedade melhor benefício do que o antigo proprietário que negligenciou o seu domínio (função social da propriedade). Desse modo, o possuidor adquirirá o domínio da coisa e, sendo prescindível o Justo Título, deverá requerer ao juiz que declare por sentença a sua legitimidade para que este sim sirva como título para transcrição no Registro de Imóveis.

2.3.2 Usucapião Especial Urbana

A Usucapião Especial Urbana, de acordo com GONÇALVES (2006, p. 240), esta modalidade de usucapião trata-se de uma inovação também trazida pela CRFB/88 da mesma forma que a modalidade de Usucapião Especial Rural. Observa o autor que esta espécie serve para os casos previstos no art. 183 da Constituição, que dispõe o seguinte:

> Art. 183: Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

GONÇALVES (2006, p.240) observa que esta Usucapião não se aplica para os casos de posse de terreno urbano em que não haja construção, porque este, não preenche o requisito de se destinar para fim de moradia do possuidor e de sua família. Observa o autor também que como mencionado anteriormente, esta modalidade não necessita do Justo Título e nem da boa-fé do possuidor, apenas a posse mansa, pacífica, ininterrupta e sem oposição do proprietário, além disso, deve esta ser destinada para fim de moradia, por isso a necessidade de existir um bem imóvel sobre o terreno.

Ademais, imperioso mencionar que além do fato de que não poderão ser usucapidos os bens públicos e também não será possível mais de uma aquisição de imóvel através da modalidade da usucapião especial urbana, pois assim, fere o requisito trazido pelo §2º e §3º do artigo anteriormente transcrito. É uma importante afirmação também o mencionado por GONÇALVES (2006, p.241), onde o autor afirma que não será possível a aplicação deste artigo aos casos anteriores a CRB/88, pois estes não se incluem neste preceito constitucional devido ao fato de que a lei não poderá retroagir para prejudicar o proprietário. Essa afirmação é importantíssima,

pois se refere a segurança jurídica do proprietário, pois este seria surpreendido negativamente por uma situação anteriormente não prevista.

Dentro desta especificação da modalidade de Usucapião Especial, surge ainda uma nova ramificação muito importante: a conhecida Usucapião Familiar. Esta modalidade trata dos casos em que um dos cônjuges abandona o imóvel e, o cônjuge que nele permanece possui o direito de usucapir a parte pertencente ao outro. Porém, acerca desta ramificação, surgiram importantes discussões pertinentes a sua aplicabilidade e até mesmo impasses a respeito da sua constitucionalidade.

3 I USUCAPIÃO FAMILIAR, PRÓ-FAMÍLIA OU USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR

Esta espécie de usucapião, como já citado no capítulo anterior, está prevista no artigo 1240-A do Código Civil. São requisitos para poder pleitear esta modalidade: estar na posse direta; por dois anos; ininterruptamente, sem oposição; exclusivamente; imóvel urbano de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), cuja propriedade dívida com ex-cônjuge ou ex-companheiro, que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família.

Se cumpridos estes requisitos, terá direito ao domínio integral do imóvel, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano e rural. Importante destacar o previsto no §1º deste artigo: "O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez".

Como bem citado por Maria Cabral, no site JusBrasil:

> Essa possibilidade foi inserida em atenção aos problemas sociais, já que o cônjuge que permanece no lar, o qual foi abandonado, sofre com a instabilidade financeira e a insegurança social e por esse motivo, o legislador pretende proteger essas pessoas, regularizando a posse do bem imóvel, ocupado exclusivamente por um dos cônjuges, em face do abandono do lar, integralizando o domínio. Esse foi o objetivo da função social da usucapião familiar.

Pode-se observar que o maior interesse do legislador ao elaborar este artigo, foi de valorizar a proteção à moradia, com base nos artigos 6º e 183, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Porém, há diversas críticas quanto à finalidade deste dispositivo, o prazo reduzido de dois anos e o requisito de abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro.

Em relação à contagem do prazo, somente poderá ser computado a partir da vigência da Lei 12.424/11. Interessante mencionar o seguinte trecho do trabalho de Conclusão de Curso de Dielly Karillena Lima de Oliveira e Deborah Marques Pereira, postado no site Âmbito Jurídico:

> Quando o legislador diminui o prazo de 5 anos para 2 anos, a intenção era proteger o direito a moradia do cônjuge ou companheiro abandonado impondo como requisito a ausência de outro imóvel em seu nome, e existe a presunção de que o autor da ação de usucapião familiar não tem outro lugar para morar. Conforme

> Silva (2010, p. 310) “Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente [...]. Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia”. Silva (2010, p. 314, também cita em seu texto, o art. 1º, III “à dignidade da pessoa humana” e o art. 5º, X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, art. 5º, XI “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”, todos da Constituição Federal, então tudo isso está relacionado o direito à moradia.

No que tange ao regime de separação de bens, a Usucapião Familiar pode ocorrer em qualquer regime, com base na Súmula 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Ou seja, independente de haver comunhão total ou separação de bens, poderá ocorrer a Usucapião Familiar.

Importante a ressalva feita por Flávio Tartuce (2011, p. 3) no seguinte trecho: “Como se percebe pela leitura do novo dispositivo, a categoria somente se aplica aos imóveis que sejam de propriedade de ambos os consortes e não a bens particulares de apenas um deles”.

Em relação ao requisito de abandono do lar, é que há grandes divergências e diversas posições doutrinárias, no que tange ao prazo prescricional ao ex-cônjuge e ao ex-companheiro, que segundo Maria Celeste Jatahy (2013, p.90):

> Assim, enquanto o ex-companheiro computaria o início do prazo prescricional logo após o abandono do lar por parte do outro convivente, ao ex-cônjuge seria necessário, primeiramente, ajuizar a ação de divórcio.
>
> A solução mais justa é exigir o decreto do divórcio para configurar a situação de ex-cônjuge e afastar a comunhão sobre o bem. Porém, o início do prazo prescricional pode ser computado a partir do abandono do lar pelo cônjuge.

Esta modalidade de Usucapião também é válida para os ex-companheiros de uniões estáveis homoafetivas, pois este tipo de união estável já foi reconhecido como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal e está disposto no artigo 226, § 3º da CRFB/88, não podendo haver discriminação no tocante ao sexo do ex-casal.

A maior polêmica em relação a esta modalidade de Usucapião é o requisito de abandono do lar, que atribui culpa ao ex-cônjuge ou ex-companheiro por ter abandonado o lar, protegendo somente aquele que ficou no imóvel.

A Emenda Constitucional nº 66/2010, altera a redação do disposto no § 6º do artigo 222 da Constituição Federal e determina que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, extinguindo o instituto da separação, superando a culpa pela extinção do casamento ou abandono do lar.

Nesse sentido, Marta Batista e Rogério Mendes Fernandes (p.18) afirmam que:

> Destarte, o que poderá acontecer com a aplicação da usucapião familiar é instigar indevidamente os ânimos, já tumultuados com o fim do relacionamento. Pela primeira vez o final de um relacionamento terá repercussões patrimoniais diretas

> e servirá, tão somente, para obstar e complicar os procedimentos de acordo dos conflitos familiares, que nos últimos tempos estão cada vez mais simplificados, como no caso do divórcio, com o divórcio extrajudicial e o divórcio direto, sem prazo ou necessidade de qualquer outro requisito.

Importante mencionar o Enunciado 595 da VII Jornada de Direito Civil do ano de 2015, que inovou, esclareceu a Usucapião Especial Urbana por abandono do lar e colocou fim a insegurança jurídica do tema, afirmando que o requisito do abandono do lar deve ser interpretado como um abandono voluntário da posse do imóvel, em que o ex-cônjuge ou ex-companheiro não possua nenhuma ligação familiar, não havendo que se falar em culpa por parte deste, pelo fim do casamento ou da união estável.

Segundo a opinião advogado Ricardo Calderón, postada no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM):

> Em outras palavras, agrega como elemento caracterizador do abandono do lar um abandono da tutela da família, o que pode ser compreendido como o não atendimento das responsabilidades familiares e parentais incidentes no caso concreto, um desassistir que venha a trazer dificuldades materiais e afetivas para os familiares que restaram abandonados. Exemplificando: não prestar alimentos, não contribuir para as despesas do lar, não manter os vínculos afetivos com os demais integrantes da família, dentre outros.

É de extrema importância conhecer na prática os julgados, as decisões a respeito do tema, quando será cabível esta modalidade de usucapião e quando não será admitida. Nesse sentido, citaremos abaixo, alguns julgados esclarecedores quanto à aplicação esta modalidade:

> **TJ-RS - Apelação Cível AC 70060750387 RS (TJ-RS)**
>
> **Data de publicação: 16/09/2014**
>
> **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS EM FAVOR DA EX-CÔNJUGE. CABIMENTO. PLANO DE SAÚDE VINCULADO À RELAÇÃO EMPREGATÍCIA QUE FOI ROMPIDA.
>
> RESTABELECIMENTO INVIABILIZADO. RECONHECIMENTO DA MODALIDADE DE **USUCAPIÃO FAMILIAR.** DESCABIMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. 1. A obrigação alimentar entre os cônjuges decorre do dever de mútua assistência e persiste desde que comprovada a carência de recursos por parte de um deles e a possibilidade do outro. 2. Caso em que o próprio varão reconhece a necessidade da ex-mulher, que não exerceu atividade laborativa durante todo o matrimônio, que perdurou mais de 20 anos, admitindo que vem suportando as despesas com a sua moradia (energia elétrica, água, condomínio) desde a separação, ocorrida ainda no ano de 2009, em valor correspondente a 80% do salário mínimo, patamar que vai fixado a título de verba alimentar. Sentença reformada, no ponto. 3. Descabe determinar o restabelecimento do plano de saúde do qual a divorcianda figurava como dependente, pois vinculado à relação empregatícia mantida pelo varão, a qual foi rompida. 4. Inviável o reconhecimento da modalidade de **usucapião familiar**, pois não preenchidos, no caso, os requisitos legais. 5. Não tendo sido demonstrada a ocorrência de ato ilícito praticado pelo divorciando passível de reparação no âmbito econômico-financeiro, inviável estipulação de indenização a título de dano moral. 6. O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais invocados pelas partes, necessitando, apenas,

indicar o suporte jurídico no qual embasa seu juízo de valor, entendendo ter dado à matéria a correta interpretação jurídica. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70060750387, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 11/09/2014)

TJ-SP - Apelação APL 10023940420158260562 SP 1002394-04.2015.8.26.0562 (TJ-SP)

Data de publicação: 01/12/2015

Ementa: CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. OCORRÊNCIA. AÇÃO DE **USUCAPIÃO FAMILIAR**. AÇÃO AJUIZADA PELA EX-CÔNJUGE DO RÉU, AO FUNDAMENTO DO ABANDONO DO LAR CONJUGAL. ALEGAÇÃO DE EXERCÍCIO DE POSSE 'ANIMO DOMINI' POR MAIS DE DOIS ANOS, NA FORMA DO ART. 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL . INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADO. DECRETO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO AFASTADO. RECURSO. APELAÇÃO. EFEITOS. EXTINÇÃO AFASTADA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 515, § 3º, E 516 DO CPC. CAUSA, CONTUDO, QUE PERMITE O JULGAMENTO. PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO DE MÉRITO DA DEMANDA. **USUCAPIÃO.FAMILIAR**. PRETENDIDA AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE DE IMÓVEL AO ARGUMENTO DO ABANDONO DO LAR CONJUGAL PELO RÉU (ART. 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, TODAVIA, DO EXERCÍCIO DE POSSE 'ANIMO DOMINI' PELA AUTORA. BEM CARACTERIZADA A OPOSIÇÃO, PELO RÉU, AO EXERCÍCIO PELA AUTORA DE POSSE QUALIFICADA SOBRE A COISA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, AINDA, DA INEXISTÊNCIA DE TITULARIDADE SOBRE OUTRO IMÓVEL URBANO OU RURAL. EXTINÇÃO AFASTADA. AÇÃO

IMPROCEDENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (APL 10023940420158260562 SP 1002394-04.2015.8.26.0562, 6º Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Vito Guglielmi, Julgado em 01/12/2015.)

TJ-MG - Apelação Cível AC 10702110792182001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 16/07/2013

Em síntese, pode-se observar através deste capítulo e dos julgados acima, que para que esta modalidade de usucapião seja reconhecida é necessário que todos os requisitos estejam presentes e que o abandono do lar seja também o abandono da família e das obrigações com esta.

Importante mencionar a Lei Nº 12.693, de 24 de Julho de 2012, que fere o disposto no Código Civil, e em seu artigo 36-A dispõe que:

> Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do orçamento geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS.
>
> Parágrafo único. Nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título da propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido.

Por fim, cabe ressaltar que, não há mais que se falar em culpa pelo abandono do lar ou pelo divórcio, com base na EC nº 66/10 e se cumprido todos os requisitos

e garantida a Função Social da Propriedade, esta modalidade será Constitucional, caso contrário estará ferindo a Constituição, a referida Emenda e o Enunciado 595 da VII Jornada de Direito Civil, tendo como consequência a Inconstitucionalidade do dispositivo 1240-A do Código Civil.

CONCLUSÃO

O presente artigo abordou as modalidades de usucapião, dando um enfoque à Usucapião Familiar, Pró-Família ou Usucapião Especial Urbana por abandono do lar, com o intuito de desfazer a idealização implícita presente na Ação de Usucapião Familiar de que há um "cônjuge culpado" pelo divórcio.

No primeiro capítulo explicou-se a essência e a finalidade da Ação de Usucapião, mencionando e explicando brevemente cada uma de suas modalidades. Já no segundo capítulo, analisou-se a Usucapião Familiar, bem como os seus e requisitos e as maiores críticas e divergências doutrinárias no que tange a Constitucionalidade desta modalidade.

Pode-se observar que o maior interesse do legislador ao elaborar este artigo, foi de valorizar a proteção à moradia e garantir a função social da propriedade, porém apesar de o Código Civil ter deixado a desejar pelo fato de punir o ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar com a perda da propriedade, a Emenda Constitucional 66/10 e o Enunciado 595 da VII Jornada de Direito Civil afastaram essa idéia de culpa do consorte pelo divórcio ou abandono do lar.

Importante ressaltar que a culpabilidade referida pelos autores é cabível somente aos casos de abandono do lar e da tutela da família como um todo, abrangendo a falta de cumprimento de suas responsabilidades familiares e parentais. Porém, o simples ato de dissolver a união estável ou do casamento através do divórcio e ausentar-se do imóvel não deve ser interpretado como culpa por parte deste.

Pode-se perceber que esta modalidade de Usucapião compromete a manutenção dos vínculos afetivos familiares, aumentando a demanda de conflitos no âmbito do Direito de Família no Poder Judiciário, pois é marcada pela luta de bens patrimoniais, em que somente uma parte é favorecida e amparada pela Lei.

Em síntese, pode-se observar através deste capítulo e dos julgados acima, que para que esta modalidade de usucapião seja reconhecida é necessário que todos os requisitos estejam presentes e que o abandono do lar seja também o abandono da família e das obrigações com esta.

Conclui-se que não há mais que se falar em culpa pelo abandono do lar ou pelo divórcio, com base na EC nº 66/10 e se cumprido todos os requisitos e garantida a Função Social da Propriedade, esta modalidade será Constitucional, caso contrário estará ferindo a Constituição, a referida Emenda e o Enunciado 595 da VII Jornada de Direito Civil, tendo como consequência a Inconstitucionalidade do dispositivo

1240-A do Código Civil.

REFERÊNCIAS

CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO PRÓ-FAMÍLIA. Disponível em: <http://www.faculdadeatenas.edu.br/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2015/11%20A%20CONSTITUCIONALIDADE%20DA%20USUCAPI%C3%83O%20PR%C3%93 -FAM%C3%8DLIA.pdf> Acesso em 09 Mai. 2016.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm> Acesso em 09 Mai. 2016.

Enunciado põe fim à discussão sobre abandono do lar na Usucapião Familiar. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5801/Enunc iado+ p%C3%B5 e+fim+%C3%A0+discuss%C3%A3o+sobre+abandono+do+lar+na+Usucapi%C3%A3o+Familiar> Acesso em 09 Mai. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 5 v.

JATAHY, Maria Celeste Pinto de Castro. **Nova Usucapião.** Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosre dir_87.pdf> Acesso em 10 Mai. 2016.

LEI Nº 12.693, DE 24 DE JULHO DE 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12693.htm> Acesso em 11 Mai. 2016.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **O instituto da usucapião:** breves apontamentos. In: Âmbito **Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11308>. Acesso em 10 Mai. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 1178 p.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas. 7.ed. ver. Atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, 1189 p.)

Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumu su_301_400> Acesso em 09 Mai. 2016.

TARTUCE, Flávio. **A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL**. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamila/artigos/Tartuce.PDF> Acesso em 09 Mai. 2016.

TJ-MG - Apelação Cível: AC 10702110792182001 MG. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116052366/apelacao-civel-ac-10702110792182001-mg> Acesso em 09 Mai. 2016.

TJ-RS - Apelação Cível : AC 70060750387 RS. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140006272/apelacao-civel-ac-70060750387-rs> Acesso em 09 Mai. 2016.

TJ-SP - Apelação : APL 10023940420158260562 SP 1002394-04.2015.8.26.0562.

Disponível em: <http://tj-p.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262556202/apelacao-apl-10023940420158260562-sp-1002394-0420158260562> Acesso em 09 Mai. 2016.

Usucapião familiar: o direito do cônjuge residente em face do abandono do lar. Disponível em:

<http://mariateixeiracabral.jusbrasil.com.br/artigos/137644940/usucapiao-familiar-o-direito-do-conjuge-residente-em-face-do-abandono-do-lar> Acesso em 11 Mai. 2016.

Usucapião familiar: uma garantia ao direito à moradia. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14645&revista_caderno=14> Acesso em 09 Mai. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAPÍTULO 14

O ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA CENTRAL DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DA COMARCA DE PELOTAS: ANÁLISE PRELIMINAR DE UMA POLÍTICA PÚBLICA A PARTIR DOS MAGISTRADOS

Carmen Lúcia Kaltbach Lemos de Freitas
Mestra em Política Social; Especialista em Direito Público; Bacharel em Direito; Licenciada em Letras; Advogada; Conciliadora e Mediadora Judicial/TJRS.

RESUMO: Este trabalho relata uma pesquisa acerca da Central de Conciliação e Mediação da Comarca de Pelotas, projeto piloto desencadeado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a partir das orientações da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, cuja importância é favorecer o envolvimento do Judiciário com o atendimento mais acessível, justo e produtivo da comunidade, utilizando formas autocompositivas, conciliação e mediação, como meios adequados para tratamento dos conflitos sociais. Tal pesquisa objetiva realizar uma avaliação de processo desta experiência pioneira em seus limites e possibilidades. A estratégia se pauta sob referenciais teóricos de autores como Boaventura de Sousa Santos, Kazuo Watanabe, Cappelletti e Garth, André Gomma de Azevedo e Fabiana Marion Spengler. Adota uma perspectiva metodológica de Estudo de Caso a partir de entrevistas semiestruturadas com os sujeitos envolvidos. No recorte, sendo uma pesquisa ainda em andamento e vinculada ao Mestrado em Política Social da Universidade Católica de Pelotas, dentro da linha de pesquisa Questão Social, Direitos Humanos e Acesso à Justiça, focará, nesse momento, uma análise preliminar dos dados de sete juízes, cujo procedimento de entrevista já pode ser analisado.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça; Central de Conciliação e Mediação; Resolução 125; Tratamento dos Conflitos.

ACCESS TO JUSTICE FROM THE CENTER FOR CONCILIATION AND MEDIATION OF THE BALL REGION: PRELIMINARY ANALYSIS OF A PUBLIC POLICY FROM THE MAGISTRATES

ABSTRACT: This paper reports on a survey of Conciliation and Mediation Center of the District of Pelotas, pilot project initiated by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul from the guidelines of Resolution 125 of the National Council of Justice, the importance of which is to encourage the involvement the judiciary with the service more accessible, fair and productive ways of using community autocompositivas, conciliation and mediation, as a means to treat social conflicts. This research aims to conduct a process evaluation of this pioneering experience in their limits and possibilities. The strategy is guided on theoretical authors such

as Boaventura de Sousa Santos, Kazuo Watanabe, Cappelletti and Garth, André de Azevedo Gomma and Fabiana Marion Spengler. Adopts a methodological perspective Case Study from semi-structured interviews with those involved. In the analysis, and research is still ongoing and tied to the Master in Social Policy at the Catholic University of Pelotas, in the line of research Social Issues, Human Rights and Access to Justice, will focus, at this time, a preliminary analysis of data from seven judges whose interview procedure can now be analyzed.
KEYWORDS: Access to Justice; Central Conciliation and Mediation, Resolution 125; Treatment of Conflicts.

1 I INTRODUÇÃO

O trabalho que ora se apresenta tem como temática o acesso à justiça, e como objeto de estudo um projeto piloto realizado na Comarca de Pelotas, o qual é pertinente ao campo das políticas sociais na medida em que a justiça é um direito social humano e fundamental constante em nossa Magna Carta desde 1988, em seu artigo 5°, inciso XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Tal temática tem sido estudada não apenas no campo jurídico, mas também na grande área das ciências sociais, onde a sociologia vem se dedicando a investigar esse fenômeno social na medida em que, buscando o bem-estar da sociedade, percebe a importância de uma atuação mais democrática da complexa máquina jurisdicional a fim de concretizar seu principal objetivo, que é a pacificação social.

O princípio de acesso à justiça do referido artigo 5° vem sendo interpretado, já há algum tempo, como acesso a uma ordem jurídica justa, que seja efetiva, realizada em tempo hábil e por meios adequados (WATANABE, 2011, p. 5); portanto, não significa apenas acesso ao judiciário, pois muitas vezes os conflitos sociais abarcam outras tantas subjacências que um processo judicial não consegue solucionar, tendo em vista as multifacetadas relações sociais de um mundo globalizado.

Com esse pensamento o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em 29 de novembro de 2010, criou a Resolução n. 125 a fim de organizar uma unicidade administrativa nos Tribunais do país no que se refere ao tratamento dos conflitos – dando ênfase a métodos autocompositivos como conciliação e mediação – aprovando a "Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses", com vistas à democratização do acesso à justiça e inclusão social por meio da disseminação da cultura do diálogo.

Essa política pública, conforme mencionado, visa tratar os conflitos sociais de maneira adequada, o que enseja orientar o usuário para que ele possa escolher a melhor forma de solucionar seu problema, intentando, assim, que ele cada vez mais aumente o grau de satisfação com a administração do judiciário, pois este está intimamente ligado com o conceito de acesso à justiça.

Com isso muitos conflitos deixarão de ser ajuizados, em conseqüência, teremos redução de sentenças e aumento de soluções consensuadas, contribuindo para uma sociedade mais pacificada, capacitando-se aos poucos para que seja protagonista de uma mudança de paradigma de justiça, em que se envolvam inclusive os operadores do Direito como um todo, sendo que, nesse trabalho, a análise de dados de pesquisa recairá sobre os magistrados.

A prestação jurisdicional do século XXI exige do juiz uma nova postura, um novo olhar sobre o processo, que deve ser multidisciplinar, na tentativa de incluir também sua lide sociológica, procurando tomar a jurisdição do ponto de vista do cidadão – que é o destinatário dessa política pública – reafirmando seu direito de acessá-la, assim como do dever do Estado em prestar esse serviço da melhor forma possível, seja por meio dos operadores do Direito, seus auxiliares, bem como pelas parcerias com entes públicos ou privados.

Em vista disso, fomos a campo com o intuito de fazermos um Estudo de Caso em uma dimensão quanti-quali, e também exploratória, por meio de uma pesquisa teórica (revisão bibliográfica) e uma pesquisa empírica. Esta última se subdividindo em quantitativa de satisfação, aproveitando pesquisas já sistematizadas pelo próprio órgão gestor do projeto piloto; e em densificação qualitativa, feita por meio de coleta de dados com roteiro de entrevistas semiestruturado com os sujeitos envolvidos: Magistrados, Procuradores de Justiça, Conciliadores/Mediadores, partes e advogados.

Sendo uma pesquisa ainda em andamento, este trabalho focará, nesse momento, uma análise preliminar dos dados de sete juízes, cujo procedimento de entrevista já pode ser analisado, e, fazendo um recorte também de categorias, estas estabelecidas a partir de referenciais de autores como Boaventura de Sousa Santos, Kazuo Watanabe, Cappelletti e Garth, André Gomma de Azevedo e Fabiana Marion Spengler, dentre outros, focalizará: acesso à justiça, CCMCP (Central de Conciliação e Mediação da Comarca de Pelotas), mediação, política pública de acesso à justiça e postura do magistrado no século XXI.

Tais categorias, reduzidas a 5 pela limitação de páginas do presente trabalho, levarão em consideração ideias de obstáculos econômicos, sociais, temporais e questões culturais dentre outros elementos que servirão de instrumento para tentar descortinar um pouco a realidade, a fim de visualizarmos com maior clareza os limites e possibilidades desse projeto piloto – que é a CCMCP – a qual se desenvolve dentro do poder judiciário enquanto interface do acesso à justiça com a conciliação e a mediação.

2 I DESENVOLVIMENTO

A insatisfação das pessoas que procuram o judiciário para resolução de seus conflitos é grande, e tal fato tem correlação direta com o acesso à justiça, pois um

de seus conceitos está diretamente ligado ao aumento do grau de satisfação com o sistema público de solução dos litígios (AZEVEDO, 2011, p. 11).

Em razão disso, percebe-se que acesso à justiça não se confunde com acesso ao judiciário, pelo contrário, temos em mente a desjudicialização como forma efetiva de acesso à justiça, que encontra na conciliação e na mediação meios autocompositivos pelos quais podemos buscar não só a resolução do problema, mas a pacificação entre as partes.

Para tanto foi criada a Resolução n. 125 do CNJ em 29 de novembro de 2010, que visa contribuir para fomentar a criação de um novo paradigma de justiça, no qual envolva não só os operadores do Direito, mas a sociedade como um todo.

A rapidez processual, custos mais baixos, informalidade, bem como aproximar mais o cidadão da justiça são alguns dos principais objetivos desses mecanismos consensuais de tratamento de conflitos, mas precisamos ir para além disso, temos de romper a "barreira de caráter triádico da jurisdição tradicional, partes mediadas por um terceiro que impõe a decisão, para assumir uma postura dicotômica, na qual a resposta à demanda seja construída pelos próprios litigantes" (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2010, p. 14).

> Naturalmente que não se cogita a possibilidade de a heterocomposição ser substituída pela autocomposição, a tendência predominante da administração da justiça consiste em criarem-se processos complementares em um efetivo sistema pluriprocessual (AZEVEDO, 2011, p. 20).

Os meios alternativos ou "adequados" de acesso à justiça são vários, sendo a conciliação e a mediação as formas autocompositivas de tratamento de conflitos e pacificação social mais empregadas, e sua conceituação vai depender do país onde estivermos, pois as mesmas podem ser igualadas ou diferenciadas.

A doutrina brasileira faz distinção entre as formas de atuar do conciliador e do mediador, e esta diferença está presente no anteprojeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro, quando prevê a participação do conciliador e do mediador em seu "Artigo 135. (...) - § 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio. § 2º O mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo."

Podemos utilizar a conciliação para resolvermos questões que envolvam relações eventuais, como, por exemplo, demandas relativas à relação de consumo, fisco ou acidentes de trânsito, bastando resolver o conflito para solucionar o problema.

Já a mediação será melhor aplicada quando envolver relações continuadas, como em matéria de família e vizinhança, pois nestas há outros pontos a serem resolvidos, havendo necessidade de pacificação social.

Os métodos autocompositivos de acesso à justiça, mediação e conciliação, para o tratamento de conflitos, lastreados na Resolução n. 125 do CNJ e no texto do anteprojeto do novo CPC, bem como no assente da doutrina majoritária, estão voltados "à potencialização da democracia e do consenso que possibilite à sociedade

a reapropriação do conflito não para negá-lo" (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2010, p. 14), pois inerente ao ser humano, "mas para responder a ele por meio de construções autônomas e consensuadas" (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2010, p. 14), uma vez que as formas tradicionais de agir da jurisdição se apresentam incapazes de lidar com a complexidade multifacetária das relações sociais contemporâneas.

Diante deste atual contexto, o ordenamento jurídico-processual em grande parte se dirige predominantemente à pacificação social (GRINOVER, 2011, p. 33), onde os operadores do Direito não podem mais deixar de fora o componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano (AZEVEDO, 2011, p. 23).

O movimento de acesso à justiça, de acordo com Azevedo (2011, p. 12), pode ser dividido em três períodos assim determinados: "1º) mero acesso ao Poder Judiciário; 2º) acesso ao Poder Judiciário com resposta tempestiva; e 3º) acesso a uma solução efetiva para o conflito por meio de participação adequada do Estado".

O acesso à justiça, nesse primeiro período, era definido por Bryant Garth e Mauro Cappelletti (2002, p. 8) em função de "duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado".

O segundo período de acesso à justiça é um complemento do primeiro, pois não bastava apenas entrar no judiciário, mas sair com uma resposta em tempo hábil, ou seja, com uma sentença. Em relação a isso, foi uma das metas prioritárias do Poder Judiciário em 2010, no CNJ, sentenciar todas as demandas que haviam sido propostas até o ano de 2005 (AZEVEDO, 2011, p. 14).

Estamos hoje vivenciando o terceiro período de acesso à justiça, o qual se caracteriza principalmente em administrar-se o sistema público de resolução de conflitos a fim de que seja legitimado pela "satisfação do jurisdicionado com a condução e com o resultado final de seu processo", dentro de um "mecanismo denominado sistema pluriprocessual" (AZEVEDO, 2005, p. 151), pois "o que se propõe é a implementação no nosso ordenamento jurídico-processual de mecanismos paraprocessuais ou metaprocessuais" (AZEVEDO, 2011, p. 14).

E, continuando, o autor (2011, p. 17) complementa enfatizando o quanto são necessárias as orientações dadas pelo CNJ por meio da Resolução nº. 125, em 2010, para que os tribunais e magistrados assumam cada vez mais uma função de gerenciamento de disputas na medida em que esse novo paradigma de ordenamento jurídico de desenvolve.

Coaduna-se com essas reflexões Boaventura de Sousa Santos (1986, pp. 25-27) quando diz:

> As reformas que visam à criação de alternativas constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Elas visam criar, em paralelo à administração de justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios […]. [...] prevalecem as ideias de mudança social e se defende o reformismo, tanto no interior da organização judiciária, como no da sociedade em geral, com vista ao aprofundamento da democracia dentro do marco jurídico-constitucional do

> Estado de direito. [...] que agrupa os juízes apostados num uso alternativo do direito, numa função mais criadora da magistratura enquanto contribuição do direito para a construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária.

Como bem nos lembra Azevedo, para adentrarmos nesse terceiro período os outros dois períodos terão de ter sido minimamente atingidos, e segue sua reflexão salientando que novos desafios surgem, dos quais três são destacados:

O primeiro é a necessidade de "atribuir ao ordenamento jurídico positivado e à jurisdição o campo de atuação no sistema público de resolução de disputas que lhes é devido", pois "o justo enquanto valor pode e deve ser estabelecido pelas partes consensualmente" (AZEVEDO, 2011, p. 18), delegando a outrem tal tarefa apenas na eventualidade de não conseguirem chegar a uma solução.

O segundo desafio, de acordo com Azevedo (2011, p. 20), consiste na necessidade de "atribuir ao conceito de conflito a possibilidade de este ser resolvido de forma construtiva, e que, por meio deste, relações sociais possam ser fortalecidas", pois o conflito é parte natural das relações humanas.

Em vista disso, a Resolução nº. 125 do CNJ pretende que o conflito seja manejado com técnicas adequadas a fim de que aproxime as pessoas, sendo importante meio de amadurecimento e conhecimento, tornando-se progressivamente construtivo, e "foram desconsideradas soluções generalistas como se a mediação ou a conciliação fossem panaceias para um sistema em crise" (AZEVEDO, 2011, pp. 22-23)

O terceiro desafio, então, ressaltado por Azevedo (2011, p. 23), é o de "redefinir o papel do Poder Judiciário na sociedade como menos judicatório e mais harmonizador", isso porque, como anteriormente visto, entende-se como secundária a atividade jurisdicional, logo a função judicatória também o é.

Sendo assim, "espera-se que nos próximos anos a atividade primária do Poder Judiciário passe a ser a de harmonizar ou pacificar por intermédio de ações comunicativas, conciliatórias ou consensuais" (2011, p. 23).

Coadunando-se com as ideias expostas, tendo em vista que o Rio Grande do Sul é campeão em proporção de processos ajuizados em todo o país, ou seja, a regra é a busca da sentença, e o alto índice de insatisfação das pessoas que procuram o judiciário para resolução de seus conflitos, o Conselho da Magistratura do Estado, por meio da Resolução n. 780 de 12 de agosto de 2009, criou as "Centrais de Conciliação e Mediação" em Porto Alegre, um projeto piloto, antecipando a faculdade prevista no anteprojeto do novo Código de Processo Civil (BARBOSA, 2010, p. 82-90).

E o mesmo Conselho, por meio da Resolução n. 872 de 29 de março de 2011, agora já em obediência às diretrizes traçadas pela Resolução n. 125 de 2010 do CNJ, criou a Central de Conciliação e Mediação da Comarca de Pelotas – CCMCP, objeto de nosso estudo – um projeto piloto com estrutura semelhante às de Porto Alegre, que iniciou seu funcionamento em julho de 2011 no Foro da referida cidade.

A CCMCP promove conciliação e mediação processual e paraprocessual nas dependências do Foro local, e com o objetivo de facilitar o acesso das pessoas à

Justiça, foram criados Postos Avançados de Justiça Comunitária mediante convênios com entidades e instituições parceiras, os quais são braços do Poder Judiciário situados bem mais próximos da população.

Além disso, a CCMCP promove e participa de projetos como: Semana Nacional de Conciliação, Ronda da Cidadania e Campanha de Educação para a Paz, sendo que, este último, realizado em escolas, universidades, associações e demais setores da comunidade em geral que demonstrarem interesse pelo projeto, principiando, assim, uma nova concepção de justiça.

3 I APRESENTAÇÃO E ANÁLISE PRELIMINAR DOS DADOS

Apresentaremos análise preliminar de dados produzidos a partir de entrevistas semiestruturadas já realizadas com 7 magistrados de um total de 10, portanto, 70% de entrevistas concluídas com esta categoria de sujeitos/atores que atuam na Comarca de Pelotas, os quais foram escolhidos tendo em vista que a pauta de audiências da CCMCP está, no momento, somente a estes disponibilizada.

Para garantir o sigilo da identidade dos entrevistados os juízes foram numerados, e serão tratados todos no gênero masculino, apesar de fazerem parte da pesquisa magistrados homens e mulheres.

Como anteriormente referido, estamos fazendo um recorte não apenas de pessoas, mas também de categorias, as quais serão apresentadas em quadro, sintetizando dados produzidos a partir das entrevistas, podendo-se fazer uma leitura tanto vertical, permitindo ao leitor acompanhar o raciocínio de cada entrevistado; como horizontal, esta, possibilitando uma leitura mais abrangente e complexa de cada categoria, ensejando fazer comparações de elementos entre os entrevistados.

Tendo em vista a limitação de páginas a que esse trabalho está sujeita, optamos por apresentar aqui somente uma análise preliminar horizontal por categorias, procurando fazer uma síntese dos dados mais relevantes ao tema em comento.

QUADRO DE CATEGORIAS DE ANÁLISE/TRANSCRIÇÕES DE TRECHOS DAS ENTREVISTAS POR SUJEITO

	JUIZ 1	JUIZ 2	JUIZ 3	JUIZ 4	JUIZ 5	JUIZ 6	JUIZ 7
ACESSO À JUSTIÇA	Ampla possibilidade de a pessoa se socorrer a alguém frente a quem quer que seja, podendo acessar a justiça até fora do Judiciário: dentro de escritórios de advocacia, associações de bairros... por qualquer meio.	Possibilidade de demandar o Estado porque não se pode fazer isso sozinho, tem que ter alguém pra fazer pra mim, a quem eu delego esse poder. Hoje pra se fazer justiça tu dependes do Estado.	É o Estado se manifestar sobre meu pedido. É poder chegar ao juiz pra ele dizer se estou certo ou errado por meio dos trâmites processuais. Se perdeu é porque não conseguiu provar a sua situação.	Acesso aos direitos, e também deveres, por meio da informação, movimento social, requerimento administrativo, meios alternativos de resolução de conflitos e também da jurisdição.	Assegurar a todo e qualquer cidadão, independente da condição econômica, social, política... o direito de buscar no Judiciário a solução de seus conflitos e o reconhecimento de seus direitos.	É todos poderem acessar... não consigo dizer algo palpável... Dar a cada um o que é seu... às vezes a aplicação do Direito em si não leva necessariamente à aplicação da justiça.	Conseguir a parte submeter ao juiz aquela situação dela, seu conflito, pra receber uma resposta do Estado. Eu acho que o acesso passa pelo advogado.
CCMCP	É fundamental. Objetivo principal é diminuir o número de processos. A função precípua é evitar o processo. Ela extingue a relação conflitante lá no seu nascedouro.	Algo positivo. Tudo que é ideia nova tem que ser testada... o nosso sistema como tá é deficiente. Pode não estar dando tão certo agora, mas daqui a pouco vai dar.	Tá auxiliando muito, as audiências que teríamos de fazer... agora podemos nos dedicar a outras coisas. Tira o foco do "vamos brigar", é outro juiz só pra fins de acordo.	É algo no qual acredito, um progresso, um caminho de transformação e crescimento do Poder Judiciário. Profissionais de fora que oxigenam o Poder Judiciário.	Acho o trabalho excelente, tem tido resultado muito bom, mas não podemos ainda avaliar a dimensão desses resultados por ser experiência muito recente.	Acho de extrema importância, desafoga o Judiciário. No início eu não botei muita fé nessa Central, agora sim. Realmente ela é muito eficaz.	É uma coisa nova, um experimento, maneira interessante de as pessoas terem acesso à justiça, ainda que de forma primária porque não tem caráter vinculante.
MEDIAÇÃO	Na mediação temos um 3º tentando auxiliar nesse ponto de equilíbrio. O mediador tenta auxiliar, mas não intervém propriamente no conflito.	Desse assunto não conheço, nunca estudei. Acho que é menos traumático que vir pra cá. Pode ser eficiente. Chutando... tentar evitar que se chegue num problema instalado.	Envolve algo mais técnico, psicologia pra sugerir algo concreto às partes... investigar a origem da situação pra orientar na presença do juiz e tentar relevar a situação p/ acordar.	Entrega aos próprios envolvidos o tratamento e a resolução do conflito. Empodera as pessoas pra resolverem as coisas de sua vida. Mediador mais passivo, menos interventivo.	As pessoas concordam que uma determinada pessoa seja o julgador daquela questão, ou seja, seja o árbitro, e se comprometem em se submeter a sua decisão. Não é Juiz de Direito.	Pra mim conciliação e mediação são a mesma coisa... produzem o mesmo efeito.	Mediar é realmente interceder, interferir naquilo que ambos estão achando, talvez algo mais complexo. No fim das contas o objetivo é conciliar, obter conciliação.
POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA	Deve existir, inclusive de divulgação p/ as pessoas saberem dos direitos de cidadão, possibilidades de acesso, formas... tudo isso partiria de ações sociais nesse sentido. O nosso serviço é social, o Foro é um "hospital de almas".	Pelo Estado acho que sim... o próprio Poder Executivo com políticas mais... sei lá... não sei..., mas deveríamos de ser a última opção, e não a 1ª como a gente acaba sendo. Quando chega aqui se tenta minimizar o dano... porque já houve...	Acho que deve ter políticas pra incentivar as pessoas a conhecerem e procurarem seus direitos... política pra melhor remuneração de funcionários da DP e MP que venham a defender essas pessoas aí...	O CNJ começa a construir uma política pública de acesso à justiça no Brasil que não seja só pela jurisdição. O Estado é fundamental pra ampliar esse acesso, mas não é tarefa só dele, é necessário mudança de cultura da sociedade pra haver empoderamento.	O termo é muito amplo. Acho que tudo aquilo que envolve o interesse público e que vincula o interesse público ao Poder Judiciário é uma política pública. A própria criação da CCMCP é uma política pública.	Acho que não tem mais necessidade disso... pelo menos aqui no RS o cidadão tá bem consciente de seus direitos, ele sabe que pode acessar o Judiciário, mesmo os muito pobres sabem como, ou pelo menos tentam esse acesso.	Acho que é viável, mas não é uma função precípua, o Judiciário não pode se perder nesse papel... isso exige muito envolvimento....
POSTURA DO MAGISTRADO NO SÉCULO XXI	Capacidade de ouvir e de decidir de forma isenta sem qualquer tipo de pressão ou preconceito; ver a vida dentro do processo, ver o real drama que cada pessoa dessas aí está vivendo.	A gente tem que julgar um pouco diferente, se envolver em coisas que antes não precisava; mais integrado, próximo dos conflitos sociais... nossa eficiência hoje depende de conhecer um pouco isso...	Mais idealista e menos formal, mais preocupado em resolver o problema. Conversar mais com as partes e advogados. Juiz menos fechado em gabinete. Ouvir outras opiniões.	Colaborativo, servidor, não um juiz autoridade, posição de igualdade com a sociedade... que procura ferramentas pra contribuir para o desenvolvimento da comunidade... social, econômico, cultural.	Apesar de muitos falarem, não vejo diferença. Hoje é muito mais convocado pra se explicar por causa da imprensa, prestar contas à população, justificar suas decisões, ficando menos distante da soc.	O juiz tem que agir como psicólogo, assistente social, às vezes. Eu acho que a gente tem de ir um pouco mais além, não pode ficar que nem cavalo com aquelas coisas do lado...	Postura muito mais próxima do cidadão. As pessoas têm noção que o juiz tem limites, falhas, qualidades, é uma pessoa. Mais consciente, transparente, as decisões são públicas.

Fonte: Pesquisa direta/Entrevistas, 2013

3.1 Categoria 1 – Acesso à Justiça

Nesta categoria procuramos analisar a percepção dos magistrados sobre o significado de acessar a justiça.

Apenas 2 deles consideraram ser um acesso amplificado, ou seja, não só pelo Poder Judiciário, mas também por meio dele. Sendo que um 3º juiz não soube defini-lo, podendo-se abstrair de sua fala que acessando o judiciário não se está necessariamente acessando a justiça.

A explanação do Juiz 1 demonstra a forma mais simples, direta e informal de acessar a justiça, bastando "a pessoa se socorrer a alguém" e "por qualquer meio" ou lugar. O Juiz 4 já limita um pouco essa noção quando o restringe a direitos e deveres.

Os demais, em número de 4, confundem acesso à justiça com acesso ao judiciário, sendo que o Juiz 2 é mais explícito quando diz que "hoje pra se fazer justiça tu dependes do Estado".

Os Juízes 3 e 7 consideram a mera resposta do Estado ao pedido da parte como definição de acesso à justiça, sendo esta favorável ou não.

Já o Juiz 5 condiciona tal definição ao reconhecimento do direito pleiteado, e demonstra a percepção das diferenças sociais entre as pessoas formalmente igualadas quanto ao acesso ao judiciário.

3.2 Categoria 2 – CCMCP

Em se tratando da CCMCP, tínhamos o intuito de saber o que os magistrados

pensam a seu respeito.

Podemos perceber que a todos impactou de forma positiva, não havendo nenhum comentário desfavorável a sua criação.

O Juiz 7 é o que se posiciona de forma mais neutra. O Juiz 2 acredita na possibilidade da Central trazer bons resultados em um futuro próximo; ao passo que para o Juiz 6 tais resultados já se fazem presentes, apesar do seu descrédito inicial.

Os Juízes 1, 3 e 6 se referem ao objetivo da Central como sendo o de desafogar o judiciário com a diminuição do número de processos para julgarem, sendo que o Juiz 1 percebe também a possibilidade de extinção não apenas do conflito aparente, mas de suas causas, chegando até a evitar o processo, visto que, segundo o Juiz 3, "tira o foco do vamos brigar".

O Juiz 4 é o mais otimista dentre seus pares ao dizer que a CCMCP é "um caminho de transformação e crescimento do Poder Judiciário".

3.3 Categoria 3 – Mediação

Nosso foco aqui foi o de captar dos magistrados suas noções a respeito de mediação.

Os juízes 2 e 6 reconhecem não saber o que seja mediação. Juiz 2: "Desse assunto não conheço, nunca estudei". Juiz 6: "Pra mim conciliação e mediação são a mesma coisa".

Os juízes 3, 5 e 7 não percebem a mediação em suas reais dimensões, possuindo visões distorcidas acerca do assunto. O Juiz 3 confunde o mediador com técnico judiciário; o Juiz 5, com árbitro; e o Juiz 7, com conciliador.

Já os juízes 1 e 4 demonstram conhecê-la de forma adequada, percebendo o mediador como aquele que auxilia, mas não intervém no conflito, empoderando as pessoas para que possam tratar e resolver seus próprios problemas.

3.4 Categoria 4 – Política Pública de Acesso à Justiça

Com a categoria 4 procuramos saber se é importante ou não existir uma política pública de acesso à justiça.

Para os juízes 1, 2, 3 e 4 esta importância existe.

O Juiz 4 considera o Estado a peça fundamental para ampliar o acesso, mas reconhece a importância da participação da sociedade para que este se concretize, sendo necessário para tanto haver mudança de cultura, e acrescenta que não há necessidade dessa política pública de acesso à justiça ser por meio da jurisdição, citando o CNJ como gestor.

Para o Juiz 1 as ações sociais nesse sentido são essenciais, seria o ponto de partida, e afirma que o judiciário presta um serviço social, sendo enfático quando se refere ao Foro como um "hospital de almas".

Enquanto o Juiz 1 percebe a divulgação como algo importante para que as

pessoas conheçam seus direitos, bem como possibilidades e formas de acesso; o Juiz 3 cita a importância de haver políticas públicas objetivando incentivar a população para que conheçam e procurem seus direitos, e também políticas de melhor remuneração aos funcionários que atendem essas pessoas.

O Juiz 2 cita o Poder Executivo como gestor dessas políticas públicas, e não o Judiciário, mas não sabe dizer de que forma poderia ser, relatando que o dano, quando a este chega, pode ser apenas minimizado, devendo então ser o último a ser procurado, e não o primeiro, como acontece.

Na fala do Juiz 5 política pública de acesso à justiça é algo muito amplo; pensa que tudo o que envolve e vincula o interesse público ao Poder Judiciário é política pública, mas não se posiciona quanto a importância de sua existência, e cita a CCMCP como exemplo.

O Juiz 7 limita-se a dizer apenas que ela é viável, porém, tem em sua opinião que o Poder Judiciário "não pode se perder nesse papel", pois não é sua função precípua, exigindo para tanto muito envolvimento.

Apenas o Juiz 6 se posiciona de forma contrária, acha que no RS "não tem mais necessidade disso", pois até mesmo os muito pobres conhecem seus direitos e sabem como acessar o judiciário.

3.5 Categoria 5 – Postura do Magistrado no século XXI

O foco nesta categoria está em saber se houve ou não mudanças na postura de seus pares neste século XXI, e que novas características seriam essas.

Apenas o Juiz 5 acha que continuam sendo os mesmos, pois a percepção de uma postura hoje menos distante da sociedade deve-se à imprensa.

O Juiz 1 destaca que o magistrado hoje tem de ter a "capacidade de ouvir e decidir de forma isenta", sem preconceitos ou pressões, e perceber que dentro de cada processo existem vidas.

O Juiz 2 vincula sua eficiência de julgamento nos dias atuais à proximidade com os conflitos sociais, envolvendo-se em coisas que antes não precisava se envolver, sendo, portanto, mais integrado à sociedade.

O Juiz 3 ressalta que o idealismo é uma das características de seus pares atualmente, assim como agir de maneira menos formal, pois a preocupação maior se assenta na resolução do problema que se apresenta. Também citou conversar mais com partes e advogados, ouvir outras opiniões e não ficar preso ao seu gabinete.

O Juiz 4, por sua vez, adjetiva o magistrado como sendo colaborativo, um servidor e não um juiz autoridade, alguém que se coloca na sociedade como um igual, buscando ferramentas a fim de colaborar para que a comunidade se desenvolva em seus aspectos sociais, econômicos e culturais.

O Juiz 6 percebe que sua função ficou mais eclética, agindo algumas vezes como psicólogo ou assistente social, interagindo com o mundo ao seu redor.

Por último, o Juiz 7 considera que o magistrado hoje é mais consciente,

transparente e tem uma postura mais próxima do cidadão, o qual consegue vê-lo como uma pessoa, que, como qualquer outra, possui seus limites, defeitos e qualidades.

Pelos dados coletados até o momento e feita análise preliminar, permitimo-nos fazer algumas inferências:

No que se refere ao acesso à justiça, apenas 02 dos entrevistados o definem de forma ampla, ou seja, não só pelo judiciário, mas também por meio deste, podendo, então, inferir que a maioria ainda está fincada no seu primeiro período – mero acesso ao Poder Judiciário – definido por Bryant Garth e Mauro Cappelletti (2002, p. 8) como "o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado".

Quanto à CCMCP, para a totalidade dos magistrados o seu impacto foi positivo, porém, com opiniões diversas: um deles acredita em bons resultados em um futuro próximo; outro, já detecta agora estes resultados; um terceiro, considera que o Poder Judiciário crescerá e se transformará por meio dela; e um número substancial tem como seu objetivo principal desafogar o judiciário. Apenas 01 se manifestou de forma neutra. Percebe-se que, apesar do pleno impacto positivo, o que já é algo bom, nenhum se referiu à CCMCP no tocante ao seu objetivo precípuo que é a pacificação social por meio da autocomposição, a fim de concretizar, segundo Watanabe (2011, p. 5), o acesso a uma ordem jurídica justa, que seja efetiva, realizada em tempo hábil e por meios adequados.

Em se tratando da mediação, 02 juízes admitem não conhecer sobre este assunto; 03, percebem-na de maneira distorcida; e outros 02, conhecem a mediação em suas reais dimensões. Portanto, para a maioria deles a postura dicotômica da jurisdição, na qual, segundo Spengler (2010, p. 13-14), "a resposta à demanda seja construída pelos próprios litigantes", está ainda distante da realidade.

Sobre a importância de haver ou não política pública de acesso à justiça, 04, afirmam ser importante a sua existência; já para outros 03, chegamos a seguinte conclusão: 01, não se posicionou; outro, disse apenas que é viável; e um terceiro se expressou de maneira contrária. Pode-se inferir a partir daí que quase a metade dos entrevistados desconhece as orientações de seu próprio Conselho, o CNJ, a partir da Resolução 125, que de acordo com Azevedo (2011, p. 23), são altamente necessárias para o desenvolvimento de um novo paradigma de justiça.

Quando indagados acerca da postura do magistrado no século XXI, apenas 01 deles respondeu não haver mudanças; já os outros 06 destacaram em suas falas várias novas características na postura dos juízes hoje, dentre elas: menos formalismo, mais humanidade, mais proximidade com a sociedade, mais transparência, ecletismo e idealismo, tornando, assim, a fala de Boaventura de Sousa Santos (1986, pp. 25-27) um pouco mais próxima da realidade quando se refere à contribuição dos magistrados para a construção de uma sociedade mais igualitária.

4 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tais resultados preliminares, podemos chegar a algumas conclusões iniciais.

Categoria 1: Tendo em vista que o justo é o estabelecido pelas próprias partes, o conceito de acesso à justiça está diretamente ligado ao grau de satisfação da resolução de seus conflitos, sendo esta alcançada também pela autocomposição e não somente pela adjudicação. Sendo assim, tal conceito vai de encontro à ideia ainda predominante entre os magistrados de uma justiça acessada só via jurisdição, e um dos motivos pode ser o medo de perderem o monopólio da justiça, tendo, portanto, seu poder enfraquecido.

Categoria 2: A CCMCP, dentro da proposta da Resolução 125 do CNJ, possui objetivos bem mais amplos do que o simples desafogamento do judiciário, pois pretende envolver a sociedade como um todo a fim de contribuir para uma mudança de paradigma de justiça. Portanto, sentir um impacto positivo não basta, é preciso envolvimento dos magistrados quanto a esses propósitos, algo que no momento não está acontecendo, pois continuam, em sua maioria, acomodados em seus gabinetes.

Categoria 3: A Resolução 125 do CNJ vê como sendo um magistrado dedicado aquele que consegue resolver o conflito da forma mais satisfatória para as partes, e não aquele que coleciona o maior número de sentenças, e esse novo olhar tem de passar pela disseminação entre os juízes acerca de métodos autocompositivos como a mediação, por exemplo, porque a falta de conhecimento a respeito do assunto é um dos motivos da não utilização ou do uso incorreto de tais meios, dificultando, assim, alcançar os objetivos aos quais se propõe essa Resolução. Quanto a isso está havendo uma lacuna muito grande por parte do órgão gestor, o CNJ, no que se refere a capacitar os magistrados, repassando a eles um mínimo de conhecimentos necessários para sua efetivação.

Categoria 4: O CNJ, por meio da Resolução 125, criou uma Política Pública de Acesso à Justiça, e esta é vinculante a todos os Tribunais do país. Acontece que há o quase total desconhecimento desta por parte dos magistrados. Então, se nem sequer a conhecem, muito menos conhecerão os motivos pelos quais foi criada. Isso nos faz identificar a falta de informação como sendo uma das causas do não reconhecimento da necessidade de uma política pública pela totalidade dos magistrados, que possa, junto com o judiciário, melhorar a qualidade de vida da sociedade como um todo, visando a pacificação social.

Categoria 5: Quase a totalidade dos juízes reconheceu mudanças em suas posturas em relação ao século passado, demonstrando a percepção de um judiciário em movimento, que tem procurado, mesmo de forma tímida, acompanhar as mudanças da sociedade, mas que ainda falta muito para atender de maneira mais eficiente e eficaz as demandas sociais sempre crescentes.

Faz-se necessário acrescentar, também, dados interessantes percebidos por

alguns magistrados, os quais apontam na direção de um início de despertar do judiciário para as transformações sociais, tais como:

- a possibilidade de fazer acordos nos próprios escritórios de advocacia, ou seja, a utilização dos serviços de um operador do Direito para fins pacíficos, autocompositivos; bem como por meio de associações de bairros, propiciando maior aproximação entre as pessoas, autoconhecimento e fortalecimento das relações;

- o reconhecimento de um Poder Judiciário deficiente, necessitando, portanto, de novas ideias para serem testadas, experimentadas, as quais envolvam profissionais de outras áreas de conhecimento a fim de oxigenar essa máquina estatal como um todo;

- a referência do magistrado prestar um serviço social e ter a capacidade de enxergar em cada processo o real drama vivido pela pessoa, reconhecendo que hoje tem de julgar de forma diferente, procurando ir um pouco mais além do que o Direito positivado pode oferecer;

- a percepção da mediação como algo que envolve técnicas capazes de investigar a origem do conflito, a fim de evitar que o problema cresça e que seja instaurado um processo judicial, o qual poderá ter impactos traumáticos na vida das pessoas;

- a identificação de um terceiro, não o juiz, que por meio da mediação auxilia na busca de um ponto de equilíbrio naquela relação, entregando aos próprios envolvidos o tratamento e a resolução do conflito que se apresenta.

Não obstante tais aspectos serem percebidos pela minoria dos magistrados, tornam-se relevantes na medida em que nos permitem visualizar, a partir daí, a possibilidade de principiar mudanças que podem ser positivas se forem levadas adiante, buscando potencializar um efetivo acesso à justiça.

Por fim, faz-se necessário retomar que, por ser uma pesquisa em sua fase inicial e também pela delimitação de páginas a que esse trabalho está sujeito, as análises aqui apresentadas, a partir de recortes de categorias e de referenciais teóricos, são preliminares, tais dados farão parte, em sua íntegra, da Dissertação de Mestrado que a pesquisadora apresentará no fim do corrente ano, momento no qual poderão ser visualizados com maior clareza os reais limites e possibilidades desse projeto piloto, que é a CCMCP – Central de Conciliação e mediação da Comarca de Pelotas – desenvolvido dentro do Poder Judiciário enquanto interface do acesso à justiça por meio da autocomposição.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional. In: PELUSO, Ministro Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. São Paulo: Forense, 2011.

_____. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2005, v. 3.

BARBOSA, Daniel Englert. Centrais de Conciliação e Mediação. **Revista Multijuris.** Rio Grande do Sul, nº. 09, p. 82-90, 2010. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/ajuris/attachments/article/615/Multijuris%209.pdf>. Acesso em 27 jun. 2012.

Blog da Central de Conciliação e Mediação de Pelotas. Disponível em: <http://conciliacaopelotas.blogspot.com/>. Acesso em 27 jun. 2012.

BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 10 jun. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília.

BRASIL. Resolução n. 780 de 2009 do Conselho da Magistratura. Disponível em: <http://www.fiscolex.com.br/doc_3284231_RESOLUCAO_N_780_2009_COMAG.aspx>. Acesso em 27 jun. 2012.

BRASIL. Resolução n. 125 do CNJ de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-dapresidencia/323resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em 27 jun. 2012.

BRASIL. Resolução n. 872 de 2011 do Conselho da Magistratura. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Res_872_2011.pdf>. Acesso em 27 jun. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antonio Editor, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. N. 21, 1986.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz: EDUNISC, 2010.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: PELUSO, Ministro Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. São Paulo: Forense, 2011.

CAPÍTULO 15

O PAPEL DO *Amicus Curiae* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Caroline Taffarel Stefanello
Pós-Graduanda em Liderança e Sustentabilidade pela Universidade Estadual do Rio Grande do Sul – UERGS/FW. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus Frederico Westphalen – URI/FW. Advogada. E-mail: caroltaffstef22@hotmail.com

Maurício Zandoná
Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Itapiranga – FAI. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Professor de Graduação e Pós-Graduação na URI/FW. Advogado. E-mail: itiozandona@hotmail.com

RESUMO: Ao tempo em que nossa legislação processual segue avançando em busca de aprimoramento, estudar e entender a condição do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil mostra-se de grande valia para o momento em que vivemos. É cediço que a figura do amicus curiae significa e representa o “amigo da corte”, e que na qualidade de terceiro chamado a participar do processo, a fim de prestar declarações com objetivo de contribuir para a solução da lide, aparece no novo estatuto processual com possibilidades de maior contribuição. Em razão disso o legislador dedicou um capítulo no novo texto para definir com maior exatidão o instituto, bem como para ajustar as hipóteses de intervenção considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, tudo aos olhos do juiz ou do relator, que terão a tarefa de delimitar os poderes que serão a este conferido.
PALAVRAS-CHAVES: *Amicus curiae*. Código de processo civil. Intervenção de terceiros.

THE *AMICUS CURIAE* ROLE IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT: At the time that our procedural legislation continues to advance in search of improvement, studying and understanding the condition of the *amicus curiae* in the New Code of Civil Procedure is of great value for the moment in which we live. It is a fate that the amicus curiae figure means and represents the “friend of the court”, and that as a third party called to participate in the process, in order to make declarations with the objective of contributing to the solution of the lide, appears in the new procedural statute with possibilities of greater contribution. For this reason, the legislator has dedicated a chapter in the new text to define the institute more accurately, as well as to adjust the hypotheses of intervention considering the

relevance of the subject, the specificity of the subject matter of the demand or the social repercussion of the controversy, all in the eyes the judge or the rapporteur, who will have the task of delimiting the powers that will be conferred upon him.
KEYWORDS: *Amicus curiae*. Code of Civil Procedure. Third party intervention.

1 I INTRODUÇÃO

Diante das frequentes mudanças e inovações que vivemos em nossa sociedade, diversas são as necessárias alterações de nossa legislação e, no mundo jurídico como um todo. Desse modo, cada vez mais se requer ao operador do direito constante estudo e aperfeiçoamento para aplicar adequadamente o direito.

Nesse sentido, o presente trabalho visa abordar a figura do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil, uma vez que, por apresentar-se como uma novidade no estatuto processual, o estudo deste tema se faz de grande valia, como também, cumpre o compromisso de levar seus principais aspectos ao conhecimento de todos os demais estudiosos, pesquisadores e operadores do direito. Tendo como objetivo final entender e melhor compreender o papel do *amicus curiae* no processo, bem como conhecer a nova configuração dada ao instituto pelo Novo Código de Processo Civil.

O instituto é uma das modalidades de intervenção de terceiro no processo, o qual adquiriu previsão expressa com a promulgação do Novo Código de Processo Civil de 2015, embora, anteriormente, fosse subentendido nas demais formas de intervenção de terceiro. Diante de tal aspecto, a presente pesquisa busca responder qual é o tamanho da contribuição diante da nova previsão do instituto do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil.

Para tanto, faz-se necessário abordar, ainda que brevemente, de como se dará a atuação do *amicus curiae*, diante da expressa previsão do artigo 138 do Novo Código de Processo Civil de 2015, dispositivo que trata do instituto do *amicus curiae*, e sua aplicação ao caso concreto.

Propõe-se então, abordar-se o tema mediante uma metodologia baseada no método dedutivo, composta por uma revisão bibliográfica, desenvolvida pelo método de pesquisa indireta, alicerceada em pesquisas bibliográficas, através de leitura, análise e interpretação de obras doutrinárias, bem como da análise reflexiva da legislação relacionada ao estudo do tema abordado.

2 I ORIGEM E FUNÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

O mundo jurídico vive em constante aperfeiçoamento e inovação, não sendo raras as recentes legislações que trazem em seu texto institutos novos para a aplicação do direito ao caso concreto. Nesse sentido, faz-se necessário buscar compreender em um primeiro momento, qual a origem e função do instituto do *amicus curiae*.

O *Amicus Curiae* ou "Amigo da Corte" - como é conhecido na práxis forense -, hoje na condição de uma das modalidades de intervenção de terceiro taxadas no Código de Processo Civil de 2015, tem sua origem na Inglaterra, no sistema jurídico do *Common Law* e foi difundido, posteriormente, nos países anglo-saxônicos, dentre eles, os Estados Unidos. (OLIVEIRA, 2019).

Sobre a origem do instituto, importante referir os ensinamentos doutrinários que relatam tal aspecto. Para tanto, em uma interessante análise, Pfutz (2019) citando os textos trazidos por Bueno (2006) e Aguiar (2015) aponta para a possível origem da figura, senão vejamos:

> O "***amicus curiae***" ou amigo da corte em português, foi originado no direito romano e o sujeito atua como auxiliar do juiz, de forma neutra e sua principal característica era a lealdade a ele, impedindo as decisões com erro de julgamento (BUENO, 2006 p. 88). Porém a tese mais aceita é que o instituto foi desenvolvido no direito inglês e aprimorado no direito estadunidense. "Desde a sua criação no direito anglo-saxônico", cita Mirella de Carvalho Aguiar, "o a***micus curiae*** era visto como uma figura que, comparecendo espontaneamente perante o juízo, fornecia dados relevantes ao desenvolvimento e à solução da lide". (AGUIAR, 2015 p.12).

Como visto na citação acima, no direito romano, o "auxiliar do juízo" era alguém cujas funções principais consistiam em esclarecer ao magistrado questões que envolviam elementos extrajurídicos, bem como interceder para que os magistrados não cometessem erros de julgamento, já que necessitavam do conhecimento específico de determinado assunto.

Vale mencionar a existência de posição diversa acerca da origem e função do instituto, cuja doutrina entende que na espécie encontrava-se a possibilidade de se admitir o *amicus curiae* como uma derivação do *consilliarius* romano, na qual se sustenta que foi apenas no ordenamento jurídico inglês que a figura, foi efetivamente incorporada e desenvolvida de forma a expandir-se para outros sistemas. (RIBEIRO, 2019).

> É neste contexto que Giovanni Criscuolli, distingue ambas as figuras (***consilliarius*** e ***amicus curiae***). O raciocínio parte justamente da natureza de sua intervenção e de sua liberdade na atuação. De acordo com o autor, na gênese do instituto no ordenamento jurídico inglês, o ***amicus curiae*** poderia, espontaneamente, comparecer em juízo, ao contrário do ***consilliarius***, onde sua participação era sempre requestada; de outra parte, o ***amicus curiae*** inglês, não era obrigado a ser completamente neutro na demanda, como a figura romana, mas podia oferecer manifestação que privilegiasse uma das partes da relação processual, de acordo com o seu convencimento. (RIBEIRO, 2019).

Diante das distintas posições, é possível entender que o embrião que inspirou o *amicus curiae*, nasceu, de fato, no direito romano, contudo, não há como negar que o *amicus curiae*, em si, teve sua origem e se desenvolveu parcialmente na Inglaterra, onde passou a inspirar outros ordenamentos jurídicos. (RIBEIRO, 2019).

No sistema judicial norte-americano, uma pessoa que possua forte interesse no processo ou opiniões acerca de seu objeto, que não seja parte, pode postular uma permissão para formular uma peça processual, que na verdade visa sugerir um

posicionamento compatível com suas próprias opiniões.

Tal manifestação, normalmente, traz questões de amplo interesse público podendo ser apresentada por particulares ou pelo governo. Nesse sistema, a "função do *amicus curiae* é chamar a atenção da corte para questões que eventualmente não tenham sido notadas, fornecendo subsídios para uma decisão apropriada". (AVILA, 2014, p. 2, apud DESTEFENNI, 2009).

Nesse viés, nas melhores palavras da doutrina, é possível afirmar que o *amicus curiae* não é parte direta no processo, podendo ser uma pessoa física ou jurídica, a qual possui apenas interesse moral na lide, podendo contribuir com suas informações e seus conhecimentos para encontrar a melhor solução para o caso em discussão. (XIMENES, 2010).

> A modalidade de intervenção de terceiro em comento, tem por finalidade trazer ao processo pessoas neutras, terceiros, em assuntos que tragam controvérsias nas quais estes possuem interesse social na causa. É importante ressaltar que o "amigo da corte" não necessariamente será representado por pessoas, pode ser instituído por pessoa jurídica, associações, órgãos e até mesmo entidades de apoio, que tem por objetivo proporcionarem o amadurecimento das decisões dos magistrados. (OLIVEIRA, 2019).

Tais conceitos demonstram que o *amicus curiae*, é um sujeito proposto a contribuir com a Corte, que não faz parte do processo, mas que possui algum interesse na questão jurídica em discussão, o qual tem a função de alertar os julgadores, chamando atenção para questões que possam ter passadas despercebidas, contribuindo assim para uma decisão mais justa e adequada.

3 I DA NATUREZA DE SUA INTERVENÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro encontram-se, por vezes, algumas práticas processuais e instrumentais admitidas pela doutrina, que no entanto não possuem previsão legal especifica. Era o que de fato ocorria com a figura do *amicus curiae* antes de 2015, quando se promulgou o novo Código de Processo Civil, em substituição estatuto de 1973.

Com a implantação do Código de Processo Civil muitas mudanças foram efetivadas, as quais foram propostas com o intuito de melhorar o funcionamento processual e adequar as normas na medida das mudanças da sociedade.

Com o objetivo de melhorar o direito, de acelerar a prestação jurisdicional, a instrumentalidade processual reduziu normas para retirar algumas burocracias desnecessárias e adicionou dispositivos que já eram utilizados no Processo Civil e na legislação infraprocessual, alcançando base e fundamento jurídico a elas, a exemplo do ocorreu com a figura do *amicus curiae*. (PFUTZ, 2019).

Nesse sentido, em pertinente comentário, nossa doutrina revela que o legislador não se descuidou, diante do novo estatuto processual, em sanar a dúvida que pairava acerca do instituto do *amicus curiae*, contemplando a espécie no rol das figuras

de intervenção de terceiros, de forma que dirimiu qualquer insurgência doutrinária acerca de sua natureza, cuja reflexão vale mencionar.

> Atendendo aos anseios da doutrina, o legislador trouxe tratamento específico aos ***amici curiae*** no artigo 138 do Código de Processo Civil de 2015. Além disso, inaugurou novos poderes aos ***amici***, e fortaleceu a figura, com o fito de suprir o que alguns autores denominavam como déficit democrático do judiciário.
>
> A primeira grande mudança do Código de Processo Civil de 2015 é acrescentar expressamente o instituto no rol de intervenção de terceiros, sanando parte das dúvidas sobre a sua natureza jurídica. (RIBEIRO, 2019, p. 01)

Dessa forma, então, o *amicus curiae* figura no rol da intervenção de terceiro no processo, estando expressamente previsto no Título III, Capítulo V, do Código de Processo Civil de 2015, cuja definição consiste em "uma pessoa, entidade ou órgão, com profundo interesse em uma questão jurídica, na qual se envolve como um terceiro, que não os litigantes, movido por um interesse maior que o das partes envolvidas no processo". (SANTOS, 2005, p. 01).

Para melhor compreensão, o presente trabalho necessita abordar o texto atual que define a participação do interventor no processo civil. Para tanto, vê-se que o *amicus curiae* tem previsão no artigo 138 do Novo Código de Processo Civil de 2015, com a seguinte redação:

> Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.
>
> § 1º A intervenção de que trata o ***caput*** não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.
>
> § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do ***amicus curiae***.
>
> § 3º O ***amicus curiae*** pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. (BRASIL, 2015, p. 27).

Entretanto, antes da inclusão do *amicus curiae* como uma das modalidades de intervenção de terceiro, sua natureza jurídica era tema que suscitava bastante controvérsia, inclusive no próprio âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 258-AgRg, o Min. Maurício Correia afirmou que o *amicus curiae* atuava simplesmente como um colaborador informal da corte, posição que descartava a hipótese de considerar a figura como uma intervenção *ad coadjuvandum*. Contudo, por outro lado, no julgamento da mesma Ação Direta de Inconstitucionalidade, contraponto tal posicionamento, o Min. Celso de Mello deixou consignado seu entendimento de que

o *amicus curiae* se tratava de uma autêntica intervenção processual, considerando a importância e o alcance das decisões tomadas com sua participação, consoante explica nossa melhor doutrina. (DONIZETTI, 2019).

> A qualidade de interveniente processual do ***amicus curiae*** é justificada em razão do alcance das decisões nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. Ora, justamente porque essas decisões têm eficácia ***erga omnes*** e efeito vinculante, atingindo vários indivíduos dentro de uma mesma sociedade, deve-se possibilitar que o debate das decisões proferidas pelo Poder Judiciário seja pluralizado. (DONIZETTI, 2019, p. 01).

Não é demais lembrar que ao ser chamado ou admitido a participar de uma discussão jurídica em âmbito de controle constitucional, o *amicus curiae* contribui com a fixação da tese definitiva, cujo efeito vincula todos os demais julgadores, situação que por si só, demonstrar sua verdadeira razão de existir.

Por tudo o que foi exposto, compreende-se que a intervenção do *amicus curiae* não pode ser considera de forma diferente que a processual, uma vez que sua participação é de relevante importância para o processo, a qual pode ensejar decisões que terão significativa repercussão político-social.

4 I LIMITES DA INTERVENÇÃO NO PROCESSO

Ao fazermos uma reflexão sobre o disposto no artigo 138 do novo Código de Processo Civil de 2015, acima transcrito, entende-se que tanto o juiz como o relator, desde que considere a matéria relevante, pode por decisão irrecorrível, de ofício ou a pedido das partes ou de próprio terceiro, solicitar ou admitir a participação do *amicus curiae*, cabendo ao juiz ou relator delimitar os poderes que serão conferidos a este.

Diante tal perspectiva, grande parte da doutrina e da jurisprudência sustenta que a intervenção do *amicus curiae* é uma forma qualificada de assistência, já que para se admitir o interventor na lide, além de interesse jurídico na demanda alheia pendente, deverá demonstrar, ainda, os demais pressupostos de admissibilidade da intervenção do *amicus curiae*, dentre eles que seu conhecimento jurídico da matéria em discussão possa efetivamente auxiliar na resolução da controvérsia. (ZUCCARI, 2019).

Nesse diapasão, merece destaque, os ensinamentos doutrinários que indicam quais são os elementos necessários que permitem admitir a participação do *amicus curiae* na solução de controvérsia jurídica.

> Sendo assim, o ***amicus curiae*** só poderá ser admitido para efeito de manifestação quando os seus conhecimentos puderem auxiliar na resolução da controvérsia. Para tanto, o julgador deve verificar a necessidade (ou não) de se analisar o mérito não apenas através dos documentos trazidos pelas partes, mas, também, por meio de elementos fáticos que tenham relação com a demanda.
>
> Para possibilitar a intervenção do ***amicus curiae***, o órgão julgador não deve

> observar apenas o aspecto jurídico da questão, mas, também, os reflexos ou a repercussão que a controvérsia pode gerar no âmbito da coletividade. Questões relevantes do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico, que suplantem os interesses individuais das partes, merecem a intervenção de pessoas ou entidades representativas da sociedade civil. Daí porque também se exige a repercussão social da controvérsia. (DONIZETTI, 2019, p. 01).

Pela passagem textual, observa-se que além do conhecimento jurídico acerca do tema em análise, a admissibilidade da intervenção de terceiros pela figura do *amicus curiae* também depende que a questão jurídica gere repercussão geral para toda a coletividade, nos mesmos moldes da repercussão exigida para a admissibilidade de recurso extraordinário.

Em seu texto, Oliveira (2019) esclarece que: "O *Amicus Curiae* é admitido em todas as instâncias de julgamento, provendo a valoração das teses defendidas pelos contendores e do Estado Democrático de Direito, em questões de interesse coletivo e de grande repercussão social".

Nesse contexto, é plausível destacar que não é em todo e qualquer processo que será passível da intervenção de terceiro através do instituto do *amicus curiae*, pois somente aqueles que atenderem o disposto no artigo 138 do novo Código de Processo Civil, poderão utilizar desse instituto.

Assim, vale lembrar que se tratando da intervenção do chamado "amigo da corte", deve-se ater para o fato de que a sua admissibilidade depende de prévia análise do órgão julgador, cabendo ao juiz ou ao órgão colegiado verificar a presença dos requisitos exigidos pelo dispositivo processual, sob pena de sua participação ser indeferida por decisão irrecorrível.

A respeito do limite de irrecorribilidade das decisões tomadas na lide, nossa melhor doutrina interpreta com precisão tal questão quando se fala na intervenção do *amicus curiae*, inclusive apontando em que situações se permite recurso, senão vejamos:

> A 'decisão irrecorrível' que se lê no caput do art. 138 deve ser entendida de forma restrita. Ela se circunscreve às hipóteses de 'solicitar' ou 'admitir' a intervenção. As decisões opostas, isto é, a que se recusa a solicitar a intervenção e a que inadmite a intervenção são recorríveis. Para estas, é correto sustentar a incidência da regra genérica do inciso IX do art, 1.015, justamente à falta de previsão em sentido contrário, admitindo, destarte, sua recorribilidade imediata por agravo de instrumento. Se tais decisões negativas forem proferidas monocraticamente no âmbito dos Tribunais, o recurso cabível será o de agravo interno (art. 1.021). (BUENO, 2017, p. 605)

Vê-se, portanto, que o objetivo da atual legislação foi preservar ao máximo a participação do amigo da corte nos processos em que sua contribuição se mostrar de extrema importância para a sociedade, sendo que a regra de inadmissibilidade se mostra exceção a permitir amplo recurso para tanto.

No entanto, em reiterados posicionamentos doutrinários e decisões jurisprudenciais, já se revelou a importância da participação do *amicus curiae*, haja vista os interesses institucionais existentes nas lides, de modo que impedir,

sem qualquer motivo sua participação, não condiz com o espírito do princípio de cooperação processual, consoante explica a passagem doutrinária a seguir:

> É necessário aferir que a decisão, que admite ou solicita a participação desse terceiro é irrecorrível (art. 138, caput, do Novo CPC), isto é, não se pode impedir que o interesse institucionalizado fosse subtraído de um debate jurídico, cuja repercussão incidirá para uma massa de entes e pessoas, daí porque soar essa consideração com aquilo que já se tem firmado diante da doutrina e decisões judiciais reiteradas de nossos Tribunais. (IYUSUKA, 2019).

Compreende-se então, diante da presente posição doutrinária e jurisprudencial, que não se pode limitar a intervenção de terceiro, representado pelo instituto do *amicus curiae*, nas discussões processuais de cujo relevante para a coletividade sempre que este demonstrar conhecimento e interesse na matéria objeto de resolução da controvérsia.

5 I DA CONTRIBUIÇÃO DO AMICUS CURIAE NA LIDE

Temos a forte convicção de que a ampliação e regulamentação do instituto do *amicus curiae* é uma das principais alterações no Novo Código de Processo Civil de 2015, em especial no que diz respeito ao tema de intervenção de terceiros.

Apesar da figura do *amicus curiae* ser considerada uma inovação no rol da intervenção de terceiros, subentende-se que tal instituto já era utilizado de forma implícita, no momento em que se entendia as demais formas de intervenção de terceiros no processo.

Nesse sentido, a contribuição do *amicus curiae* não se limita apenas em esclarecer uma questão jurídica específica, mas vai além, ao passo de que seu posicionamento na lide espelha a defesa da democracia e da própria sociedade enquanto institucionalizada, cuja reflexão já é exposta doutrinariamente, senão vejamos a citação abaixo transcrita.

> O que enseja a intervenção deste "terceiro" no processo é a circunstância de ser ele, desde o plano material, legítimo portador de um "interesse institucional", assim entendido aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo e que, por isso mesmo, é um interesse meta-individual, típico de uma sociedade pluralista e democrática, que é titularizado por grupos ou por segmentos sociais mais ou menos bem definidos. O amicus curiae não atua, assim, em prol de um indivíduo ou uma pessoa, como faz o assistente, em prol de um direito de alguém. Ele atua em prol de um interesse, que pode, até mesmo, não ser titularizado por ninguém, embora seja compartilhado difusa ou coletivamente por um grupo de pessoas e que tende a ser afetado pelo que vier a ser decidido no processo. (ZUCARI, 2019, 01)

Ao explicar que anteriormente sustentava-se a possibilidade de haver intervenção do *amicus curiae* mesmo na ausência de legislação expressa sobre o tema, nossa melhor doutrina reafirma tal qualidade da figura no sistema processual.

> Assim, entendemos porque a intervenção do ***amicus curiae*** vem ao encontro da ideia do ***status adtivus processualis***: as partes têm o direito de participar democraticamente do processo de modo a poder influir decisivamente na criação

da solução jurisdicional a ser dada ao problema. (MEDIDA, 2015, P. 230)

Complementando seu raciocínio, José Miguel Garcia Medina demonstra quão importante é a intervenção do *amicus curiae* como um instrumento de participação da própria sociedade no contexto da discussão jurídica, já que ela própria tem objeções que merece análise pelo Poder Judiciário.

> Se é certo que os grupos atingidos pela decisão judicial a ser proferida não decidem com o Estado, não menos acertado é dizer que à sociedade devem ser assegurados instrumentos de participação no procedimento, a fim de que possa informar-se, analisar as opções que no processo são colocadas, indicar suas objeções a que uma ou outra solução seja escolhida, e ter suas objeções analisadas pelo Poder Judiciário. A participação do amicus curiae no processo, assim, liga-se à noção de direito de participação procedimental, que é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito. (MEDINA, 2015, p. 230)

Não resta qualquer dúvida acerca da contribuição na espécie, conforme visto no esclarecimento doutrinário, que o *amicus curiae* possui importante papel para a solução da lide, uma vez que este não atua objetivando o interesse de uma única pessoa, mas sim em razão de um direito de alguém na concepção da coletividade, direito este que pode afetar diversas pessoas através da decisão de um único processo.

Em tal contexto, é inegável a relevância existente que se deve ter da nova previsão legal trazida pelo novo Código de Processo Civil, de modo que o instituto do *amicus curiae* ganhou nova roupagem e nova configuração com o novo estatuto processual.

> A garantia da participação do ***amicus curiae*** é imprescindível para a legitimação das decisões judiciais que enfrentam questões de ordem institucional, repercutindo seus efeitos perante aqueles que não participaram do processo, essa figura no Novo CPC, é, em outras palavras, uma inesgotável fonte do acesso à justiça! (IYUSUKA, 2019).

Nesse viés, é perceptível que a introdução do instituto do *amicus curiae* no rol da intervenção de terceiros do novo Código de Processo civil de 2015, nada mais é do que uma forma de acesso à justiça, caracterizada pela repercussão que os efeitos de uma decisão possam apresentar para as partes conflitantes no processo.

6 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão ao estudo realizado, verifica-se que o *amicus curiae,* denominado "amigo da corte", é um terceiro que não é parte do processo, mas é chamado para participar do mesmo a título de prestar esclarecimentos que ajudem na solução da lide em discussão.

Em tal contexto, entende-se que a nova previsão deste instituto no novo Código de Processo Civil, acrescentou o *amicus curiae* no rol da intervenção de terceiro no processo para afastar qualquer dúvida de sua qualidade e natureza, uma vez

que o mesmo já era subentendido anteriormente nessa condição, quando lhe faltara previsão legal que o estabelecesse.

Sem dúvidas, este é um tema que ainda ensejará inúmeros questionamentos futuros, embora já fosse considerado por alguns doutrinadores e operadores do direito como figura de importante participação. No entanto, por ser um instituto novo trazido pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, a extensão da participação do *amicus curiae* merece ser ainda amplamente analisada e discutida pela doutrina e pela jurisprudência, de modo que sua intervenção seja admitida sempre quando necessária.

Deduz-se assim que até o momento em que se forme um posicionamento concreto sobre o tema em questão, cabe-nos fazer uma reflexão criteriosa ao texto da lei, na busca de tentar melhor compreendê-lo, e explorá-lo de forma eficaz e correta, na espera de maiores discussões e debates sobre o tema.

REFERÊNCIAS

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Novo CPC e a introdução do *amicus curiae*.** In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, nº. 4117, 9 out. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29591>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <www2.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil.** V. 1, São Paulo, Saraiva, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **O *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil.** In: GenJurídico.com.br. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/13/o-amicus-curiae-no-novo-codigo-de-processo-civil/#_ftn8>. Acesso em 11 abr. 2019.

IYUSUKA, Mayke Akihyto. **Intervenção de terceiros no Novo CPC.** In: Jusbrasil. Disponível em: <https://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/413858355/intervencao-de-terceiros-no-novo-cpc>. Acesso em: 12 abr. 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado.** 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2015.

OLIVEIRA, Gabriela Lomeu Soares de. **Intervenção de terceiros.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XXI, n. 172, maio 2018. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20473&revista_caderno=21>. Acesso em: 12 abr. 2019.

PFUTZ, Maximiliano Dullius. **A intervenção de terceiros no novo CPC** - o *amicus curiae*. In: Migalhas. 19 dez. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI293092,91041-A+intervencao+de+terceiros+no+novo+CPC+o+amicus+curiae>. Acesso em: 11 abr. 2019.

SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. ***Amicus curiae*.** In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 906, 26 dez. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7739>. Acesso em: 13 out. 2015.

XIMENES, Julia Maurmann. O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. In: Revista direito GV, vol. 6, nº.1. São Paulo, Jan./Jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: 13 out.

2015.

RIBEIRO, João Gabriel Moreira Cavalleiro De Macêdo. **Uma introdução ao *amicus curiae*:** origem histórica e panorama no controle de constitucionalidade brasileiro. 28 jul. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uma-introducao-ao-amicus-curiae-origem-historica-e-panorama-no-controle-de-constitucionalidade-brasileiro,56341.html>. Acesso em: 12 abr. 2019.

ZUCCARI, Ana. **A conceituação e natureza jurídica do instituto "*amicus curiae*".** Publicado em 04/2016. Elaborado em 04/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48310/a-conceituacao-e-natureza-juridica-do-instituto-amicus-curiae>. Acesso em: 12 abr. 2019.

CAPÍTULO 16

A RELEVÂNCIA DA NOTIFICAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO DIANTE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO APLICADOS POR AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

Luciano Nolasco Ferreira
Universidade Estácio de Sá, São João de Meriti – Rio de Janeiro.

Darlan Alves Moulin
Universidade Estácio de Sá, São João de Meriti – Rio de Janeiro.

RESUMO: A presente pesquisa consiste no estudo sobre a relevância da notificação para o exercício da ampla defesa e do contraditório em face dos autos de infração aplicados por autoridade administrativa. Questiona-se, como problemática, se a ausência de notificação pela Administração Pública acaba por acarretar uma violação às garantias do contraditório e da ampla defesa no âmbito administrativo. Cogita-se que essa ausência de notificação em face dos autos de infração lançados pela autoridade administrativa poderá causar grave violação às garantias constitucionais do administrado, uma vez que a ausência de notificação em face dos autos de infração acaba originando atos sancionatórios que carecem da condição de validade, resultando em diversos prejuízos tanto para o administrado, quanto para a própria Administração Pública, motivo pelo qual devem ser invalidados tanto por ordem judicial como pela própria Administração Pública por meio de seu poder de autotutela.

PALAVRAS-CHAVE: Notificação. Auto de Infração. Administração Pública. Ampla Defesa e Contraditório.

THE RELEVANCE OF THE NOTIFICATION FOR THE EXERCISE OF HIGH DEFENSE AND CONTRADICTION IN RESPECT OF THE AUTHORITY OF INFRINGEMENT APPLIED BY ADMINISTRATIVE AUTHORITY

ABSTRACT: The present study consists of the study on the relevance of the notification for the exercise of the ample defense and of the contradictory one in the face of the indications of infraction applied by administrative authority. It is questioned, as problematic, if the absence of notification by the Public Administration ends up causing a violation to the guarantees of the contradictory and the ample defense in the administrative scope. It is believed that this absence of notification in the face of the infraction notices issued by the administrative authority may cause a serious violation of the constitutional guarantees of the administered, since the absence of notification in the face of the infraction notices ends in sanctioning acts that lack the condition of validity, resulting in several losses for both the administered and the Public Administration itself, which is why they must be invalidated both by court order and by

the Public Administration itself through its power of self-order.
KEYWORDS: Notification. Related searches Public administration. Broad Defense and Contradictory.

1 I INTRODUÇÃO

O ato sancionatório exercido por meio do poder de polícia pela Administração Pública deve propiciar ao infrator a chance de rebater a acusação e de produzir as provas indispensáveis às suas alegações, caso contrário, estará eivado de vício de legalidade, devendo ser corrigido. Assim, entende-se que o poder sancionatório concedido à autoridade pública tem limites e forma legal de aplicação. Esses limites devem coibir os arbítrios governamentais e a forma legal deve revestir a Administração sobre o manto da justiça, equidade, probidade, tornando seus atos irrepreensíveis e conformados com a lei, com a moral e com o interesse público. Sem esses requisitos o ato sancionatório da Administração expõe-se à nulidade.

Deste modo, será demonstrado de que forma a ausência da notificação impede o exercício da ampla defesa e do contraditório; os princípios que devem reger o poder sancionatório da Administração Pública; o significado de legitimidade ativa, bem como os sujeitos competentes para exercê-la; as condições para validade do ato sancionatório e os prejuízos causados por este, quando cometido de forma ilegal e seus possíveis prejudicados e as medidas de proteção de direito nas vias administrativas e judiciárias.

Verifica-se a importância desse artigo, ao analisar como a notificação contribui para a garantia da defesa dos interesses dos administrados diante da aplicação de sanção administrativa efetivada pelos autos de infração.

A metodologia aplicada no presente artigo pauta-se em pesquisa bibliográfica, por meio de livros e julgados que tratam da matéria, obtendo informações sobre o assunto abordado, buscando, dessa forma, consolidar o mesmo, visando contribuir para a demonstração da relevância da notificação para o exercício da ampla defesa e do contraditório diante dos autos de infração aplicados por autoridade administrativa.

2 I PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Neste capítulo serão apresentados os princípios que regem a Administração Pública, identificando a notificação que – conforme definição da Enciclopédia Jurídica *online*, “é o documento escrito, categórico ou não, pelo qual é feita determinada notificação ou comunicação a alguém de determinado fato ou intenção que configure implicação jurídica” – como uma formalidade essencial e indispensável para a garantia dos direitos dos administrados, evidenciando-se seu caráter integralizador da relação jurídica processual.

Para fins de esclarecimento, a notificação nesse trabalho, será tratada no seu sentido amplo, ou seja, como uma comunicação dos atos administrativos, concordando com a definição supracitada, ainda que, categoricamente, não receba esse nome em dispositivo legal como é o caso do artigo 26 da Lei 9.784 de 1999, que ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, aponta a intimação como forma de comunicação dos atos administrativos, dizendo que "o órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências".

Dessa forma, a aplicação do princípio do devido processo legal é homenageado, pois o procedimento regular é constituído de fases, de modo que em cada uma destas fases pode haver a verificação da legalidade, sendo condição de eficácia e validade do ato final (CARVALHO FILHO, 2016).

Entende-se, portanto, que a notificação está para os atos sancionatórios no processo administrativo, assim como está para citação no processo judicial, vez que em ambos os casos, naquele o administrado, neste o demandado, tomam ciência da existência de um processo em seu desfavor e, a partir de então, adotam as medidas cabíveis para a sua defesa.

Importante ressaltar que, a notificação não tem caráter convocatório coercitivo, ou seja, a relação jurídica processual não depende da resposta do administrado para ser constituída. Já que a notificação não convoca o administrado, ao invés disso, integra-o automaticamente à relação jurídica processual, seu caráter é de cientificação e consequente oportunização de defesa (NEVES, 2017).

Os princípios estabelecem o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e o modo de agir da Administração Pública, observando José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 69) que, tais princípios norteiam "a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas".

A Lei nº 9.784, de 29-1-1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), no artigo 2º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Porém, ressalvados os princípios gerais que regem a Administração em processos em sentido amplo, aqui serão analisados princípios específicos que se relacionam à necessária vinculação da Administração, bem como à imprescindível observância ao direito da ampla defesa, que se concretiza, primeiramente, com o ato da notificação.

2.1 Legalidade

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. A legalidade, como princípio de administração (art. 37, caput, da CRFB/88), subordina completamente a Administração à Lei, garantindo aos indivíduos a verificação da validade dos atos sancionatórios, confrontando-os com a

lei. Assim, havendo desacordo entre a conduta e a lei, deverá ser aquela corrigida, eliminando a ilicitude (CARVALHO FILHO, 2016).

É oportuna a comparação feita por Meirelles (2016) entre o princípio da legalidade, na qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite e, *contrario sensu*, o princípio da autonomia da vontade, no âmbito das relações particulares, que permite aos indivíduos fazer tudo o que a lei não proíbe. Como resultado disso, os atos sancionatórios, praticados pela Administração Pública, não podem, por simples ato administrativo, restringir direitos, imputar penalidades, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.

Portanto, a sanção administrativa imposta aos administrados depende da observação legal para que seja legítima. O descumprimento de exigências previstas em lei caracteriza a invalidade do ato sancionatório. Ou seja, se dispositivo de lei garante o direito de defesa contra as sanções administrativas, como revela, por exemplo, o artigo 68 da Lei 9.784/1999 e a notificação do administrado é – além de ser uma cientificação para este atuar no processo – um exercício do direito à sua defesa, ato sancionatório que não observou esse direito deve ser considerado ilegítimo por determinação legal ou administrativa.

2.2 Moralidade

O princípio da moralidade administrativa constitui pressuposto de todos os atos administrativos e deve legitimar a atuação da Administração.

Também previsto no artigo 37, *caput* da CRFB/88, esse princípio afasta a busca de interesses próprios ou espúrios de maus agentes públicos, coibindo a imoralidade e o abuso de poder no seio da Administração Pública.

Por esse princípio deve-se entender que o administrador público, no exercício de seu poder sancionador, deve se revestir de total neutralidade e ter a capacidade de discernir entre o bem e o mal, entre o honesto e o desonesto, entre o justo e o injusto e entre o legal e o ilegal, dessa maneira não pode se utilizar de meios lícitos, como o poder de polícia, por exemplo, para atingir finalidades irregulares de interesse privado, caracterizando desvio de poder. Portanto, “a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima” (MEIRELLES, 2016, p. 94).

2.3 Finalidade e interesse público

Como observado, anteriormente, ao tratar-se sobre o princípio da moralidade administrativa, na qual todo agente público, no exercício das suas atividades, deve perseguir como meta basilar o interesse público em detrimento dos seus próprios interesses ou interesses de terceiros, para legitimar a atuação da Administração. Tem-se, desse modo, este princípio, a estreita ligação com o princípio da finalidade,

no qual se fundamenta a atuação do Estado, constituindo a proteção do interesse coletivo como alvo a ser alcançado pela Administração Pública.

O interesse público, dessa maneira, funciona como um limitador da liberdade do poder sancionatório do Estado, pois a sanção que se desvia do interesse público não deve prosperar em seus efeitos.

A multa como uma das medidas do auto de infração, por exemplo, deve ter finalidade que interessem a coletividade, não podendo permitir, como característica principal, seu fim arrecadatório ou de abastecimento dos cofres públicos. Para que alcance o interesse público, deve ela ter o caráter punitivo-pedagógico, capaz de deter uma ameaça ao bem público, ou cessar um perigo iminente à coletividade, ou interromper um risco à incolumidade pública, ou ainda, sanar um prejuízo à própria Administração, dentro do alcance da lei. Fora desses parâmetros, o ato sancionatório desvia-se da finalidade do interesse público, devendo ser anulado.

A notificação do administrado em processo administrativo atende à finalidade administrativa, à medida que satisfaz aos ideais de justiça desejados pela sociedade que espera que o Estado oportunize a todos os seus cidadãos a ampla defesa e o contraditório, conforme artigo 28 da Lei 9.784/1999 ao dizer que “devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse”. Estes princípios apenas podem ser alcançados pelo devido processo legal, do qual a notificação é procedimento fundamental nestes casos.

2.4 Segurança jurídica: proteção à confiança e boa-fé

A segurança jurídica tem a ver com a ideia de respeito à boa-fé.

De acordo com os ensinamentos de Di Prieto (2017, p. 158), “o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos” e, dessa forma, mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros.

Assim, vê-se que os referidos princípios norteiam a relação jurídica entre a Administração e o administrado, exigindo de ambos o comportamento probo, leal e correto. Quando o administrado tem a ideia que seu direito não está sendo respeitado, há incerteza na relação que leva ao administrado desacreditar nos atos da Administração Pública.

Veja-se, por exemplo, a hipótese em que o particular receba uma notificação de infração de trânsito, concomitantemente, à notificação da imposição da multa, contrariando dispositivo legal que prescreve que, nestes casos, a notificação deve ser expedida em dois momentos distintos: uma quando na lavratura do auto de infração; outra quando no julgamento e aplicação da multa, conforme artigos 281, II e 282, Caput, §3º e §4º da Lei 9.503/1997, (CTB).

Sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 613147 manifestou-se nos seguintes termos:

> PROCESSO ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (CTB). COMETIMENTO DE INFRAÇÃO. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO DO INFRATOR EM DUAS OPORTUNIDADES: DEPOIS DA AUTUAÇÃO E APÓS O JULGAMENTO E APLICAÇÃO DA PENALIDADE – PRAZO DE 30 DIAS, SOB PENA DE O AUTO DE INFRAÇÃO SER ARQUIVADO E SEU REGISTRO JULGADO INSUBSISTENTE (ART. 281, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II). Não pode a Administração promover a notificação da infração concomitantemente à notificação da imposição da multa. Do exame dos dispositivos do CTB que se referem ao processo administrativo, infere-se que, após a lavratura do auto de infração, haverá indispensável notificação, que poderá ser feita quando da lavratura do auto, se a autuação ocorrer em flagrante, ou via correio, caso a autuação se dê a distância ou por equipamentos eletrônicos. Após o julgamento e aplicação da penalidade, deve haver, então, nova notificação no prazo máximo de trinta dias. Recurso especial provido. (Processo: REsp 613147 RS 2003/021572-2 – Ministro FRANCIULLI NETTO. Julgamento: 21/02/2005 –Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: DJ 09/05/2005, p. 341).

Neste caso, além de violar o princípio da legalidade por desrespeitar a lei, ainda se afasta do princípio da boa-fé em seu aspecto objetivo que diz respeito à conduta honesta e leal que se deveria esperar da Administração; insurgindo-se também contra outro aspecto de suma importância – o subjetivo que, diante o exposto, parece mais grave – pois diz respeito à crença da verdade depositada pelo administrado nos atos da Administração, instabilizando a relação de confiança entre eles (DI PIETRO, 2017).

2.5 Motivação

Entende-se pelo princípio da motivação a segurança que tem o administrado em conhecer as razões que conduziram à prática do ato punitivo (CARVALHO FILHO, 2016).

Conforme Di Prieto (2017), o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, independentemente, do tipo de ato, discricionário ou vinculado, pois trata de formalidade mister a permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

O art. 50, II da Lei 9.784/99 estabelece a obrigatoriedade do princípio da motivação, “com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando: imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções”.

O princípio da motivação é uma evolução para o Estado de Direito, em que impera a vontade da ordem jurídica, afastando o autoritarismo governamental, privilegiando a impessoalidade da lei (MEIRELLES, 2016).

Por esse princípio a Administração explica legal ou juridicamente o motivo das suas decisões e, nesse sentido, a notificação é elemento capaz de permitir conhecer a causa e as informações determinantes para a prática do ato administrativo sancionatório, bem como explicitar o dispositivo legal em que se funda, permitindo

que o administrado possa exercer seu direito de defesa.

2.6 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade “deriva, de certo modo, do poder de coerção de que dispõe a Administração ao praticar atos de polícia” (CARVALHO FILHO, 2016, p.154), não podendo ser concebido que a coerção seja utilizada indevidamente pelos agentes administrativos, caso em que ocorreria se usada no lugar em que não houvesse necessidade.

O artigo 68 da lei 9.784/1999 assegura o direito de defesa aos administrados diante das sanções aplicadas por autoridade administrativa, o que revela, nesse estudo, que antes de qualquer sanção aplicada pelo poder sancionatório da Administração, será de bom grado que se oportunize a defesa do administrado por meio de notificação, na qual o particular poderá não só se defender, mas também cooperar com a Administração, prestando-lhe as informações necessárias para esclarecimento dos fatos.

Como se vê, a notificação contribui para melhor efetividade, eficiência e economia da Administração. É um ato oportuno para a Administração solicitar informações, não tendo apenas o condão de favorecer os administrados, mas também, o de colaborar com a Administração, ajudando-lha adotar medidas adequadas, refletindo o grau de certeza, segurança e respeito esperados pelos administrados.

2.7 Devido Processo Legal

Diz o artigo 5º, LIV, da CRFB/88 que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal princípio é basilar e norteador de todos os demais que devem ser observados no processo (NEVES, 2017, p. 173 apud THEODORO JR., 2007, p. 28). De sorte que Daniel Amorim Neves (2017) diz que esse princípio é um fator limitador do poder de legislar da Administração Pública, garantidor do respeito aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Para Carvalho Filho (2016), se o ato sancionatório de polícia não tiver propiciado ao infrator a oportunidade de afastar a acusação, produzindo as provas necessárias à sua defesa, estará contaminado de vício de legalidade, devendo ser corrigido na via administrativa ou judicial.

Segundo Di Prieto (2017), com a exigência do devido processo legal, a processualização do Direito Administrativo, além da ideia de participação do cidadão, é também uma forma de contribuição para a democratização da Administração Pública, exigindo a observância de formalidades essenciais à proteção dos direitos individuais, como por exemplo, o contraditório e a ampla defesa que passam a ser analisados adiante.

2.8 Contraditório e ampla defesa

Ligado à processualidade administrativa, os princípios do contraditório e o da ampla defesa, previstos no artigo 5º, LV da CRFB/88 e regulado pelo artigo 2º da Lei 9.784/1999, asseguram a todos os litigantes (não somente aos acusados), em processo judicial ou administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa, aplicável em qualquer tipo de processos em que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas (DI PIETRO, 2017).

O princípio do contraditório que é essencial ao direito de defesa "supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado [litigante] e o seu direito de resposta ou de reação", exigindo-se, primeiramente, notificação dos atos processuais à parte interessada; depois a possibilidade de exame das provas constantes do processo, bem como, o direito de assistir à inquirição de testemunhas; e por fim o direito de apresentar defesa escrita (DI PIETRO, 2017, p. 862).

Além disso, o artigo 3º, II e III da Lei 9.784/1999 assegura ao administrado os direitos de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado; ter vista dos autos; obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente, privilegiando, assim, os princípios do contraditório e o da ampla defesa.

Vale ressaltar que os incisos VII a XI do parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.784/1999 ao determinarem a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; e garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio, privilegiam o exercício do direito de defesa e do contraditório (MEIRELLES, 2016, p.112).

Portanto, considerando o princípio do contraditório formado pelo binômio: informação e possibilidade de reação, os administrados devem ser comunicados, antes da aplicação de qualquer sanção administrativa, oportunizando a eles a ciência do processo administrativo ao seu desfavor e a possibilidade de reação como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses.

3 I LEGITIMIDADE ATIVA PARA APLICAR SANÇÃO

Apesar de a expressão agentes públicos ter um sentido amplo, para o presente estudo, não se fará necessário a apresentação de suas categorias e classificação, bastando o conceito conforme Carvalho Filho (2016, p. 750), que conceitua agentes públicos como "o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função

pública como prepostos do Estado". Dessa maneira, entende-se que tais pessoas estão vinculadas ao Poder Público e para tanto devem observar os requisitos legais de validade de seus atos.

De acordo com o artigo 280, V do CTB, por exemplo, no auto de infração deve constar a identificação da autoridade ou agente autuador, demonstrando que o ato sancionatório, deve ser praticado por pessoa vinculada à Administração.

Como se pode notar o poder sancionatório conferido por lei ao agente público ou autoridade decorre do cargo ou função pública que estes exercem perante a Administração. "Esse poder é de ser usado normalmente, como atributo do cargo ou da função, e não como privilégio da pessoa que o exerce" (MEIRELLES, 2016, p. 114). Por isso, na ausência desse atributo, o agente deixa de ser autoridade, pois não está no exercício de suas funções, tornando o ato ilícito, caso exerça o poder sancionatório.

Dessa maneira, a competência é a condição para validade do ato sancionatório, isto é, nenhum ato – discricionário ou vinculado – "pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder para praticá-lo" (MEIRELLES, 2016, p. 174).

4 I CONDIÇÕES DE VALIDAÇÃO DOS ATOS SANCIONATÓRIOS

Já foi mencionado que para a aplicação dos atos sancionatórios requer-se que a Administração Pública observe os princípios administrativos sem os quais estará contaminado de vício de legalidade, devendo ser corrigido na via administrativa ou judicial (CARVALHO FILHO, 2016).

Assim, também, para que haja a legalidade dos atos sancionatórios, como ocorre com qualquer ato administrativo, é preciso, como observa Carvalho Filho (2016), que esses atos estejam revestidos dos requisitos de validade. Dessa maneira, o ato sancionatório será legal ou ilegal, de acordo com a compatibilidade ou não com os requisitos exigidos para a sua validade.

Segundo o estudo de Meirelles (2016, p. 163), já analisado neste trabalho, "as condições de validade do ato de polícia são as mesmas do ato administrativo comum" (a competência, a finalidade e a forma, acrescidas da proporcionalidade da sanção e da legalidade dos meios empregados pela Administração).

5 I PREJUÍZOS CAUSADOS PELOS ATOS SANCIONATÓRIOS INVÁLIDOS

A anulação de um ato administrativo pode gerar prejuízos, não só aos administrados diretos e indiretos, mas também à própria Administração que poderá figurar no polo passivo de ações de indenização movidas por todos os indivíduos prejudicados por seus atos inválidos, baseando-se pelos direitos da personalidade, consagrado pelo artigo 37, § 6º da CRFB/88, que estabelece a responsabilização da

Administração pelos danos causados por seus agentes.

Além dos prejuízos na ordem econômica promovidos por ações judiciais indenizatórias, parece ser ainda mais grave para a Administração a afronta ao princípio da eficiência (correspondente ao dever de eficiência necessária à atividade administrativa), que além de ser previsto no *caput* do art. 37 da CRFB/88, também consta expresso no *caput* do art. 2.º da Lei 9.784/1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Segundo Meirelles (2016, p. 104), "o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional", assim, esse princípio corresponde ao dever de boa administração, exigindo-se da Administração o satisfatório atendimento das necessidades dos administrados. Note que não basta, de acordo com Ricardo Alexandre e João de Deus (2017), o atendimento apenas parcial de tais necessidades. Para estes autores o teor do princípio da eficiência refere-se a uma administração pública que se destaca pela produtividade elevada, pela economicidade, pela qualidade e celeridade dos serviços prestados, reduzindo desperdícios.

Portanto, quando o ato sancionatório deixa de observar o direito da ampla defesa e do contraditório – não oportunizando, por exemplo, a defesa prévia por meio da notificação – há ineficiência na atividade do Estado, causando à Administração prejuízo na produtividade, na economicidade, na qualidade e celeridade dos serviços prestados.

6 | REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS USADOS CONTRA OS ATOS SANCIONATÓRIOS INVÁLIDOS NAS VIAS ADMINISTRATIVAS E JUDICIÁRIAS

Segundo Meirelles (2016, p. 228), "desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao Direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo, e quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa".

Dessa maneira, se aponta duas formas para o controle dos atos administrativos: uma interna, praticada pela própria Administração; outra, externa, exercida pelo Poder Judiciário.

Quando é a Administração quem anula o seu próprio ato, acentuam Ricardo Alexandre e João de Deus (2017), que se agiu com base no poder de autotutela da Administração Pública, consagrado na Súmula 346 do STF, em que "a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" e Súmula 473, na qual a Administração pode anular seus próprios atos, quando contaminados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e, ressalvada sempre, a apreciação judicial. Percebendo que o instituto da autotutela pode ser invocado tanto para anular o ato administrativo ilegal quanto para revogá-lo por

motivo de conveniência e oportunidade.

Nesse mesmo entendimento, Carvalho Filho (2016), assevera que as decisões administrativas podem ser impugnadas na via judicial, em que o Estado-Juiz atuará com imparcialidade e equidistância entre os interesses do administrado e os da Administração.

Nesse sentido, o direito do administrado de provocar o controle dos atos administrativos na via administrativa decorre do direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, "a", da CRFB/88, segundo o qual é a todos assegurado, independentemente, do pagamento de taxas, "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de Poder" e pela via judicial pelo mandado de segurança, com base constitucional no art. 5º, LXIX, da CRFB/88.

Cabe ressaltar, porém, que o controle judicial sobre atos da Administração, é exclusivamente de legalidade, vedando-se apreciar, como regra, o mérito administrativo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, ou seja, ao Poder Judiciário "é interditado o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público" (CARVALHO FILHO, 2016, p. 1280).

7 I CONCLUSÃO

O objetivo desse trabalho foi realizar um estudo sobre a relevância da notificação para o exercício da ampla defesa e do contraditório diante dos autos de infração aplicados por autoridade administrativa, que segundo autores pesquisados, é uma formalidade indispensável à garantia dos direitos dos administrados, que ao tomarem ciência da existência de um processo em seu desfavor podem, a partir de então, adotar as medidas cabíveis para a sua defesa, integrando-os, somente dessa maneira, à relação jurídica processual.

Importante ressaltar que, a sanção administrativa imposta aos administrados pela aplicação do auto de infração, depende da observação legal para que seja legítima. O descumprimento de exigências previstas em lei caracteriza a invalidade do ato sancionatório e, consequentemente, deve ser considerado ilegítimo e invalidado por determinação legal ou administrativa. Outrossim, o ato sancionatório é revestido de legalidade, finalidade e interesse público, em face da obrigatoriedade que tem a Administração de observar o que dispõe a lei, afastando-o da arbitrariedade e autoritarismo, situações que podem demandar a desconfiança e descrédito do cidadão e sua consequente insurgência. Esse efeito é indesejável e contraria o princípio da proteção à confiança que prestigia a boa-fé do cidadão, que acredita na probidade dos atos praticados pelo Poder Público.

Por fim, depreende-se que a notificação contribui para a melhor efetividade, eficiência e economia da Administração. Não é mero formalismo que pode ser deixado de lado, mas – além de proteger os direitos dos administrados – atende ao

interesse público e ao devido processo legal, refletindo sobre o ato sancionatório grau de certeza, segurança e respeito. Portanto, antes da aplicação de penalidades provenientes de auto de infração, a Administração deve dar ciência ao cidadão da existência de um processo administrativo a seu desfavor, possibilitando sua reação como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito administrativo esquematizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 9503, de 23 de setembro de 1997. **Institui o Código de trânsito brasileiro**.

BRASIL. Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal**.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

Enciclopédia Jurídica. Disponível em: < http://www.enciclopediajuridica.biz14 .com/pt/d/notificacao/notificacao.htm>. Acesso em 05 abr. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAPÍTULO 17

A APLICABILIDADE DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO BRASIL

Ellen Valotta Elias Borges
Universidade Estadual Paulista, Departamento de Ciência da Informação
Marília, SP

Mariana Rodrigues Gomes de Mello
Universidade Estadual Paulista, Departamento de Ciência da Informação
Marília, SP

Daniel Martínez-Ávila
Universidade Estadual Paulista, Departamento de Ciência da Informação
Marília, SP

RESUMO: A Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, vem regulamentar o direito que todos os cidadãos têm de receber informações dos órgãos públicos mediante um prazo. Contudo, nota-se uma grande necessidade de repensar a aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação no tocante ao processo de apropriação das informações recebidas. Para tanto, realizou-se uma pesquisa qualiquantitativa e exploratória com base nas informações oferecidas pelo portal de acesso à informação elaborado pelo Governo Federal. Os resultados demonstraram que o acesso sem uma devida mediação pode não ser satisfatório. Assim, buscou-se refletir sobre as relações entre acesso e apropriação, buscando compreender que tipos de dispositivos de mediação oferecidos pelo Estado contribuem para a capacidade de apropriação da informação. O uso do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC) contribuiu para a realização de pedidos de informações com geração de protocolo, o que facilitou a coleta de dados. As respostas oferecidas pelas autoridades de monitoramento da LAI apresentaram várias divergências. Desse modo, concluiu-se que é necessário repensar sobre a aplicabilidade da LAI na prática, trazendo à tona a necessidade de considerar o processo de apropriação como elemento complementar do acesso. Espera-se que as reflexões levantadas possam contribuir para o desenvolvimento de ações que visam à democratização efetiva da informação, não apenas no papel, mas, principalmente nas práticas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Acesso à Informação, Apropriação da Informação, Acesso à Informação.

APPLICABILITY OF LAW ON PUBLIC INFORMATION ACCESS IN BRAZIL

ABSTRACT: On November 18, 2011 was approved the Law 12.527 on public information access. This law is designed to regulate that all citizens have the right to obtain direct access to public information within a period of time. Nevertheless, it is understood that is a

tremendous need to rethink its applicability in relation to appropriation of information received. In this respect, an exploratory and quali-quantitative approach based on information supplied by Government website was used. The results showed that access without a suitable mediation may not be satisfactory. Thus, this study aimed to reflect on relations between access and appropriation in order to understand which mediation devices supplied by the State improve ability of developing appropriation of information. The Governmental Electronic Services to Citizens provided a protocol number based on requests for information, turning data acquisition easier. According to requests provided by competent law enforcement authorities it was found that there is some confusion about the law. That being said, it may be concluded that Law 12.527 should be reviewed in the context of practical experiences, bringing to the surface how important the process of appropriation is for access to information. It is expected that all of these reflections can contribute to improving actions aimed at effective democratization of information, not just on paper, but also in social practices.
KEYWORDS: Law on Public Information Access, Appropriation of Information, Access to Information.

1 I INTRODUÇÃO

O acesso à informação está no rol dos direitos fundamentais e está previsto no artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal de 1988. A Lei Acesso à Informação (LAI) regulamenta o direito constitucional do cidadão em obter informações dos órgãos públicos. No entanto, este trabalho traz à tona questionamentos sobre a eficácia social desta Lei no tocante ao ato de se concretizar o efetivo direito à informação. Considera-se que de nada serve o acesso e a materialidade de determinada informação se não houver instrução sobre seu uso, ou seja, sua apropriação. Será o cidadão capaz de compreender aquilo que as palavras representam dentro de determinada linguagem que não seja de uso comum a ele? Estes são os principais questionamentos que nortearão a pesquisa, objetivando-se criar espaço de reflexão acerca deles.

Compreende-se, então, que apesar de todos os cidadãos terem direitos ao acesso às informações públicas, esse direito não se apresenta de maneira uniforme. Nessa perspectiva, ao estabelecer a LAI como um direito ao acesso, fica claro que o acesso é para todos, mas a capacidade de apropriação não se estende a todos de forma igualitária frente aos desafios sociais, econômicos e políticos que o Brasil enfrenta. Diante de tal dificuldade, realizou-se uma pesquisa de natureza quali-quantitativa e exploratória para compreender de modo geral os principais aspectos e estruturação da LAI segundo as informações apresentadas pelo portal de acesso à informação criado pelo Governo Federal cujo objetivo é oferecer acesso às informações públicas, incentivando os pedidos de informação e divulgando a aplicabilidade da Lei. Trata-se, também, de uma pesquisa de cunho teórico a partir do estudo de materiais publicados nas áreas do Direito, Ciência da Informação, da Filosofia e das Ciências Sociais, como livros, teses, dissertações e artigos científicos.

2 I ACESSO À INFORMAÇÃO: UM DIREITO FUNDAMENTAL

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é um dos mais importantes por tratar de princípios referentes aos direitos e garantias fundamentais da Carta Magna de 1988, proclamada como constituição cidadã, por tratar-se da mais democrática instituída em toda a história das constituições brasileiras. O artigo 5º é composto por 77 incisos, 2 parágrafos e o *cuput*, (BRASIL, 1988) todos eles consagram a primazia dos direitos fundamentais, resgatados e ampliados depois de 20 anos de ditadura militar em eu muitos deles foram suprimidos, tais como a liberdade de expressão e o acesso à informação.

Os direitos fundamentais, em linhas gerais, são os direitos humanos positivados, ou seja, os que integram o rol de direitos de um ordenamento jurídico, o que implica na possibilidade deles serem efetivados materialmente, perdendo o caráter apenas idealista. São todos os direitos que conferem dignidade, sendo inerentes à todas as pessoas, pelo simples fato de serem humanas. Eles podem ser individuais ou coletivos. São individuais quando se refere ao grupo de direitos fundamentais, também denominados de direito civis. Referem-se à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança, à propriedade, garantindo autonomia aos indivíduos diante da sociedade. No que tange aos direitos coletivos, pode-se dizer que eles não possuem um conceito exato, todavia, pode-se afirmar que eles são os que ultrapassam a esfera estritamente individual, sendo oriundos de conquistas sociais. Seus titulares são grandes grupos, categorias ou classe de pessoas. A maioria dos direitos coletivos é pertinente ao elenco dos direitos sociais.

Há um imbricamento entre direitos e deveres e o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 trata dos direitos individuais, coletivos, bem como dos deveres. Os deveres que decorrem do artigo 5º e seus incisos são destinados, principalmente, ao Poder Público e seus agentes, que de modo algum podem violar os direitos fundamentais, à medida que o bom exemplo à sociedade deve, acima de tudo, partir dos agentes públicos. O direito à informação é um direito fundamental e coletivo, diz respeito ao direito coletivo à informação ou ao direito da coletividade à informação (SILVA, 2005).

Muito embora, o direito de informar, a princípio, tenha o aspecto de um direito individual, em face da liberdade de manifestação do pensamento, o seu sentido coletivo é mais forte frente as grandes mudanças dos meios de comunicação de massa nos últimos tempos. Portanto, o seu sentido ultrapassa o antigo direito de liberdade de imprensa que constituía o direito subjetivo da pessoa manifestar seu pensamento, direito que derivava da liberdade individual. Porém, as duas esferas são contempladas pela Carta Magna de 1988, ou seja, tanto a individual quanto a coletiva. Neste sentido, Silva (2005, p. 260) explica a contraposição do direito geral sobre o interesse individual: “Daí porque a liberdade de informação deixara de ser

mera função individual para tornar-se função social".

Muito embora o artigo 5º da Constituição Federal seja de eficácia plena, acredita-se que a LAI, de natureza infraconstitucional, vem regulamentar o inciso XXXIII, do artigo 5º do I Capítulo – dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos da Constituição Federal, ao afirmar que:

> Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse 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.

Diante do exposto, pode-se dizer que a LAI se volta especificamente para o acesso à informação pública, cujo princípio básico está em afirmar que "Acesso é a regra, sigilo, a exceção". A criação desta lei é o início para reflexões sobre o seu processo posterior, a apropriação. Considerando que a promulgação de uma lei leva um tempo para ser concretizada, deve-se considerar que sua efetividade também não é algo imediato. Considerando o contexto da LAI no Brasil, pode-se dizer que, após quase oito anos de sua criação, faz-se necessário levantar questionamentos que promovam a reflexão no tocante à atuação social da lei e sua efetividade após o acesso. Assim posto, esta pesquisa suscita as seguintes questões: Será que a Lei de Acesso à Informação conseguiu realmente conferir eficácia social, ou seja, concretizar o efetivo direito à informação? De que serve o acesso e a materialidade de determinada informação se não houver instrução sobre seu uso, ou seja, sua apropriação? Será o cidadão capaz de compreender aquilo que as palavras representam dentro de determinada linguagem que não seja de uso comum ao cidadão? É possível garantir que o acesso contribua de forma eficaz se não houver um processo adequado de mediação dessas informações? Não cabe dúvida que a LAI limita seus deveres ao acesso, contudo, considerando a complexidade do termo informação, faz-se necessário repensar a lei de forma crítica e reflexiva para que sua aplicabilidade seja refletida de forma mais profunda no tocante ao processo de apropriação, que seria um processo posterior ao acesso.

Porém, a reflexão que se faz acerca da aplicabilidade da LAI não exclui sua importância, haja vista que a ação de sua criação foi o pontapé inicial para que houvesse reações de cunho teórico sobre as concepções apresentadas pela lei. O presente trabalho reconhece a importância das mudanças trazidas pela implementação da LAI, porém, também reconhece a necessidade de reflexões de cunho teórico sobre aquilo que se propõe e aquilo que se pratica, sobre o direito de acessar informações e a capacidade de realizar apropriações por meio deste acesso. Para Batista, o processo de promulgação de leis é algo complexo que deve ser pensado além de conceito teórico. Segundo a autora

"[...] a promulgação de leis é apenas parte de um processo que potencialmente pode proporcionar ao sujeito a apropriação da informação do setor público [...]". No tocante ao direito à informação, a autora compreende que "[...] a questão do direito

à informação tem significado mais amplo, implicando não apenas direito ao 'acesso' (físico), mas, sobretudo, à 'apropriação' (simbólica), se considerarmos preceitos e exercícios democráticos plenos" (BATISTA, 2014, p.19).

Buscando subsídios para compreender e entender melhor a questão do direito de acesso à informação, a Controladoria Geral da União (CGU) elaborou uma Cartilha de acesso à Informação em 2011. De acordo com a Cartilha, a lei 12.527 representa uma mudança de paradigma em matéria de transparência pública, pois estabelece que o acesso é a regra e o sigilo, a exceção e, assim, qualquer cidadão poderá solicitar acesso às informações públicas. Entretanto, a elaboração da Cartilha também considerou a problemática e as dificuldades sobre a implementação da lei que abarcam desafios de natureza técnica e tecnológica, além de fatores de caráter administrativo, recursos financeiros e humanos que devem ser considerados para garantir a observância do que dispõe a lei.

A publicação desta Cartilha tem a cooperação da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e visa possibilitar a cooperação técnica entre a UNESCO e o Poder Executivo Federal Brasileiro para que o direito de acesso à informação seja garantido a cidadãos e cidadãs brasileiros de forma eficiente, eficaz e efetiva (JORDÃO, 2011, p.2). Vincent Defourny, representante da UNESCO no Brasil, apresenta uma importante fala na Cartilha de acesso à Informação: "Espero que esta cartilha, produzida no âmbito da cooperação entre a UNESCO e a CGU, se configure em mais um elemento desse movimento pela efetiva concretização do direito à informação no cerne da administração pública brasileira" (DEFOURNY apud JORDÃO, 2011, p.4). Nesse sentido, a atuação dos agentes públicos, comprometidos com a transparência e o acesso à informação, mostra-se essencial e determinante para o sucesso e eficácia da Lei.

3 I O CONCEITO DE INFORMAÇÃO: UMA REFLEXÃO TERMINOLÓGICA

Os termos Informação e Documento são termos amplamente discutidos e refletidos dentro da área da Ciência da Informação (CI). Contudo, a importância terminológica de alguns termos nem sempre é refletida com a mesma intensidade em outras áreas. É o caso do uso desses dois termos na elaboração da LAI. Verifica-se que os termos não são refletidos na abordagem apresentada pela lei e, assim, não se observa diferenças significativas entre documento e informação. Contudo, com base em conceitos teóricos na área da CI, cabe ressaltar que todo documento traz uma informação desde que ela seja apropriada pelo sujeito. Em outras palavras, a simples posse do documento não significa garantia da materialização da informação. Almeida Júnior apresenta a relação entre documento e informação:

> Qualquer avaliação que tenha como parâmetro a posse física do documento estará avaliando o que é observável exteriormente, sem que haja preocupação com a interação entre o conteúdo do documento e o usuário; a adequação das

> informações potenciais veiculadas pelos documentos e a necessidade do usuário; as transformações no conhecimento do usuário oriundas das informações, etc. (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p.127).

Conforme apresentado pelo autor, nota-se que acesso a documentos e acesso a informações são atividades que exigem uma reflexão teórica no âmbito da CI. Relacionar a relação entre os termos são fundamentais para compreender a importância de reflexão acerca da LAI:

> Não sendo concreta, a informação necessita de um veículo para ser disseminada e apreendida [...] Dependendo de um documento para se comunicar, a informação não pode ser entendida como passível de ser armazenada. O que se armazena, o que se aglutina, o que se reúne na biblioteca são documentos. Para que esses documentos possam se converter em informação é necessária uma mediação, passível de se realizar, não só através de instrumentos e dos próprios documentos, como também, e principalmente, pela atuação do Serviço de Referência e Informação (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p.58).

Com base no conceito abstrato de informação defendido pelo autor, é preciso alertar para o fato de que "[...] é o usuário quem decide se o conteúdo total ou parcial de um documento pode ser considerado informação" (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p.116-117). Refletindo acerca do trecho apresentado, uma pergunta sobressai: A Lei de Acesso à Informação não deveria ser chamada de Lei de Acesso a documentos públicos? Este questionamento surge no momento em que se faz uma reflexão sobre a aplicabilidade da lei no processo de apropriação das informações presentes nos documentos acessados.

Entretanto, a representação dessa relação entre acesso e apropriação não é abordada de forma explícita na Cartilha de Acesso á Informação. Está muito claro o objetivo da lei focado apenas no acesso: "Faltava-nos, no entanto, uma lei que regulasse o acesso amplo a qualquer documento ou informação específica buscada pelo cidadão". Apesar de reconhecer o grande avanço trazido pela regulamentação da LAI, compreende-se que o desenvolvimento democrático depende de questões além do acesso e muito próximas do termo apropriação. Batista (2014, p.19) comenta sobre o avanço representado pela promulgação da lei: "[...] é um avanço em direção à legitimidade do direito que a sociedade tem, em um país democrático, de cobrar do Estado garantias individuais e coletivas". No entanto, a autora segue seu pensamento e expõe as dificuldades relacionadas ao processo de apropriação, chamada por ela de acesso intelectual: "[...] a informação do setor público, apesar de estar diretamente relacionada a diversas etapas da vida dos cidadãos [...] esbarra, dentre outras questões, na problemática do acesso intelectual, isto é, de sua apropriação simbólica [...]" (BATISTA, 2014, p.19).

É imprescindível considerar que apesar de todos os cidadãos terem direitos ao acesso às informações públicas, esse direito é atuante de forma desigual, já que, segundo Batista (2014, p.19) "[...] os dispositivos de mediação desenvolvidos pelo Estado (a linguagem, os meios, os circuitos e a forma de publicação da informação pública) não facilitam a compreensão da informação por destinatários situados nas

mais diferentes condições [...]" Em uma sociedade que é marcada pela exclusão, a informação, como muitos outros produtos capitalistas, não é um direito igualitário. Para Foucault:

> Em uma sociedade como a nossa, conhecemos, é certo, procedimentos de exclusão. O mais evidente, o mais familiar também, é a interdição. Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa (FOUCAULT, 1999, p.9, grifo do autor).

Apesar de compreender que a apropriação da informação atua de forma desigual, deve-se considerar que os avanços tecnológicos contribuem para a atuação anônima que promove a atuação daqueles que se não fosse pela tecnóloga, estariam excluídos e sem nenhuma outra forma de fazer-se ouvir. Assim, cria-se uma necessidade para compreender as transformações sociais no tocante às novas formas de criar informações, o que inclui as formas de construir e compreender as informações disponíveis nos aparatos tecnológicos cada vez mais acessíveis. Nesse sentido, cabe ressaltar que:

> A sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia [...] É um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infra-estrutura de informações disponível (TAKAHASHI, 2000, p.5).

Em virtude dessas novas relações sociais, fica cada vez mais evidente a importância de ampliar os estudos da informação não apenas no acesso, mas no processo de apropriação da informação realizado não apenas por relações pessoais, mas também por mediações realizadas no ciberespaço.

A partir do momento em que a tecnologia está relacionada com o compartilhamento de informações e geração de conhecimentos, é necessário ampliar o olhar para o lado social e participativo entre indivíduos e informação, o que traz a tona o processo de apropriação. A sociedade em rede não afeta apenas o lado virtual das informações, mas constitui comunicação socializante, afetando diretamente as relações sociais e o modo como o sujeito compreende o mundo. Nas palavras de Castells (2005, p.23), "A sociedade em rede também se manifesta na transformação da sociabilidade [...] A sociedade em rede é uma sociedade hipersocial, não uma sociedade de isolamento [...] Então, a sociedade em rede é a sociedade de indivíduos em rede".

4 I PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Configura-se uma pesquisa de natureza quali-quantitativa e exploratória. Primeiramente, buscou-se compreender de modo geral os principais aspectos e estruturação da LAI segundo as informações apresentadas pelo portal de acesso à informação criado pelo Governo Federal cujo objetivo é oferecer acesso às

informações públicas, incentivando os pedidos de informação e divulgando a aplicabilidade da Lei que tem o dever de apresentar respostas no prazo de vinte dias. Com base nas orientações do próprio portal, foi possível entrar em contato com todos os órgãos e entidades do Governo Federal cadastrados no sistema. Diante do exposto, desenvolveu-se um questionário com dez perguntas fechadas que foram elaboradas em torno da efetividade da LAI no tocante ao acesso, além de apresentar pontos que fizessem uma relação entre acesso e apropriação. A pesquisa foi direcionada para a tentativa de compreender o posicionamento das autoridades de monitoramento, portanto, utilizou-se o portal <http://www.acessoainformacao.gov.br/> para contatar todos os órgãos e entidades do Governo Federal por meio da lista dos SICs e, posteriormente, entrou em contato com as autoridades de monitoramento por meio do e-SIC disponível em <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>.Nesse sentido, montou-se o corpus de análise pelo agrupamento das respostas oferecidas pelos órgãos competentes no segundo semestre de 2017. As respostas foram enviadas de novembro de 2017 a janeiro de 2018.

O fato que determinou a escolha do corpus foi considerar a existência de uma política de monitoramento da LAI que é atribuída pela Controladoria Geral da União (CGU), conforme previsto no Decreto nº 7.724 em que afirma: "O monitoramento é uma forma de garantir a efetividade da LAI no Governo Federal, uma vez que inclui atividades de orientação a órgãos e entidades, divulgação da Lei para a sociedade, bem como a verificação do cumprimento dos procedimentos e prazos estabelecidos". Com base nessas ações de monitoramento, foi possível realizar um diálogo entre aquilo que a lei prega e as ações realizadas na prática. Por meio de uma ação dialógica, várias reflexões foram suscitadas em relação aos principais aspectos da LAI no tocante à necessidade de se criar boas práticas que garantam o direito à informação no dia a dia.

Em seguida, foi realizada a leitura, fichamento e análise dos textos, a fim de entender a proposta da LAI e, posteriormente, realizar a extração e sistematização das informações principais para serem repensadas no campo científico. A escolha pelo procedimento de pesquisa decorreu do fato de entender-se, aqui, a importância de se realizar uma análise interpretativa de conceitos e teorias, buscando uma compreensão social dos conceitos estudados para refletir sobre a atual situação da LAI por meio das respostas trazidas por seus representantes legais e, em contrapartida, pelos resultados apresentados na prática, especificamente no contexto do e-SIC. Os primeiros passos da pesquisa foram realizados na seguinte sequência:

- Leitura teórica e reflexões;
- Elaboração de questionáros de forma a estabelecer um diálogo interdisciplinar entre a área do Direto e a Ciência da Informação;
- Acesso ao portal do Governo Federal para conhecer o conteúdo e as ferramentas disponíveis sobre a LAI;

- Acesso à lista dos SICs e primeiro contato com as autoridades de monitoramento da LAI por e-mail;
- Acesso ao Sistema Eletrônico de Informação ao Cidadão (e-SIC), cadastro e realização dos pedidos de informação aos órgãos cadastrados no sistema.

O início da pesquisa aconteceu no primeiro semestre de 2017 por influência do tema trabalhado na tese de doutorado de uma das autoras sobre apropriação da informação. O interesse pela temática levou ao desenvolvimento de um capítulo que após ser retirado da tese, serviu como conteúdo teórico para a elaboração da atual pesquisa. No segundo semestre de 2018, especificamente em novembro, iniciou-se o processo de aplicação dos questionários aos órgãos cadastrados no e-SIC.

Concluída esta etapa, iniciou-se a coleta e organização das respostas segundo o critério de ter ou não respondido o questionário. A partir desse resultado, criou-se uma pasta para organização de todos os questionários respondidos para análise posterior. A elaboração do questionário considerou pontos que abordassem a questão do acesso e sua relação com a apropriação da informação. Foram elaboradas dez questões. Contudo, para o desenvolvimento desta pesquisa, foi preciso delimitar o foco em uma única questão.

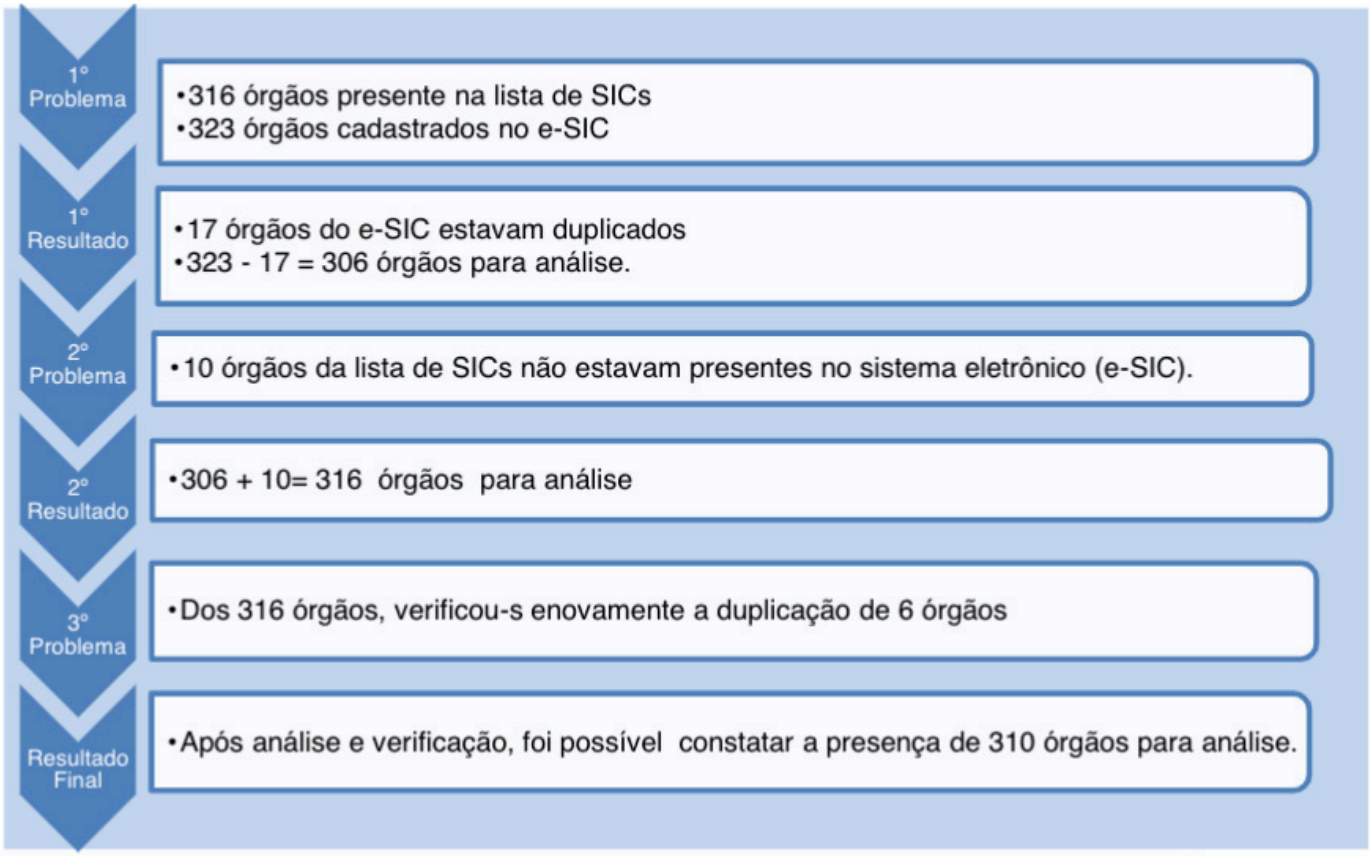
5 I RESULTADOS E DISCUSSÃO

Após acessar, no site do Governo Federal, a lista completa e disponível com todos os nomes dos SICs, foi possível verificar as informações de todos os órgãos. A lista apresentava o nome da autoridade de monitoramento, site, endereço e telefone. A lista possuía 316 órgãos. Após entrar em contato por e-mail com as primeiras trinta autoridades da lista, foi necessário alterar a forma de coletar os dados. Uma das autoridades de monitoramento respondeu o e-mail explicando que esta não era a forma correta de solicitar a informação, orientando entrar no site do e-SIC para fazer o pedido. Assim, gerou-se um cadastro no site para realizar o início dos pedidos, um por um, para cada órgão. Ao finalizar a tarefa, foi possível observar que o sistema eletrônico apresentava 323 órgãos, ou seja, sete órgãos a mais daqueles apresentados na lista presente no site do Governo Federal. Foi necessário, então, comparar os dados para verificar o porquê alguns órgãos não estavam na lista dos SICs. Após análise, verificou-se que dos 323 órgãos, havia 17 órgãos duplicados.

O problema de órgãos duplicados veio à tona quando chegou a resposta de um dos pedidos solicitados. A resposta indicava que a resposta já havia sido realizada e enviada por outro órgão que representava o mesmo que estava sendo solicitada a resposta. Apesar de o número de protocolo ser diferente, as respostas apareciam como duplicadas no formulário.

Outro problema encontrado entre os dados apresentados foi o seguinte: a lista dos SICs apresentou a presença de 10 órgãos que não estavam cadastrados no sistema do e-SIC e, assim, não foi possível realizar os pedidos pelo sistema. Observe

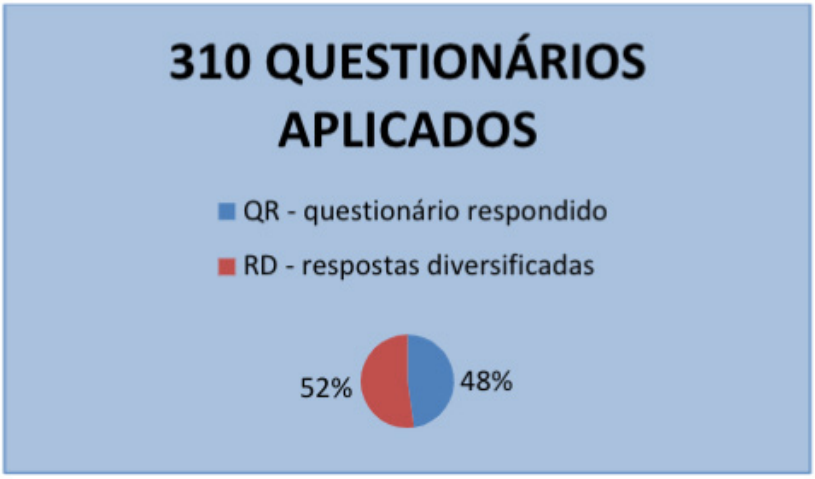
a figura para compreender os passos realizados e os resultados obtidos:



PASSOS DA PESQUISA

Fonte: os autores 2018

Com a reorganização das listas, coleta de dados foi finalizada com base nas respostas enviadas por meio do e-SIC. Considerando a extensão da pesquisa realizada e a necessidade de limitar e reorganizar os resultados dentro das normas do evento, optou-se por abordar e discutir apenas a divergência de opinião gerada entre todas as autoridades de monitoramento pela primeira questão do questionário. Todos os pedidos enviados aos órgãos competentes geraram um número de protocolo, o que facilitou a coleta dos dados. Pensando nos resultados obtidos, foram analisadas apenas as respostas que apresentaram o envio do questionário. Como resultado, dos 310 órgãos participantes da pesquisa, somente 145 responderam os questionários, considerando que um dos órgãos apresentou a resposta dada por quatro responsáveis diferentes, resultando um número de 148 questionários respondidos, o que equivale a aproximadamente 48%, conforme mostra o gráfico abaixo:



Frente às discussões e resultados apresentados, apresentaremos de modo parcial os resultados obtidos com base na primeira pergunta do questionário: A Lei de Acesso à Informação (LAI) garante o direito de Apropriação da informação? As respostas obtidas pelos 148 questionários aplicados podem ser analisadas segundo a elaboração do seguinte gráfico:

O resultado levantou sérias indagações no tocante às reflexões e atuações das autoridades de monitoramento sobre a própria lei. Considerando que a preocupação fundamental da LAI está voltada ao acesso e que o termo apropriação não é abordado de forma explícita na elaboração da lei, é questionável a atuação tão dividida entre as autoridades competentes que responderam o questionário. Segundo os resultados, 73 questionários apresentaram a resposta sim, 73 responderam não e apenas 2 questionários demonstraram a preocupação em não responder a realizar alguns apontamentos no próprio questionário explicando o porquê não foi possível responder. A prática dessa ação deveria estar presente na maioria dos questionários, no entanto, os resultados obtidos confirmam a necessidade de refletir e repensar sobre a aplicabilidade da LAI inclusive pelas próprias autoridades de monitoramento posto que, segundo as informações apresentadas pelo site do Governo Federal,

as ações de monitoramento desempenhadas pela Controladoria-Geral da União possuem o dever de atender órgãos e entidades, esclarecendo suas dúvidas sobre a Lei de Acesso à Informação, bem como coletar e disseminar boas práticas para garantir o Direito à Informação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, O. F. **Biblioteca pública:** avaliação de serviços. Londrina: Eduel, 2013.

BATISTA, C.L. **Mediação e apropriação da informação pública***:* a educação fiscal. 2014. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) - Escola de Comunicação e Artes. Departamento de Biblioteconomia e Documentação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BRASIL. **Constituição** (1988). Texto consolidado com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal, altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. 2011ª. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 nov. 2011.

_____. **Decreto nº 7.724,** de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. 2012ª. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 maio 2012.

CASTELLS, M.. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, M.; CARDOSO, G. **A sociedade em rede:** do conhecimento à acção política. Lisboa: Imprensa Nacional- Casa da moeda, 2005.

E-SIC: sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>. Acesso em: 15 set. 2017.

FOUCAULT, M. **A ordem do discurso.** 5. ed. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

JORDÃO, R. **Acesso à informação Pública**: uma introdução à lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Controladoria-Geral da União – CGU, 2011. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

MACEDO, R.G.; CASTILHO, A.de. Cibercultura em um contexto de convergência tecnológica: ensino e interatividade na velocidade do conhecimento. In: SOUZA, R.M.V. de. ; MELO, J.M. de.; MORAIS, O.J. de. (Orgs.). **Teorias da Comunicação:** correntes de pensamento e metodologia de ensino. São Paulo: Intercom, 2014. Disponível em: <http://www.portcom.intercom.org.br/ebooks/arquivos/8ba840f439e5d6b8c5eb6ce94faeca68.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

MENDEL, T. **El derecho a la información en América Latina**: comparación jurídica. Quito: UNESCO, 2009.

SILVA, J.A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, J.L.C; GOMES, H.F. A importância da mediação para a construção de uma autonomia no contexto dos usuários da informação. **Informação &Sociedade,** v.23, n.2, p.33-44, maio/ago. 2013.

TAKAHASHI, T. (Org.). **Sociedade da informação no Brasil:** livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. . Disponível em: <https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/livroverde.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CAPÍTULO 18

DIREITO AMBIENTAL ESPACIAL, A POLUIÇÃO SIDERAL E A SÍNDROME DE KESSLER

Gabriel Sommer
Advogado OAB/RS 113.468. Graduado em Direito pela FADISMA
Caçapava do Sul/RS.

Waleska Mendes Cardoso
Mestra em Filosofia pela UFSM. Especialista em Direito Socioambiental pela PUCPR e Graduada em Ciências Jurídicas pela UFSM. Professora do Curso de Direito da FADISMA. Pesquisadora dos grupos (CNPq) GPDA e NUDMARX
Santa Maria/RS.

RESUMO: O presente artigo aborda uma nova área do Direito, qual seja, o Direito Ambiental Espacial, traçando um paralelo multidisciplinar entre o Direito Ambiental e o Direito Espacial. Para isso, são apontados aspectos históricos, importância e influencia da contínua e imoderada exploração comercial do Espaço; bem como é discutida a problemática do acúmulo de lixo espacial na nossa atmosfera, majorada ao efeito Kessler, a poluição terrestre e extraterrestre. Ainda, é apresentada a demonstração de possível figura futurística do planeta Terra e, ao final, constam algumas soluções para conter com o lixo espacial.
PALAVRAS CHAVES: Direito Espacial. Satélites. Efeito Kessler. Poluição. Lixo espacial.

SPACE ENVIRONMENTAL LAW, POLLUTION SIDERAL AND KESSLER SYNDROME

ABSTRACT: The present article intends to address a new area of law, space environmental law, drawing a multidisciplinary parallel between environmental law and space law, pointing to historical aspects, importance, influence, addressing the theme of continuous and immoderate commercial space exploration; the problem of the accumulation of space trash in our atmosphere, plus the Kessler effect, terrestrial and extraterrestrial pollution, demonstration of a possible futuristic figure of planet Earth, and, in the end, some solutions to eliminate space trash.
KEYWORDS: Space Law. Satellites. Kessler effect. Pollution. Space debris.

1 I INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho é, com o auxílio do Direito Espacial, conhecer este novo objeto do Direito Ambiental: o Direito Ambiental Espacial, por meio do estudo de suas características e normas. Para tanto, a problemática relacionada a ele é abordada através de um método de dedução fundado em procedimentos de investigação conceitual e histórico-evolutiva e baseado em pesquisas já formuladas nessa seara.

O meio ambiente é o conjunto de sistemas

naturais que envolvem todas as coisas vivas ou não vivas existentes na Terra. O Direito é o conjunto de normas, tratados e princípios que regem as relações sociais protegendo direitos, impondo obrigações e atribuindo sanções a algumas práticas.

O Direito ambiental possui inúmeros conceitos, um deles foi definido pelo mestre argentino de Direito Ambiental Rafael Velenzuela Fuenzalida como:

> O conjunto de normas jurídicas cuja vigência prática produz e é suscetível de produzir efeitos ambientais estimáveis, vantajosos ou prejudiciais, seja ou não que a motivação de ditas normas haja reconhecida uma inspiração assentada em considerações ecológicas. (FUENZALIDA, 1997, p. 224)

Intuitivamente, associamos meio ambiente com a natureza, árvores, florestas, mares, climas e animais. Este pensamento não está totalmente errado, porém existe uma gama de outros elementos que abarcam e constituem o meio ambiente.

Aborda-se no presente artigo um ramo do direito que por muitos ainda é desconhecido, o Direito Ambiental Espacial, dando enfoque à poluição do meio ambiente sideral que é agravada pelo efeito Kessler.

2 | DO DIREITO ESPACIAL AO DIREITO AMBIENTAL SIDERAL

A evolução tecnológica mudou nosso meio, nossos paradigmas, nossa sociedade e nosso pensamento. A evolução, que tanto se louva, cresce continuamente através dos tempos possibilitando a criação de oportunidades e de novos benefícios para a humanidade. Mas a que preço? Questiona-se a possibilidade do ônus de uma evolução desenfreada tornar-se maior que os benefícios dela decorrentes.

Em 04 de outubro de 1957 foi lançado ao espaço o primeiro satélite artificial da Terra, o Sputnik I, da ex-União Soviética (URSS). Essa data entrou para história tornando-se o marco inicial da Era Espacial.

Muito antes do primeiro lançamento ser feito, já havia estudos a respeito do meio espacial; seu precursor foi o belga Emile Laude que, em 1910, publicou um artigo na *Revue Juridique de La Locomotion Aérienne* intitulado "*Un droit nouveau regira les relations juridiques nouvelles. Cela ne será plus du droit aérein, mais, a coup sûr, ils'agit du droit de l'space".* Um novo direito regulará as novas relações jurídicas; não mais o direito aeronáutico, mas sim, o direito espacial. (Tradução nossa).

A partir do lançamento do Sputinik I, os Estados vislumbraram as enormes possibilidades que o Espaço lhes proporcionava, bem como vivenciaram, talvez em maior grau, o receio do avanço tecnológico e da implantação de armas militares e nucleares para poderio bélico dos Estados.

Haroldo Valladão, na época professor da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil e posteriormente Procurador-Geral da República, pronunciou:

> Nenhum novo poder ao homem, sem um imediato controle jurídico. Cabe ao Direito proteger o homem contra os desmandos do próprio homem. A cada novo progresso social, econômico ou técnico, outra cobertura jurídica à pessoa

> humana. No limiar duma nova era, o alvorecer dum novo direito. (VALLADÃO, 1957, p. 400).

Surge, então, a necessidade de regulamentação desse novo direito. O tema foi pauta em algumas conferências Internacionais de Direito, tais como, Conferência Interamericana de Advogados, a Associação de Direito Internacional e o Instituto de Direito Internacional, debatido nos encontros anuais da Federação Internacional de Astronáutica (FIA) e nos colóquios do Instituto Internacional de Direito Espacial, fundado dentro da FIA em 1958 e, posteriormente, em 1959, foi criado o COPUOS - O Comitê para o Uso Pacífico do Espaço Exterior da ONU, cuja principal função era a criação de regulamentos que regessem as atividades espaciais e extraterrestres. Institui-se, pois, o Direito Espacial Internacional.

José Monserrat Filho (professor de Direito Espacial, vice-presidente da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial -SBDA, membro da diretoria do Instituto Internacional de Direito Espacial e membro do Comitê Espacial da International Law Association) é o referencial de excelência jurídica quando o assunto é Direito Espacial e,em 1997, publicou um artigo denominado “Introdução ao Direito Espacial”, ocasião em que denominou o Direito Espacial Internacional como:

> O ramo do Direito Internacional Público que regula as atividades dos Estados, de suas empresas públicas e privadas, bem como das organizações internacionais intergovernamentais, na exploração e uso do espaço exterior, e estabelece o regime jurídico do espaço exterior e dos corpos celestes. (Filho, 1997)

Nove anos após o primeiro lançamento de um satélite artificial, em dezembro de 1966,foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU o primeiro tratado que versa sobre Direito Espacial: o Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes.

Esse tratado possui caráter primordial, uma vez que é um dos cinco instrumentos fundamentais do Direito Espacial Internacional cujo texto legal tem cunho de fonte de Direito, juntamente com Acordo sobre Salvamento de Astronautas e Restituição de Astronautas e Objetos lançados ao Espaço Cósmico, Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, Convenção sobre Registro de Objetos lançados ao Espaço Cósmico e o Acordo sobre as Atividades dos Estados na Lua e nos Corpos Celestes. Os dois últimos não foram assinados pelo Brasil. (FILHO, 1997)

Inicialmente, apenas os Estados eram autorizados a lançar objetos à órbita da Terra, levando em conta a exegese dos tratados e convenções. Porém, ao longo do tempo, as organizações intergovernamentais internacionais adquiriram a possibilidade de efetuar lançamentos também e, em meados de 1980, quando as empresas privadas ganharam força neste seguimento econômico,tornou-se possível autorização para que lançassem objetos à orbita, mediante o preenchimento de uma série de requisitos.

Os lançamentos espaciais são feitos normalmente por duas formas: por ônibus espaciais, considerada uma das formas mais dispendiosas, ou por foguetes não recuperáveis, ou seja, aquele que desacopla os seus estágios quando atingem determinadas alturas e impulsionam os estágios restantes. Este último é considerado por muitos o meio mais próspero para desempenhar essa função.

Em 08 de julho de 2000, o foguete russo Proton-K foi lançado da base de Baïkonour no Cazaquistão, em que a missão era originalmente enviar um homem a fim de colocar a bandeira vermelha na Lua. O fato inusitado do ocorrido foi o lançamento do foguete com um imenso logo da rede americana de *fast-food* Pizza Hut. Esse golpe publicitário teve o objetivo de globalizar a marca e, claro, atrair clientes, o que conquistou com grande êxito, por se tratar de transmissão ao vivo e de repercussão mundial. (BBC Brasil, 2000)

Desde1957 até os dias atuais são lançados diversos tipos de objetos na órbita da Terra, como satélites, foguetes, aeronaves, espaçonaves, dentre outras coisas. Em vista disso, o espaço tornou-se um local comercial em que principalmente empresas privadas usufruem de benefícios econômicos.

Existem sete tipos diferentes de satélites, os quais desempenham funções primordiais para nossa sociedade, tais como possibilitar a geolocalização de objetos, a comunicação através de telefones, a transmissão de informações meteorológicas, a possibilidade do uso da internet e da realização de estudos científicos diversos, entretanto, gradativamente estamos acumulando objetos artificiais na órbita terrestre.

A vida útil de um satélite é consideravelmente pequena, uma vez que, desde o seu lançamento, são expostos à pressão gravitacional e a variações de temperaturas em larga escala, além de que é necessária tecnologia avançada e manutenção para seu ideal funcionamento. Nesse sentido, lançar um satélite à órbita da Terra é invariavelmente arriscado, pois sempre se deve calcular a possibilidade de insucesso e, além disso, é preciso deixá-lo em altitude previamente determinada, levando em conta a sua função, caso contrário, cairá na Terra ou se perderá no cosmos. (INPE, 2010?)

Devido às inúmeras dificuldades apresentadas, muitos satélites são desligados e substituídos por outros mais modernos, no entanto, os satélites descartados muitas vezes são esquecidos e deixados orbitando sem rumo e sem função. A opção lógica seria a remoção do objeto e o transporte dele para a Terra, contudo essa alternativa é raramente escolhida, pois, para tal, necessário seria investir uma monta econômica expressiva, o que se torna inviável.

Tendo em vista o rumo que se tomou quanto ao uso do Espaço, especialmente no tocante à exploração econômica, é precípuo perguntar-se: o meio ambiente restringe-se ao planeta Terra? A atmosfera deve ser regulada pelo Direito Ambiental? Uma vez que não se pode delimitar a extensão do espaço, é possível limitar a extensão do meio ambiente?

Direito Espacial é um ramo extremamente novo, considerado desde a primeira

tese formulada pelo belga Emile Laude em 1910, a qual criticou o Direito Aeronáutico e defendeu que o Direito Espacial regularia as relações jurídicas referentes uso das áreas de altitude superior a da atual aeronáutica alcançando o espaço. Assim, desse período até os dias atuais passaram-se apenas 109 anos de existência, o que demonstra ser um campo de estudo recente.

Em vista disso, há grandes dúvidas que precisam ser debatidas e há um número ínfimo de pesquisas jurídicas feitas por pesquisadores não atrelados aos institutos espaciais.

O meio ambiente deve ser entendido de maneira extensiva, abrangendo os mares, as florestas, os animais, os humanos, a atmosfera terrestre e também o que extrapola os limites terrestres. É dever do ser humano a preservação do meio ambiente para gerações atuais e futuras, portanto somos inteiramente responsáveis pela poluição que causamos, mesmo em lugares que ainda desconhecemos, e o fato de poluir locais como a atmosfera, ou além dos limites dela, não descaracteriza a imputação de responsabilidade.

Contudo, a corrente majoritária acredita que a limpeza espacial tornou-se inviável devido ao alto custo necessário. Dessa forma, adota-se a opção de programar os satélites que serão desativados para seguir caminho no Espaço Sideral, a fim de minimizar as chances dele atingir a Terra ou causar prejuízo a outro objeto artificial.

> A tecnologia ainda não conseguiu produzir um equipamento capaz de recolher o lixo espacial. A única solução plausível até o momento é direcionar os satélites para as chamadas órbitas-cemitério, o que seria basicamente programar um satélite para seguir uma rota orbital distante da Terra, assim que seu tempo útil se esgotasse. (ALMEIDA, 2016?)

O jurista polonês Manfred Lachs, que foi presidente da Corte Internacional de Justiça e membro do Comitê para o Uso Pacífico do Espaço Cósmico, alegou em um artigo publicado no jornal francês *Le Monde* em 1998:"(...)é preciso ter cuidado para não se deixar ofuscar pelos avanços tecnológicos e negligenciar as exigências e o potencial de uma ordem jurídica mundial adequada*"* (LACHS, 1989,p. 54,).

A advogada Carla Fabiana Melo Martins, em 2014, foi homenageada em Roma e recebeu o prêmio de excelência jurídica pela obra intitulada ''Meio Ambiente Espacial com enfoque jurídico''. Em entrevista para a revista Consulex ela elucida o seguinte:

> Não obstante as normas criadas pelos homens com intuito de regulamentar o convívio em sociedade, devemos ter claro que tudo à nossa volta está disponível para nosso próprio uso, porém com respeito e sabedoria, para que os recursos naturais sejam somente extraídos e explorados à medida da necessidade humana, afastando a ganância pelo poder e desperdícios que muitas vezes não são passíveis de reparação, resultando em danos à vida. Isso vale para Terra e vale para o espaço.
>
> O Universo, ou seja, o meio ambiente espacial é composto por inúmeros planetas, berços de estrelas, Lua, Sol, entre outras maravilhas naturais que, embora sejam ou não de conhecimento e acesso de todos, compõem o meio

> ambiente extraterrestre, ou meio ambiente espacial, ou espaço exterior, ou simplesmente espaço. Trata-se, portanto, de um meio natural e quase intacto das ações humanas, que traz em todas as suas dimensões muitos mistérios ainda não revelados aos seres humanos e, sem embargo, deve ser respeitado para que, com a maior cautela e precaução, possa ser explorado. (CONSULEX, 2013)

O meio ambiente saudável para a atual e para as futuras gerações é uma das grandes preocupações da humanidade. No entanto, devido a tudo que a tecnologia e as pesquisas inovadoras nos proporcionam e, principalmente,em razão dos meios usados para desenvolvê-las, os quais visam, muitas vezes, apenas o benefício econômico, criou-se a preocupação sobre o meio ambiente no Espaço Sideral.

Salienta-seque não cabe valoração de mérito quanto à exploração do Espaço para fins comerciais, científicos ou militares. O problema encontra-se no acúmulo de lixo espacial, uma vez que, devido à nossa inércia ou escolha, deixamos diversos objetos na órbita terrestre ou além dela, criando, desse modo, grandes quantidades de lixo espacial. Devido a essas atitudes, estamos transformando o Espaço em um gigantesco depósito de lixo e, em vista disso, o acúmulo de detritos na crosta espacial terrestre cria um ambiente propício a colisões, as quais, consequentemente, causam a destruição de muitos objetos ativos ou inativos na atmosfera.

3 I DOS DETRITOS ESPACIAIS E O EFEITO KESSLER

O lixo espacial compreende uma gama de objetos variados, os quais vão de satélites desativados até pedaços ou flocos de tinta soltos no espaço. O Instituto Nacional de Pesquisas espaciais caracteriza-os como:

> (...) objetos criados pelos humanos e que se encontram em órbita ao redor da Terra, mas que não desempenham mais nenhuma função útil, como, por exemplo, as diversas partes e dejetos de naves espaciais deixados para trás quando do seu lançamento. Tanto podem ser peças pequenas, como ferramentas e luvas — a exemplo de uma perdida por Neil Armstrong na missão Gemini VIII em 1966 — ou estágios de foguetes e satélites desativados que congestionam o espaço em volta da Terra — como exemplo, os antigos satélites soviéticos RORSAT — e que causam risco de acidentes graves, tanto em órbita (pelo risco de possíveis colisões), quanto numa possível reentrada de tais detritos na atmosfera terrestre. Os detritos espaciais tornaram-se uma crescente preocupação nos últimos anos pelo fato de que colisões na velocidade orbital podem ser altamente danosas ao funcionamento de satélites, pondo também em risco astronautas em atividades extraveiculares. (INPE, 2010?)

O acúmulo de detritos espaciais cresce de maneira incontrolável e quase imprevisível. Assim, há poluição sempre que alguma empresa, entidade ou Estado lança objetos ao Espaço por meio de foguetes não recuperáveis, pois os estágios afundam no mar ou perdem-se no espaço. Ainda, ocorre a poluição quando não resgatam o satélite na órbita espacial depois de seu uso ou depois de trocá-lo por outro mais desenvolvido.

Essas peças, também chamadas detritos espaciais, ficam propensas a colidir com outros objetos que gravitam na órbita da Terra. Segundo as pesquisas da *National*

Aeronautics and Space Administration – NASA, todos os objetos que gravitam na Terra possuem tamanhos e velocidades diferentes, podendo alguns alcançarem a velocidade de até 18,000 mph. (NASA, 2009?).

No ano de 1978,Donald J. Kessler elaborou em conjunto com Burton Cour-Palais, a teoria "*Collision Frequencyof Artificial Satellites: The Creationof a Debris Belt"* que comumente chamamos de Síndrome de Kessler, a qual previa a possibilidade da reação em cadeia de colisões de objetos espaciais. A cada colisão será formada uma nuvem de detritos que permanece rodeando a Terra em grande velocidade, a qual pode ou não permanecer unida,assumindo, assim,imensa probabilidade de chocar-se com outros objetos, formando novas nuvens, num interminável efeito cascata. (KESSLER; COUR-PALAIS, 1978)

Devido ao fato de que raros são os objetos que adentram à Terra e chegam ao solo terrestre causando danos em propriedades e de que, mais raro ainda, são os que causam lesões em pessoas, pouco se expõe sobre o tema.

Normalmente quando um objeto adentra à atmosfera terrestre, ele entra em combustão devido a fatores como a força gravitacional e o atrito do ar, razão pela qual se dissolve muito antes de chegar ao solo.

Durante a sétima missão do ônibus espacial Challenger, em 1983,quando o ônibus chegou ao Espaço, um dos astronautas percebeu uma pequena rachadura na janela da nave. Posteriormente foi descoberto que um pequeno floco de tinta que orbitava o espaço havia causado o prejuízo. (UFO, 2007)

A colisão intencional entre satélites foi uma alternativa usada por pouco tempo em meados do século passado, ao passo que a primeira colisão acidental entre dois satélites artificiais ocorreu em fevereiro de 2009 com Iridium 33 e Kosmos-2251. Ambos acabaram destruídos e provocaram, aproximadamente, mais de 2.000 pedaços, segundo infográfico da NASA. (NASA, 2009?)

O Brasil já foi o destino de um detrito caído do espaço, em fevereiro de 2012 na cidade de Anapurus, no estado do Maranhão,quando moradores observaram um objeto metálico caindo do céu, o qual atingiu algumas árvores no local. A esfera possuía cerca de 30 quilos e 1 metro de diâmetro e se tratava de parte de um foguete francês catalogado como Ariane 4. (GAMA, 2012)

Ainda, destaca-se o caso envolvendo Lottie Williams, a única pessoa na história da humanidade que,em janeiro de 1997, em Tulsa, no estado americano de Oklahoma,foi atingida por um detrito espacial,que não lhe causou nenhum dano. Posteriormente o objeto foi levado para análise, a partir da qual se descobriu que o resíduo fazia parte do tanque de combustível do foguete Delta II. (FOX NEWS, 2011)

Nessa situações, ou seja, sempre que um objeto pertencente ao lixo espacial vier a colidir com a Terra e causar dano a outrem, o Estado lançador arcará com a responsabilidade total perante futura indenização.Essa determinação foi instituída pela Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, ratificado pelo Brasil mediante o Decreto nº 71.981/73, cujo Art.

2º assim dispõe:"Um Estado lançador será responsável absoluto pelo pagamento de indenização por danos causados por seus objetos espaciais na superfície da Terra ou a aeronaves em voo".(BRASIL, 1973)

Embora haja referida previsão normativa, o panorama geral torna-se cada vez mais preocupante, pois, se continuarmos a depositar na atmosfera objetos sem função, eles se tornarão lixo espacial e ficarão sujeitos às forças imprevisíveis e destrutivas do espaço. Nesse sentido, devido à teoria de Kessler, o lixo ali presente só tende a se multiplicar e, no momento em que adotamos uma postura inerte ou omissiva, cria-se um problema de dimensões tais que futuramente será impossível reverter.

Na pior das hipóteses, afora o problema do abandono constante de objetos e a não retirada deles do Espaço, a humanidade ficará segregada no planeta Terra, uma vez que não existirão rotas seguras para o Espaço, e todo lançamento de foguetes ou satélites ficará prejudicado, pois, quando atingir a órbita, assumirão grande probabilidade de serem atingidos por detritos espaciais.

Nesse cenário, as missões espaciais restarão prejudicadas, assim como restará prejudicado todo o meio de comodidades que conhecemos na nossa sociedade, tais como o uso de redes de telecomunicações, os estudos meteorológicos e o acesso à internet, os quais estarão sujeitos a extinção.

Assim, tendo em vista que a Terra está sendo poluída diariamente e em grandes quantidades, a poluição tornou-se assunto de interesse global. Por essa razão, é medida para proteger o nosso meio ambiente, assegurando a nossa sobrevivência e a das futuras gerações, a busca por alternativas sustentáveis de desenvolvimento, juntamente com fontes de energia limpas e com formas adequadas de sua implantação.

A poluição dos rios e mares, a devastação de campos e florestas, a baixa qualidade do ar, a extinção de diversas espécies de animais são exemplos de problemas que enfrentamos hoje. A procura desenfreada por ganho de capital explorando os escassos recursos naturais existentes no planeta chegou a tal ponto que a poluição excede os limites do planeta Terra e,não bastasse isso, ela tem grande capacidade de multiplicar-se, o que justifica a necessidade de estudo e desenvolvimento do Direito Ambiental Espacial.

O Direito Ambiental Espacial possui como fonte do direito não somente os tratados e convenções que regulam as atividades extraterrestres, mas também toda a legislação ambiental e a legislação espacial vigente. A respeito da normatização desse assunto, destaca-se o Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celeste, em seu artigo 9º*:*

> No que concerne à exploração e ao uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, os Estados-Partes do Tratado deverão fundamentar-se sobre os princípios da cooperação e de assistência mútua e exercerão as

> suas atividades no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, levando devidamente em conta os interesses correspondentes dos demais Estados-Partes do Tratado. Os Estados-Partes do Tratado farão o estudo do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, e procederão à exploração de maneira a evitar os efeitos prejudiciais de sua contaminação, assim como as modificações nocivas no meio ambiente da Terra, resultantes da introdução de substâncias extraterrestres, e, quando necessário, tomarão as medidas apropriadas para este fim. (ONU, 1966)

A Declaração Rio de 1992 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em seu princípio 2º estabelece que:

> Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e de desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional. (ONU, 1992)

No Direito, os princípios são de suma importância, pois eles proporcionam a base do ordenamento jurídico, além de apontar a direção a escolher em ocasiões de posições conflitantes. Nesse sentido, o Direito Ambiental não é a exceção, já que seu amplo leque de princípios norteia as atividades humanas no intuito de proteger o meio ambiente. Portanto, não há limitação do meio ambiente, uma vez que ele tem caráter trans-hereditário e transindividual, porque não pertence a nenhuma geração passada ou presente, ele é um bem que podemos usufruir, porém de maneira cautelosa para não o esgotarmos, nem mesmo extingui-lo.

O princípio da prevenção talvez seja o que melhor consegue expor a ideia de cautela com o meio ambiente. Milaré doutrina que “precaução é substantivo do verbo precaver-se (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha resultar em efeitos indesejáveis”.(MILARÉ, 2004, p. 144)

O princípio 15 da Declaração Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 proclamou:

> Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (ONU, 1992)

Logo, o princípio da precaução é fundamental para a proteção do meio ambiente, devendo ser respeitado de forma ativa por todos os Estados, Órgãos internacionais, empresas privadas, bem como por toda a humanidade.

Não há, então, hierarquia no Espaço. O cosmos pertence a todos os países, conjuntamente, e todos devem colaborar de maneira pacífica para o desenvolvimento humano e global da sociedade. Porém, na Terra, países como a China, EUA e Rússia possuem maior poder econômico e tecnológico e, consequentemente, assumem papel regulador em vários órgãos internacionais.

Percebe-se, então, que a poluição sideral cresce consideravelmente, o que é algo alarmante, pois estamos poluindo não só o único lugar em que vivemos, mas também os lugares que ainda estamos descobrindo. Por essa razão, muitos Estados tentam discutir e criar medidas para a remoção ou para a destruição do lixo espacial, mas devido aos custos extremamente elevados para tanto, a maioria dessas alternativas são descartadas pelos países, os quais acreditam que o mero deslocamento do satélite para órbitas cemitério, ou seja, lugares onde não podem vir a causar dano à Terra, é suficiente para lidar com este problema.

Segundo a BBC Brasil, em uma entrevista em 2014 como diretor executivo da empresa Australiana ElectroOptic Systems (EOS), Ben Greene, a solução, mesmo que momentânea para o problema do lixo espacial, pode ser resolvida utilizando raios lasers para desviar ou destruir os detritos espaciais, todavia essa tecnologia só estará disponível nas próximas décadas. (BBC Brasil, 2014)

O nano satélite *CleanSpaceOne* é um projeto da École *Polytechnique Fédérale de Lausanne* (EPFL) na Suíça, que objetiva capturar pequenos detritos espaciais e lançá-los à Terra, afim de que, ao alcançar a atmosfera, entrem em combustão e se desintegrem. (EPFL, 2015?)

Esses são os projetos mais recentes e promissores que foram criados para resolver o problema do lixo espacial ou para impedir seu crescimento, o que indica que unidos podem realmente conter o problema. Percebe-se, ainda, que a intenção dos projetos referidos não é simplesmente afastar o objeto para um local que não venha a produzir efeitos danosos na Terra, porque essa alternativa polui o cosmos e, mesmo que esses projetos sejam apenas versões betas, objetivam solucionar o problema da forma mais limpa e respeitosa possível.

4 | CONCLUSÃO

A criação de mecanismos tecnológicos no século passado proporcionou o início da Era Espacial, a partir do lançamento do primeiro satélite artificial à órbita terrestre, Sputinik I, bem como permitiu a criação e a regulamentação de um novo Direito, o Direito Espacial. O Espaço foi adquirindo, paulatinamente, caráter econômico e comercial, com o lançamento de diversos objetos à órbita da Terra, principalmente através de satélites.

Os satélites não possuem grande vida útil, uma vez que sofrem com mudanças abruptas de temperatura e o mínimo problema é capaz de inutilizá-los. Ocorre que se exigem muitos gastos para projetar o lançamento de um satélite ao Espaço e um quantum muito maior para retirá-lo da atmosfera. Além disso, muitas empresas necessitam do perfeito funcionamento do satélite e, quando ele se torna inútil ou ultrapassado, a solução é simplesmente o seu desligamento e ou o lançamento de outro satélite mais desenvolvido, deixando o antecessor vagando pelo Espaço ou pela atmosfera terrestre.

Esse procedimento é comumente adotado por muitos órgãos, entes e empresas que possuem a possibilidade de lançar objetos à atmosfera. Percebe-se,então, que começamos a poluir não só o planeta Terra, mas também a sua atmosfera e o seu redor. A solução atualmente utilizada é a programação do satélite para avançar até um ponto que não venham a causar danos à Terra.

A poluição extraterrestre alcançou tamanha proporção que os objetos que gravitam na atmosfera começaram a chocar-se e a cada colisão forma-se uma nuvem de destroços a qual está propensa a atingir outros objetos, numa reação em cadeia, fenômeno esse chamado de Síndrome de Kessler.

A omissão das empresas ou dos órgãos para a retirada de satélites, o descuido dos astronautas com objetos deixados no Espaço durante alguma missão, e estágios de foguetes não recuperáveis são exemplos das causas da poluição sideral, o que gera o crescimento potencial da concretização da tese de Kessler e o prejuízo ao meio ambiente sideral.

Por certo, todos somos responsáveis pela preservação e conservação do meio ambiente e da natureza, responsabilidade esse que se refere também ao meio ambiente espacial e, por conseguinte, devemos orientar-nos além dos limites da Terra pelas mesmas normas que regem o Direito Ambiental. Portanto, a responsabilidade pela poluição sideral que causamos não deve ser esquecida ou relativizada, já que ela causa os mesmos danos e afronta o meio ambiente saudável, independente de ser na Terra ou além dos limites dela.

Infelizmente não estamos perto de uma solução definitiva para o problema do lixo espacial, entretanto novas ideias são criadas e projetadas. Ideias, mesmo que temporárias, para que, da maneira mais limpa e ecologicamente correta, possa acabar com o lixo espacial em torno da Terra e, posteriormente, onde mais houver lixo espacial.

Por fim, tem-se que, pelo fato de a limpeza espacial ter se tornado extremamente dispendiosa e economicamente inviável para alguns órgãos, entese empresas, estes optam por deixar seus objetos na órbita, o que, eventualmente, pode causa danos de difícil reparação tanto imediata quanto futuramente.Todavia, mesmo diante desse contexto, a preservação do meio ambiente, seja ele espacial ou terrestre, é possível e realizável. Para tanto, existem normas que preveem condutas coercitivas e debates pelo subcomitê jurídico do COPUOS que podem ajudar a melhorar a situação atual, mas a efetiva mudança ocorrerá quando adotarmos uma postura de preservação e conservação de todo o ambiente que nos rodeia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Regis Rodrigues de. **Lixo Espacial**; *Brasil Escola*. 2016? Disponível em <https://brasilescola.uol.com.br/geografia/lixo-espacial.htm >

BBC Brasil, **Australianos planejam uso de laser para limpar lixo espacial,** 2014, disponível em, <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141104_laser_lixo_espacial_cq> acesso em 01/05/2019;

BBC Brasil, **Rússia lança foguete com propaganda da Pizza Hut** 2000, disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/omundohoje/omh00071117.htm>acesso em 02/05/2019;

BITTENCOURT, Olavo O. N. **Direito Espacial Contemporâneo**: Responsabilidade Internacional. Curitiba: Juruá, 2011;

BRASIL, 1973, Decreto nº 71.981/73 Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais

CONSULEX Revista Jurídica, ANO XVII, nº 402, **Meio ambiente espacial um enfoque jurídico**, disponível em <http://www.flamaflorestal.com.br/consulex_402_entrevista.pdf> acesso em 01/05/2019

DIEDERIKS-VERSCHOOR, I. H. Ph., **An Introduction to Space Law,** The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International, 1999, p. 1;

EPFL - **École polytechnique fédérale de Lausanne. CleanSpaceOne**, 2015? disponível em: http://espace.epfl.ch/CleanSpaceOne_1acesso em 13/05/2019

FILHO, José Monserrat, **Introdução ao Direito Espacial** Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial (SBDA), 1997;

FILHO, José Monserrat, **Direito e Política na Era Espacial: Podemos ser mais justos no espaço do que na Terra?**Rio de Janeiro: Vieira &Lent, 2007;

FOX NEWS, **Woman hit by space junk, lives to tell the tale,** 2011, disponívelem<http://www.foxnews.com/tech/2011/09/21/woman-gets-hit-by-space-junk-lives-to-tell-tale.html>acessoem 12/05/2019;

FUENZALIDA, Rafael Velenzuela, **El derecho Del entorno y su enseñanza,** Revista de derecho de La Universidad Católica de Valparaíso vol I, p. 224. 1997;

GAMA, Alliny. ESFERA **que caiu do céu no Maranhão deve ser resto de foguete francês; moradores estão assustados**– UOL, 2012 disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/02/24/cientistas-vao-investigar-queda-de-lixo-espacial-ocorrida-em-anapurus-ma-moradores-estao-assustados.htm>, acesso em 05/05/2019;

INPE - Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, 2010? Perguntas Frequentes, Disponível em <http://www.inpe.br/faq/index.php?pai=4> acesso em 13/05/2019

LACHS, Manfred. **Le Monde de la Pensée en Droit International** - Therories et Pratique, Paris: Économica, 1989, p. 54;<http://www.persee.fr/doc/polit_0032-342x_1989_num_54_2_3861_t1_0321_0000_3> Acesso em 02/05/2019

LAUDE, Emile, ***Un droit nouveau régira les relations juridiques nouvelles. Cela neserá plus dudroit aérein, mais, a coupsûr, ils'ag it du droit de l'space***, *Revue Juridique de la Locomotion Aérienne*. 1910;

MARTINS, Carla Fabiana Melo, **Direito Ambiental Espacial com enfoque jurídico**, Letras Jurídicas, 2011;

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente:** doutrina, jurisprudência, prática, glossário. 3ª ed. rev. Atual São Paulo: RT, 2004

ONU, 1992, **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**

ONU, 1966, **Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes**.

VALLADÃO, Haroldo, **Direito Interplanetário e Direito Inter Gentes Planetárias**, in Paz, Direito, Técnica, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1957. p. 400**;**

KESSLER; COUR-PALAIS, Donald J; Burton, 1978, **Collision Frequency of Artificial Satellites: The Creation of a DebrisBelt,** disponível em <http://webpages.charter.net/dkessler/files/Collision%20Frequency.pdf>, acesso em 05/05/2019

NASA – National Aeronautics and Space Administration - WASTE in space, 2009? Disponível em <http://www.jpl.nasa.gov/infographics/infographic.view.php?id=10929> acesso em 13/05/2019;

UFO, Revista. Lixo espacial em alta velocidade pode se tornar mortal, 2007,disponível em <http://www.ufo.com.br/noticias/lixo-espacial-em-alta-velocidade-pode-se-tornar-mortal/>, acesso em 10/05/2019;

CAPÍTULO 19

POLUIÇÃO ATMOSFÉRICA, SAÚDE HUMANA E MITIGAÇÃO POR COBERTURAS VEGETADAS OU TELHADOS VERDES

Rosilma Menezes Roldan
Pesquisadora. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". Mestranda em Direito da Saúde (Universidade Santa Cecília). Membro do Projeto Respirando Vida (Universidade Santa Cecília). Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direito da Saúde da OAB/Santos-SP. Especialista em Direito Penal e Direito Público (ESMPESP). Instituição de origem: Universidade Santa Cecília. Instituição financiadora: CAPES. E-mail: rosilmaroldan@gmail.com

Fernando Reverendo Vidal Akaoui
Professor Permanente e Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Núcleo de Estudos sobre o Meio Ambiente". Promotor de Justiça. Conselheiro do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Conselheiro do Fundo de Interesses Difusos e Coletivos do Estado de São Paulo – FID. Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos (PUC-SP). Instituição de origem: Universidade Santa Cecília. E-mail: fernandoakaoui@unisanta.br

Marcelo Lamy
Professor Permanente e Vice Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas da Universidade Santa Cecília. Coordenador do Projeto Respirando Vida (Universidade Santa Cecília). Advogado. Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Mestre em Direito Administrativo (USP). Bacharel em Direito (UFPR). Instituição de origem: Universidade Santa Cecília. E-mail: marcelolamy@unisanta.br

RESUMO: O Projeto Respirando Vida, criado e desenvolvido por pesquisadores da Universidade Santa Cecília, em Santos (SP), tem, como foco, a mitigação da poluição atmosférica da região, cujos índices atingem, desde 2012, 80% acima do nível seguro para a saúde humana. Inserido nesse projeto, este trabalho baseia-se em pesquisa realizada por revisão bibliográfica, sobre relação da poluição atmosférica com ocorrência de várias doenças e mortalidade precoce. A poluição atmosférica foi responsável pela morte de milhões de pessoas, no mundo, tendo aumentado mais de 150%, em uma década (2001 – 800 mil/2011- 2 milhões). A exposição crônica à poluição atmosférica, associada ao aumento da morbimortalidade por doenças respiratórias, foi demonstrada em inúmeras publicações científicas. O aumento de 10 $\mu g/m^3$ de um desses poluentes, o material particulado, $MP_{10,}$ está associado ao aumento de 5% na mortalidade pós-natal, por todas as causas, e de 22%, na mortalidade por doenças respiratórias. Entre os recém-nascidos, 4,6% apresentaram menos de 2.500 g, ao nascer

(MEDEIROS; GOUVEIA, 2005); o aumento de 100 $\mu g/m^3$ de MP_{10} está associado ao aumento de 13% da mortalidade global (SALDIVA et al., 1995). A mitigação dos efeitos da poluição atmosférica leva à regressão dessas doenças (WHO, 2016). Faz-se uma revisão dos dados de poluição atmosférica da cidade e benefícios estimados para Coberturas Vegetadas ou Telhados Verdes.
PALAVRAS-CHAVE: poluição atmosférica; meios de mitigação da poluição; saúde pública; coberturas vegetadas; telhados verdes.

ATMOSPHERIC POLLUTION, HUMAN HEALTH AND MITIGATION BY VEGETATED COVERINGS OR GREEN ROOFS

ABSTRACT: The Respirando Vida Project, created and developed by researchers at the Santa Cecília University in Santos (SP), has as focus mitigation of air pollution in the region, whose rates have been 80% above the safe level human health since 2012. Inserted in this project, this paper is based on a research carried out by a bibliographical review on the relation of atmospheric pollution with the occurrence of several diseases and early mortality. Air pollution was responsible for the deaths of millions of people in the world, having increased more than 150% in a decade (2001 - 800 thousand / 2011 - 2 million). Chronic exposure to air pollution, associated with increased morbidity and mortality from respiratory diseases, has been demonstrated in numerous scientific journals. The increase of 10 µg / m^3 of one of these pollutants, PM^{10}, is associated with a 5% increase in all-cause postnatal mortality and a 22% increase in mortality from respiratory diseases. Among the newborns, 4.6% had less than 2,500 g at birth (MEDEIROS; GOUVEIA, 2005); the increase of 100 µg/m^3 of MP^{10} is associated with a 13% increase in overall mortality (SALDIVA et al., 1995). Mitigating the effects of air pollution leads to the regression of these diseases (WHO, 2016). This is a review of the city's air pollution data and estimated benefits for Vegetal Roofs or Green Roofs.
KEYWORDS: atmospheric pollution; means of mitigation of pollution; public health; urban vegetation; green roofs.

INTRODUÇÃO

A poluição atmosférica é responsável pela morte de milhões de pessoas, no mundo inteiro, todos os anos, tendo aumentado mais de 150%, em apenas uma década (2001 – 800 mil/2011 – 2 milhões).

Os efeitos nocivos, agudos e crônicos, da poluição do ar sobre a saúde humana são reconhecidos: ardor nos olhos, alergias, doenças cardiovasculares e respiratórias, podendo levar até a internação hospitalar. A exposição prolongada à poluição atmosférica aumenta o risco de câncer de pulmão e de morte por causas cardiovasculares e respiratórias (SALDIVA et al., 2016).

Pessoas com baixa faixa etária (fetos ou crianças), idosos, pessoas com baixo

nível socioeconômico, com doenças crônicas ou gestantes são mais suscetíveis a problemas de saúde causados pela poluição do ar. A poluição atmosférica está associada com hipertensão gestacional, baixo peso ao nascer e parto prematuro. O sistema endócrino, cuja deficiência leva à obesidade e à diabetes, e o sistema neurocognitivo são afetados negativamente pela poluição do ar (SALDIVA et al., 2016).

Os prognósticos são de que, se não se tomarem decisões em políticas públicas, visando não só à diminuição das fontes poluidoras, mas principalmente a medidas mitigatórias dos efeitos deletérios da poluição atmosférica, em 2050 ela deverá tornar-se a principal causa ambiental de mortalidade mundial precoce.

A mitigação dos efeitos nocivos da poluição atmosférica leva à regressão de várias doenças (OMS, 2016). Áreas verdes têm a função de filtro de poluentes, tanto para material particulado quanto para gases. Morar próximo a áreas verdes foi associada a maiores taxas de sobrevivência após acidente vascular cerebral isquêmico, a redução de mortalidade não acidental e a efeito protetor para desfechos respiratórios. A ausência de áreas verdes, por outro lado, tem sido associada a um dos fatores determinantes, na ocorrência de transtornos mentais comuns (AMATO-LOURENÇO et al., 2016).

O Projeto Respirando Vida, criado e desenvolvido por um grupo de pesquisadores da Universidade Santa Cecília, em Santos (SP), tem como foco a mitigação da poluição atmosférica da região, principalmente no bairro da Ponta da Praia, próximo ao Porto, cujos índices atingem, desde 2012, 80% acima do nível seguro para a saúde humana.

Inserido nesse Projeto, este trabalho apresenta um panorama amplo do problema da poluição atmosférica e da saúde, para que intervenções, por meio da mitigação da poluição atmosférica, possam, de fato, diminuir os índices da morbimortalidade a ela relacionada, principalmente nas áreas próximas ao Porto de Santos (SP), com ênfase no bairro da Ponta da Praia, que estão, desde 2012, muito acima do que preconiza a Organização Mundial de Saúde como adequados à saúde humana.

METODOLOGIA

Essa pesquisa classifica-se como exploratória, visando a congregar vários aspectos da questão, que se coloca como desafio para a política municipal em Santos (SP): minorar os impactos da poluição atmosférica sobre a saúde de seus cidadãos.

Para a coleta de dados, utilizou-se a pesquisa bibliográfica. Para a análise, buscou-se sintetizar os resultados coincidentes.

Em termos gerais, fez-se uma revisão de dados e de artigos científicos que respondem a três indagações:

1. Qual é a morbidade e mortalidade associadas à poluição atmosférica?

2. Qual é o padrão conhecido de poluição atmosférica na cidade de Santos?
3. Em que medida se conhecem os benefícios da implantação de coberturas vegetadas?

RESULTADOS/DISCUSSÃO

O primeiro resultado a que se chegou, como resposta à primeira indagação, foi a associação entre a exposição crônica à poluição do ar e o aumento da morbimortalidade por doenças respiratórias, como tem sido demonstrada em várias publicações científicas (SALDIVA et al., 1994, 1995; GOMES, 2002; MARTINS et al., 2002a,b, 2006; BAKONYL et al., 2004; SANTOS et al., 2004; MEDEIROS, GOUVEIA, 2005; GIODA, GIODA, 2006; CANÇADO et al., 2006; PEREIRA et al., 2010; ARBEX et al., 2012).

A relação entre os efeitos da poluição do ar e o aumento das doenças respiratórias está associada a fatores como concentração (PEREIRA et al., 2010; GOMES, 2002), composição química (toxicidade) e tempo de exposição (GOMES, 2002).

Diversos poluentes causam grandes prejuízos à saúde:

1. **material particulado** (MP) causa um aumento das infecções respiratórias e o decréscimo da função pulmonar;
2. **ozônio** (O_3) causa ardências nos olhos, nariz e mucosas e dor na inspiração, como também o decréscimo da função pulmonar, um aumento de reatividade das vias aéreas e inflamação pulmonar;
3. **dióxido de enxofre** (SO_2) ataca as mucosas e os alvéolos pulmonares, podendo chegar até a sangramentos, como também um aumento da reatividade das vias aéreas, uma diminuição da função pulmonar e um aumento das infecções respiratórias;
4. **aerossóis ácidos** [os mais comuns são o sulfato (SO_4^-), o bissulfato (HSO_4) e o ácido sulfúrico (H_2SO_4)] causam inflamação do trato respiratório e o decréscimo da função pulmonar;
5. **monóxido de carbono** (CO) causa a diminuição da capacidade de o sangue transportar oxigênio, desvia a curva de dissociação da hemoglobina para a esquerda, que pode levar à hipóxia tecidual;
6. **óxidos de nitrogênio** (NO_x) [óxido nítrico (NO) e do dióxido de nitrogênio (NO_2)] causam irritação nos olhos e nariz, assim também podem provocar enfisema pulmonar e um decréscimo da capacidade para realização de exercícios físicos.

O aumento de 10μg/m^3 de MP_{10} está associado a um aumento de 5% na mortalidade pós-natal, por todas as causas, e em cerca de 22% na mortalidade por doenças respiratórias (LASAÑA et al., apud ARBEX et al., 2012); o aumento de 1 μg/m^3 na concentração de MP_{10} e de 1 ppm de CO está associado à redução de peso ao nascer de 0,6 g e 12 g, respectivamente.

Do total de recém-nascidos, 4,6% apresentaram menos de 2.500 g, ao nascer (MEDEIROS; GOUVEIA, 2005); o aumento de 100 $\mu g/m^3$ de MP_{10} está associado ao aumento de 13% de mortalidade global (SALDIVA et al., 1995).

O segundo resultado, como resposta à segunda indagação, obteve-se a partir das medições da CETESB, nas estações localizadas em dois pontos do município de Santos, no bairro do Boqueirão e no bairro da Ponta da Praia - são os dados sobre a poluição atmosférica, como podemos visualizar, a seguir (Tabela 01):

QUALIDADE DO AR e SAÚDE AMBIENTAL

Medições CETESB nas Estações de Santos – Padrões de Qualidade (internacional, nacional e estadual)

	Estações	Medições CETESB média aritmética anual (µg/m³)					Padrões de Qualidade (µg/m³) OMS	Brasil		São Paulo			
		2012	2013	2014	2015	2016		PP	PS	M1	M2	M3	PF
MP_{10}	Boqueirão	32	29	29	25	19	20	50		40	35	30	20
	Ponta da Praia	44	48	49	38	31							
$MP_{2,5}$	Boqueirão	--	--	--	--	--	10	--		20	17	15	10
	Ponta da Praia	16	19	18	16	15							
SO_2	Boqueirão	--	--	--	--	--	20	80	40	40	30	20	20
	Ponta da Praia	13	10	12	11	10							
NO_2	Boqueirão	37	29	29	27	24	40	100		60	50	45	40
	Ponta da Praia	31	28	28	30	27							
NO	Boqueirão	28	28	22	18	13	--	--	--	--	--	--	--
	Ponta da Praia	28	31	30	25	20	--	--	--	--	--	--	--
NO_X	Boqueirão	42	38	34	29	23	--	--	--	--	--	--	--
	Ponta da Praia	39	40	40	36	31	--	--	--	--	--	--	--
		maior média de 8 horas (µg/m³)						1 hora		8 horas			
O_3	Boqueirão	--	117	128	159	130	100	160		140	130	120	100
	Ponta da Praia	--	117	115	166	121							

Tabela 01

Analisando os dados da tabela 01, considere-se que:

1. as Medições da CETESB foram coletadas nas duas estações, na cidade de Santos, uma no Hospital Guilherme Álvaro, no bairro do Boqueirão, outra na Praça Engenheiro José Rebouças, no bairro da Ponta da Praia, instaladas desde 2012, por meio das quais são monitorados 14 parâmetros de concentração de substâncias e condições atmosféricas, dentre as quais as concentrações de material particulado inalável, expressas em microgramas por metro cúbico de ar (μ/m^3). A estação de medição da Ponta da Praia dista do corredor portuário, entre os armazéns XVII e XVIII, cerca de 650 m. A estação do Boqueirão situa-se a 3,2 km desse mesmo ponto, o que pode explicar os índices bem mais baixos de material particulado, medidos por essa estação, como observados na tabela 01.

2. Os Padrões de Qualidade considerados como adequados para a saúde humana, segundo a Organização Mundial da Saúde/World Health

Organization (OMS/WHO), foram obtidos na publicação da instituição internacional WHO Air quality guidelines for particulate matter, ozone, nitrogen dioxide and sulfur dioxide, de 2005.

3. Os Padrões de Qualidade para o Brasil foram estabelecidos pela Resolução CONAMA n. º 3, de 28 de junho de 1990, que divide os padrões de qualidade em dois: primários e secundários. Padrões Primários de Qualidade do Ar (PP) são as concentrações de poluentes que, quando ultrapassadas, podem afetar a saúde humana. Padrões Secundários de Qualidade do Ar (PS) são as concentrações de poluentes abaixo das quais prevê-se o mínimo efeito adverso sobre o bem-estar da população, o mínimo dano à fauna, à flora, aos materiais e ao meio ambiente.

4. Os Padrões de Qualidade para o Estado de São Paulo foram estabelecidos pelo Decreto Estadual n° 59.113, de 23 de abril de 2013, que também criou metas intermediárias (M1, M2, M3) e um padrão final (PF). A primeira meta intermediária (M1) é o padrão obrigatório a ser seguido, desde a edição do decreto.

O terceiro resultado, como resposta à terceira indagação, obteve-se, nesse trabalho, por meio de um estudo exploratório sobre os benefícios estimados para o meio de mitigação da poluição atmosférica denominado Telhados Verdes ou Coberturas Vegetadas.

Telhados verdes são "...qualquer espaço plantado aberto, objetivando o prazer humano ou benefícios ambientais, que é separado da terra por uma edificação ou outra estrutura" (OSMUNDSON, 1999 *apud* SILVA, 2016). Vêm sendo, cada vez mais, utilizados no mundo, como forma de mitigação dos efeitos nocivos decorrentes da urbanização (poluição atmosférica, ilhas de calor, isolante térmico de moradias). Esses telhados podem influir, positivamente, nos ecossistemas das cidades, com reflexo no meio ambiente, social e ecológico (PECK & WIEDITZ, 2003; OBERNDORFER et al., 2007; TAN & SIA, 2009 *apud* SILVA, 2016).

Silva (2016) relata alguns benefícios dos telhados verdes ao ecossistema:

> (...) Redução da poluição do ar (VAN RENTERGHEM & BOTTELDOOREN, 2008; YANG et al., 2008; GETTER et al., 2009; ROWE, 2011) através tanto da absorção de poluentes gasosos (e.g., NO2, O3 e SO2 por estômatos com reação no interior das folhas (BALDOCCHI et al., 1987; CURRIE & BASS, 2008)) quanto pela adsorção de partículas em suspensão pelas superfícies vegetais (BIDWELL & FRAZER, 1972; CURRIE & BASS, 2008), refletindo-se secundariamente em outras vantagens de ordem financeira como reduções em gastos com saúde pública (CURRIE & BASS, 2008).
>
> Sequestro de CO2 (GETTER et al., 2009), cuja concentração em ambientes urbanos pode girar em torno de 600ppm (IDSO et al., 1998), quando o normal na atmosfera atual é de 380ppm; (...)

O teto verde consiste numa técnica por meio da qual se cultivam vários tipos de vegetação sobre fachadas, paredes, muros, coberturas, ou seja, qualquer superfície. Essa técnica já era utilizada há muitos séculos, e pode utilizar jardim ou grama, no lugar das lajes ou telhas tradicionais (FERREIRA, 2007). Minke (2005, *apud* COSTA

et al. 2012) destaca que o telhado ou teto verde são feitos com uma camada superior de solo, uma camada com a vegetação escolhida e uma subcamada inferior drenante, que se apoia na laje, enfatizando a necessidade da impermeabilização entre ambas.

As coberturas verdes podem recompor a vegetação anterior, recuperando suas propriedades originais. Essa tecnologia é aplicada nas coberturas das edificações, onde são colocadas camadas de vegetação, substrato, drenagem e impermeabilização, numa tentativa de similaridade com a superfície de solo vegetado.

As coberturas verdes podem ser consideradas como uma forma viável e funcional de recuperação real da vegetação do solo prejudicada com a construção do edifício (GARRIDO NETO, 2012).

Garrido Neto (2012) considera que os benefícios dos telhados verdes podem ser divididos em públicos e privados. Segundo o autor, as vantagens públicas das coberturas vegetadas seriam que elas podem vir a tornar-se o habitat natural para animais e plantas, um verdadeiro canteiro de biodiversidade, aliado ao fato de que retêm as águas pluviais, reduzem a poeira, o material particulado e a poluição atmosférica, mitigam os efeitos das chamadas “ilhas de calor” urbanas, e podem ser utilizadas, dentro do espaço urbano, como um refúgio natural e como lazer. As vantagens privadas podem relacionar-se com a maior duração de sua vida útil, como cobertura, com a diminuição da poluição sonora e atmosférica, com o maior conforto térmico, com uma melhor qualidade de vida, ligada ao lazer, sossego, direito ao repouso e ao silêncio.

Atualmente, as coberturas vegetadas ou tetos verdes, além de serem alternativa mitigatória da poluição atmosférica, estão se tornando diferencial de marketing, na comercialização de imóveis que apostaram nessas opções (ROSSETI et al., 2013).

Fatores como isolamento térmico (50% a 80% de redução da temperatura da superfície do telhado e do fluxo de calor gerado pelo telhado) e a consequente redução com gastos de energia (9,5% a 19,5% - pico: 46,9% a 78,9%); isolamento acústico (5 a 6 Db no entorno), permitindo o sossego e a privacidade; um contato mais próximo com a natureza, raridade nos grandes centros urbanos, com a diminuição do estresse; tetos verdes, como filtros de ar (redução da poluição atmosférica – 100m^2 = 20 kg MP/ano; 21% de NOx; 37% de SO^2; são levados em conta e valorizam o imóvel que mantém coberturas vegetadas ou tetos verdes (ROSSETI et al., 2013).

Além dos fatores mencionados, os telhados vegetados provocam diferentes impactos, em relação ao telhado convencional, como:

1. Redução das ilhas de calor (5% da área = 0,5ºC a 2ºC).
2. Redução do impacto das águas das chuvas (48%).
3. Preservação da flora e da fauna (ROSSETI et al., 2013).

Cultura que já é muito conhecida no mundo inteiro, há muitas décadas, com ênfase na Alemanha, que desenvolveu a tecnologia desde os anos 70, no Brasil inicia-se, com a cada vez maior preocupação com as mudanças climáticas e com

a poluição atmosférica crescente, um movimento voltado à mitigação dos efeitos da poluição e suas consequências nefastas para a saúde humana, com foco nas coberturas vegetadas, também conhecidas como telhados vegetados, telhados verdes ou telhados ecológicos (ROSSETI et al., 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há evidências seguras de que a poluição atmosférica agrava a morbimortalidade relacionada às doenças respiratórias e circulatórias. As medições locais de alguns poluentes apontam que a cidade de Santos (SP) possui um grau de poluição atmosférica superior ao que a literatura identificou como seguro. É possível supor, portanto, que a saúde dos (moradores) locais está em risco.

Diversas são as medidas mitigatórias. O estudo feito das coberturas vegetadas indica ser uma medida eficaz para minorar o problema.

Alguns desafios ainda precisam ser enfrentados:

- Identificar e mapear, com maior precisão do que faz a CETESB, a heterogeneidade da poluição atmosférica em Santos.
- Identificar e mapear as fontes poluidoras em Santos.
- Identificar e mapear as vulnerabilidades locais à poluição atmosférica.

Nesse estudo exploratório foi possível, enfim, identificar as lacunas que a ciência e o Projeto Respirando Vida precisam enfrentar.

REFERÊNCIAS

AMATO-LOURENÇO, L.F; MOREIRA, T.C.L; ARANTES, B.L.; SILVA FILHO, D.F; MAUAD, T. *Metrópoles, cobertura vegetal, áreas verdes e saúde*. Revista Estudos Avançados, vol. 30, n° 86 - São Paulo - jan/abr 2016

ARBEX, M.A.; SANTOS, U.P.; MARTINS, L.C.; SALDIVA, P.H.N.; PEREIRA, L.A.A.; BRAGA, A.L.F. *A poluição do ar e o sistema respiratório*. J Bras Pneumol. 2012; 38 (5):643-655.

BAKONYI, S.M.C.; DANNI-OLIVEIRA, I.M.; MARTINS, L.C.; BRAGA A.L.F. *Poluição atmosférica e doenças respiratórias em crianças na cidade de Curitiba, PR.* Rev. Saúde Pública 2004;38(5):695-700.

BRASIL.1990. RESOLUÇÃO CONAMA N° 3 – 28.06.1990 - Disponível em: http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=100

CANÇADO, J.E.D.; BRAGA, A.L.F.; PEREIRA, L.A.A.; ARBEX, M.A.; SALDIVA, P.H.N.; SANTOS, U.P. *Repercussões clínicas da exposição à poluição atmosférica*. J Bras Pneumol. 2006;32(Supl 1):S5-S11.

CETESB. *Qualidade do ar no Estado de São Paulo. São Paulo: CETESB, 2017*. Disponível: http://ar.cetesb.sp.gov.br/wp-content/uploads/sites/37/2013/12/relatorio-ar-2016.pdf

_____ *Avaliação da qualidade do ar no município de Santos 2011 a 2014*. São Paulo: CETESB, 2015. Disponível: http://ar.cetesb.sp.gov.br/wp-content/uploads/sites/37/2013/12/Relatorio-

Santos-2015.pdf

CHEN, T.M.; GOKHALE, J.; SHOFER, S.; KUSCHNER, W.G. *Outdoor air pollution: ozone health effects.* The Americam Journal of Medical Sciences. 2007;333(4):244-8.

COSTA, Gustavo; PINHEIRO, Ana Lúcia; REDA, André Luiz; ROCHA, Ana Júlia; TANZILLO, André. *Pesquisa de graduação a serviço da responsabilidade social: Educação ambiental através da introdução de telhados verdes para drenagem urbana sustentável.* Disponível em: <http://www.abenge.org.br/CobengeAnteriores/2012/artigos/103956.pdf>

FELLEMBER, G. *Introdução aos problemas da poluição ambiental*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1980. p. 28-69.

FERREIRA, Manoela. *Teto Verde: O uso de coberturas vegetais em edificações.* Disponível em: http://www.pucrio.br/pibic/relatorio_resumo2007/relatorios/art/art_manoela_de_freitas_fer reira.pdf.

GARRIDO NETO, Pedro. *Telhados verdes associados om sistema de aproveitamento de água de chuva:* projeto de dois protótipos para futuros estudos sobre uma técnica compensatória em drenagem urbana e prática sustentável na construção civil. Disponível em: <http://monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10004589.pdf>

GIODA, A.; GIODA, F.R. *A influência da qualidade do ar nas doenças respiratórias*. Rev. Saúde Ambiente 2006;1(7):15-23.

GOMES, M.J.M. *Ambiente e pulmão*. J Bras Pneumol. 2002;28:261-69.

KUMAR, V.; ABBAS, A. K.; FAUSTO, N.; MITCHELL, R. N. Robbins & Cotran – *Patologia Bases patológicas das doenças.* 8.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. P.447-53.

MARTINS L.C.; LATORRE M.R.D.O.; SALDIVA P.H.; BRAGA A.L. *Air pollution and emergency room visits due to chronic lower respiratory diseases in the elderly: an ecological time-series study in Sao Paulo, Brazil.* J Occup Environ Med. 2002a;44(7):622-7.

MEDEIROS, A.; GOUVEIA, N. *Relação entre baixo peso ao nascer e a poluição do ar no Município de São Paulo.* Rev Saúde Pública 2005;39(6):965-72.

PEREIRA, L.A.A.; ASSUNÇÃO, J.V.; SANTOS, U.P.; BRAGA, A.L.F.; ANDRADE, M.F.; ANDRÉ, P.A.; GÂNDARA, M., LIN; C.A.; ABRÃO, M.S. *O ar da cidade, ruído e as desigualdades na saúde.* In: SALDIVA, P.H.N. et al. Meio ambiente e saúde: o desafio das metrópoles. São Paulo: Ex-Libris Comunicação Integrada, 2010. p.146-61.

ROSSETI, K.A.C.; DURANTE, L.C.; CALLEJAS, I.J.A; NOGUEIRA, M.C.J.A.; NOGUEIRA, J.S. *Abordagens sistêmicas dos efeitos da implantação de telhados vegetados.* Brazilian Geographicsl Journal: Geosciences and Humanities research médium, Ituiutaba, v. 4, n. 1, p. 55-77, jan/jun 2013

SALDIVA, P.H.N.; LICHTENFELS, A.J.; PAIVA, O.S.; BARONE, I.A.; MARTINS, M.A.; MASSAD, E.; PEREIRA, J.C.; XAVIER, V.P.; SINGER, J.M.; BOHM, G.M. *Association between air pollution and mortality due to respiratory diseases in children in Sao Paulo, Brasil: a preliminary report.* Environ Res.1994;65(2):218-25.

SALDIVA, P.H.N.; POPE, C.A. 3rd; SCHWATZ, J.; DOCKERY, D.W.; LICHTENFELS A.J.; SALGE, J.M.; BARONE I.; BOHM, G.M. *Air pollution and mortality in elderly people: a time-series study in Sao Paulo, Brasil.* Arch Environ Health1995;50(2):159-63.

SALDIVA, P.H.N.; VERAS, M.; FAJERSZTEJN, L. *Como as cidades podem favorecer ou dificultar a promoção da saúde de seus moradores?* Revista Estudos Avançados, vol. 30, n° 86 - São Paulo - jan/abr 2016

SANTOS, U.P.; BRAGA, A.L.F.; GIORGI, D.M.A.; PEREIRA, L.A.A; GRUPI, C.J.; LIN, C.A.; BUSSACOS, M.A.; ZANETTA, D..M.T.; SALDIVA, P.H.N.; TERRA FILHO, M. *Effects of air pollution on blood pressure and hearth rate variability: a panel study of vehicular traffic controllers in the city of São Paulo, Brazil.* Eur Heart J. 2004;26:193-200.

SÃO PAULO. 2013. Decreto Estadual nº 59.113, 23.04.2013. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2013/decreto-59113-23.04.2013.html

SILVA, B.R. *Telhados Verdes em Clima Tropical: uma nova técnica e seu potencial de atenuação térmica*. Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE, 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Air quality guidelines for particulate matter, ozone, nitrogen dioxide and súlfur dioxide. Global update 2005. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/69477/1/WHO_SDE_PHE_OEH_06.02_eng.pdf

CAPÍTULO 20

USURPAÇÃO MINERAL E TUTELA AMBIENTAL

Marcelo Kokke Gomes
Escola Superior Dom Helder Câmara
Belo Horizonte – Minas Gerais

Nathan Gomes Pereira do Nascimento
Escola Superior Dom Helder Câmara
Belo Horizonte – Minas Gerais

RESUMO: O presente artigo visa analisar o marco regulatório minerário brasileiro. O regime legal dos bens ambientais minerais exige a interpretação de normas de direito minerário em conformidade com o paradigma da sustentabilidade. O foco do estudo é a usurpação mineral e seus impactos na tutela ambiental. O Direito Minerário deve estar ligado ao Direito Ambiental inclusive em casos de exploração ilegal de bens ambientais. Os referenciais teóricos a alicerçar o desenvolvimento e a subsidiar as conclusões obtidas situam-se em uma linha expansiva do direito ambiental. Portanto, a eficácia do direito ambiental é considerada no contexto de pano de fundo da compreensão dos institutos jurídicos. O trabalho assume uma análise crítico-metodológica para desenvolvimento do tema.
PALAVRAS-CHAVE: Bem ambiental mineral; sustentabilidade; usurpação mineral.

MINERAL USURPATION AND ENVIRONMENTAL PROTECTION

ABSTRACT: This paper aims to analyze Brazilian regulatory mining. The legal regime of mineral environmental goods requires the interpretation of mining law in accordance with sustainability paradigm. The focus of the study is the mineral usurpation and their impacts on the environmental protection. The mining law must be connected to environmental law including in cases of illegal exploration of environmental goods. The theoretical frameworks that support and subsidize the conclusions reached are in agreement on environmental law expansive line. Therefore, the effectiveness of environmental law is considered within the context of background understanding of legal institutions. The paper takes on a critical methodological analysis for the development of theme.
KEYWORDS: Mineral environmental goods; sustainability; mineral usurpation.

1 I INTRODUÇÃO

O Direito Minerário regula bens e atividades com repercussões diretas na economia e no meio ambiente. Isto decorre do fato de a atividade minerária caracterizar-se como um importante elemento do

desenvolvimento econômico e social, a partir da exploração, principalmente, de jazidas e minas. Lado outro, a exploração minerária apresenta-se como atividade de risco ambiental, tanto em sua exploração regular quanto em relação às situações de danos ilícitos gerados. Tendo em vista seu aspecto econômico, seu viés social e sua relação direta com a manutenção de um meio ambiente saudável, o Direito Minerário é objeto de extensas regulamentações constitucionais e infraconstitucionais.

Nesse sentido, faz-se necessário investigar se o marco regulatório das atividades minerárias é abstratamente capaz de possibilitar a proteção dos recursos minerais em compatibilidade com seu simultâneo caráter de bem ambiental. Partindo da análise do Direito Minerário, de seus institutos jurídicos e dos ramos do direito correlacionados – principalmente Ambiental, Administrativo e Penal – a linha de articulação desenvolvida e o problema central do presente estudo são firmados em duas frentes. A primeira diz respeito a confrontar a exploração minerária na qualidade de bem patrimonial em relação à caracterização dos recursos naturais minerais como bens ambientais protegidos. Aqui emerge a tematização da usurpação mineral. A segunda busca extrair efeitos e interligações entre infrações patrimoniais envolvendo os bens minerários para com os postulados da sustentabilidade, e daí concatenando efeitos ambientais indiretos.

Justifica-se a relevância do presente estudo na crítica desenvolvida quanto aos efeitos jurídicos e socioambientais provocados pela usurpação mineral. A proteção contra a usurpação mineral está ligada à tutela ambiental e à destinação econômica correta dos proveitos oriundos das atividades minerárias, possibilitando retorno sustentável e amparado de bônus efetivos e reais pela exploração de recursos naturais, considerando os potenciais ônus de exploração do meio ambiente. Assume-se para o desenvolvimento do tema linha metodológica crítico-propositiva, visando proporcionar confrontações e simultaneamente efeitos práticos na aplicação jurídica das normas relativas ao regime jurídico da usurpação mineral.

2 I DIREITO MINERÁRIO E SUSTENTABILIDADE

A atividade minerária se configura como uma atividade produtiva, voltada para a descoberta, exploração, produção e transformação dos recursos minerais em utilidades econômicas e sociais. Em paralelo, faz-se necessária a regulamentação de tal atividade, para que sejam protegidos o meio ambiente e os interesses públicos envolvidos a fim de que o ato de exploração não seja em verdade geração de um passivo ambiental intergeracional. Primeiramente, conceitua-se o Direito Minerário como ramo do direito, ou seja, um conjunto de regras e princípios sistematizados, que tem por objeto “regular o domínio da União sobre o patrimônio mineral nacional e aquisição, conservação e perda dos Direitos Minerários” (FREIRE, 2012). Outrossim, consiste também no ramo que visa a conciliar as atividades minerárias, sua aplicação e desenvolvimento econômico com os princípios norteadores de um

desenvolvimento sustentável, no qual se observa as demandas protetivas requeridas pelo meio ambiente.

Analisando-se a atividade mineral, é possível destacar característica própria que influencia na formulação, interpretação e evolução do Direito Minerário. O Direito Minerário se volta a regular um bem finito. O marco regulatório ambiental não pode ser alicerçado em uma continuidade sem fim, ser cega ao fator primordial do objeto regulado, não pode esquecer-se da finitude e do impacto da exploração. É necessário que as atividades de criação, interpretação e aplicação das normas legais que regulam a atividade minerária, em seu sentido amplo, observem o sistema principiológico que fundamenta o ramo do direito em análise. Destacam-se aqui dois princípios primordiais, o interesse público na utilização sustentável dos bens minerais e a função social da propriedade dotada de recursos naturais minerais.

Entretanto, por vezes, o Direito Minerário é construído interpretativamente em anteposição e não em pressuposição à observância das normas ambientais e do próprio Direito Ambiental. Apesar da referida autonomia, há uma inerente interligação entre os ramos jurídicos. Esse aspecto relacional é primordial na tomada atual do Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967), no qual se identificam normas tanto de Direito Público quanto de Direito Privado.

A Constituição Federal é o instrumento jurídico responsável por conceder a base normativa do Direito Minerário, fornecendo-lhe sua estrutura principal. No que tange à hermenêutica jurídica, a aplicação de interpretações sistemáticas sobre as normas de Direito Minerário se faz necessária, de forma a buscar um resultado que possibilite o desenvolvimento sustentável, com o alcance da utilidade econômica dos recursos minerais sem que seja inobservado o dever de proteção do meio ambiente e dos direitos dos superficiários. É preciso, também, que seja almejada a finalidade da lei, a partir da interpretação teleológica, visando a conciliar a aplicação das regras minerárias com os princípios que as norteiam.

Quando do Código de Mineração, o meio ambiente era tido como recurso infindável, a natureza como um objeto a ser domado. Com o surgimento do movimento ambientalista, a partir da década de 1970, o quadro caracterizado pela não abordagem de aspectos sociais e ambientais na implantação de empreendimentos de exploração mineral foi se alterando lentamente, primeiro pelo risco de esgotamento destes recursos e, segundo, pelos visíveis impactos causados por esta atividade nas comunidades e no meio ambiente onde eram instalados (SIMÕES, 2010). Diante disso, iniciou-se uma busca pelo desenvolvimento econômico aliado ao desenvolvimento social e à proteção do meio ambiente, de forma a ser possível garantir o não esgotamento dos recursos naturais com geração de um passivo ambiental de custos por vezes não calculados.

Aqui se consideram os recursos minerais não apenas relativos à atual geração, mas também às futuras. O Direito Minerário deve absorver os postulados fundamentais da sustentabilidade e do Direito Ambiental, sob pena de ser fonte geradora de

passivos ambientais, de carga ambiental negativa. Além da sustentabilidade, princípios como a precaução, a prevenção e a participação configuram-se como crivo de legitimidade intergeracional, uma vez que se faz "necessária uma atitude de cautela para prevenir riscos ambientais certos e incertos, além do envolvimento da população no processo de tomada de decisões, quando da implantação de novos empreendimentos" (SIMÕES, 2010, p. 8). Para isso, portanto, é necessário o estabelecimento de relações entre o Direito Minerário e o Direito Ambiental, a partir das quais poderão ser elaborados planos de prevenção de riscos ambientais, diminuição do impacto no meio ambiente e atendimento das demandas públicas.

3 I MARCO CONSTITUCIONAL DO BEM AMBIENTAL MINERAL

Qual o quadro constitucional de compreensão do bem ambiental mineral em que se desenha a percepção brasileira acerca do Direito Minerário? Conforme elucida Beatriz Souza Costa (2009, p. 75), "a mineração não foi um tema que teve muita atenção dos legisladores das primeiras Constituições editadas no Brasil, principalmente as de 1824 e a de 1891". Essa ausência de regulamentação pelas Constituições do século XIX se deu, ainda de acordo com a referida autora, em decorrência de que "a dificuldade na exploração, que requer alto investimento, sempre foi o motivo alegado para o atraso dessa atividade econômica". A par desses fatores, tem-se que a mineração foi em seu gérmen compreendida como uma atividade sobretudo privada, cabendo ao Poder Público preocupar-se apenas com as vantagens econômicas e tributos ali envolvidos.

A Constituição de 1824 – Constituição Política do Império do Brasil – foi omissa em relação ao Direito Minerário. Era possível extrair do texto constitucional, com relevância ao tema aqui analisado, somente suas disposições acerca da propriedade, as quais, conforme dispunha seu artigo 179, poderia ser exercida de forma plena. A propriedade é o fator decisivo, não o sendo o impacto da exploração. Em um primeiro momento, a afirmação de exercício em plenitude pelo proprietário leva ao entendimento de que poderia exercer seu direito sobre a coisa da forma que lhe conviesse, abrangendo não apenas o solo, como o subsolo e tudo que nele estivesse contido. Entretanto, o artigo 15 da mesma Constituição vem lançar temperamentos, dispondo que "as minas, como propriedade imperial, estariam sujeitas à regulamentação pela Assembleia Geral" (COSTA, 2009, p.76).

Posteriormente, a Constituição Republicana de 1891, de caráter eminentemente liberal, mas dosada pelo teor conservador vigente à época, leva a frente a perspectiva privatista. A partir do viés liberal, dispõe claramente em seu artigo 72 que a propriedade de determinado imóvel abrangeria não apenas o solo, como também seu subsolo. O direito que o proprietário tem sobre a coisa pode ser exercido de forma totalmente plena, sem intervenção estatal. Não há o que hoje se denomina função

social, o regime de exploração e benefícios é de órbita privada. A competência para legislar sobre minas e as terras de propriedade da União foi destinada ao Congresso Nacional. Aos Estados-membros caberia legislar sobre as minas e terras devolutas de sua propriedade, conforme dispõe o artigo 64 da Constituição de 1891.

Já em 1934, a Constituição editada evidenciou a proeminência do caráter intervencionista estatal, influenciando todo o sistema constitucional, principalmente no que tange às normas acerca dos direitos de propriedade. Nesse sentido, tratou, em seu artigo 118, de separar a propriedade do solo da propriedade do subsolo, destinando esta última ao controle do Estado. Para que o subsolo pudesse ser explorado ou utilizado em aproveitamento pelo proprietário do solo, necessário se fazia possuir autorização ou concessão federal (Constituição de 1934, artigo 119). Beatriz Souza Costa expõe os objetivos do Estado com essa nova regulamentação do subsolo expressa o interesse soberano em "nacionalizar as minas, as quedas d'água, as fontes de energia, [...] quando julgadas básicas ou essenciais para defesa econômica ou militar do País" (COSTA, 2009, p. 80). Entretanto, o artigo 119, §6º, da Constituição de 1934, previa exceção de direito adquirido à exploração das minas quando já estivessem sendo industrialmente utilizadas. Este direito adquirido é denominado como "minas manifestadas" ou "manifesto de mina" (COSTA, 2009). Cumpre ressaltar que esse instituto acompanha as normas do Texto Magno desde o início da história jurídica brasileira. Entretanto, a sua concretização se deu com a Constituição de 1934, que criou uma dicotomia entre as propriedades do solo e do subsolo.

A Constituição outorgada de 1937, por sua vez, não trouxe grandes alterações. Em seu bojo, evidenciou, a preocupação eminentemente nacionalista ao impedir o exercício da mineração por empresas estrangeiras. Além disso, dispôs pela primeira vez acerca do controle e fiscalização das atividades minerária, funções que foram atribuídas aos Estados-membros, sob a condição de possuírem os instrumentos necessário ao exercício da competência. Reiterou igualmente o instituto da mina manifestada como direito adquirido à propriedade particular do subsolo pela realização da atividade de exploração industrial dos recursos minerais (COSTA, 2009). Posteriormente, a Constituição de 1946 previu o direito de preferência dos proprietários do solo para a exploração do subsolo, o que caracterizou início de maior regramento no exercício da exploração. Entretanto, não repetiu norma anterior que impedia a mineração por estrangeiros, retirando o empecilho que lhes obstruía. Por fim, a Constituição outorgada em 1967, no que não houve cisão pela Emenda que desembocou na dita Constituição de 1969, resgatou os princípios consagrados na Constituição de 1934, "segundo a qual o aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal" (COSTA, 2009, p. 87).

A Constituição de 1988 foi além de todas as anteriores, inovando e regulando de forma extensa a matéria sobre as atividades minerárias. Primeiramente, determinou

em seu artigo 20 que a propriedade dos recursos minerais, incluindo os que se encontram no subsolo, são bens da União. Reforçou o sentido fixado no artigo 176, segundo o qual as jazidas e os demais bens minerais, em lavra ou não, são propriedades distintas das do solo, para efeitos de exploração ou aproveitamento, e também pertencentes à União. Por este motivo, os bens minerais possuem implicações cambiantes e dissociativas em termos de classificação como bens dominicais ou de uso especial, assim como afetações como bens de interesse coletivo, tanto quando conhecidos quanto em situações de potencialidade existencial ou exploratória. Isto se justifica "porque os recursos minerais são destinados à exploração e a explotação exclusivamente pelo minerador e são exauríveis – o que lhes acrescenta uma característica de temporalidade – não se mantendo inteiros e perpetuamente no domínio no domínio estatal." (FREIRE, 2009, p. 61)

Em relação à distribuição de competências entre os entes federativos, houve diversa atribuição segundo se trate de competência legislativa ou competência para ações administrativas. Primeiramente, conforme o artigo 22, inciso XII, da Constituição, compete privativamente à União legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia. Não obstante, no que tange à competência para fiscalização das atividades minerárias, houve previsão diversa. A competência para ações administrativas, que implicam atuação fiscalizatória, é concebida como comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Munícipios, conforme o teor do artigo 23, inciso XI, da Constituição da República. Assim, o registro, o acompanhamento e a fiscalização das concessões de direito de pesquisa e de exploração dos recursos minerais em seus respectivos territórios cabe a todos os entes federativos. A consequência para o tema versado neste trabalho é muito relevante. A regência legislativa em relação à usurpação mineral e tratamento legislativo no geral dos bens minerais cabe à União, sendo de sua propriedade os recursos naturais eventualmente explorados sem autorização. Entretanto, a avaliação fiscalizatória de legalidade cabe a todos os entes federados, os quais podem inclusive adotar medidas legais reparatórias quanto a efeitos ambientais pelo descumprimento de normas federais regentes da mineração.

Mas se os bens ambientais minerários são regidos por normas federais e sujeitos à fiscalização pela competência comum, como podem ser qualificados para com a coletividade como um todo, já que sua titularidade é da União? Embora sejam os recursos minerários de domínio, propriedade da União, este domínio há de ser conciliado com a órbita dos direitos fundamentais coletivos, em específico, com os direitos difusos, em razão do caráter ambiental vinculado ao patrimônio. Sob esta perspectiva, a sistemática de exercício assume um caráter metaindividual (DIMOULIS, MARTINS, 2014, p. 56-57). Em outras palavras, embora o patrimônio seja pertinente ao domínio da União, o valor do bem é titularizado como direito difuso pela coletividade, considerando a expressão de afetação ambiental dos bens ambientais.

O caráter difuso correlacionado aos bens ambientais minerários atrai sua compreensão para o parâmetro avaliativo do significado contextual do recurso em si, que pode ser apreciado em uma escala de macro e microbem ambiental. O microbem ambiental remete à propriedade e feição individualizada da representação do bem diante do domínio, ao passo que suas implicações no ecossistema como um todo o absorvem na dimensão macro. Sob a perspectiva do microbem ambiental, são analisados os elementos de composição do ecossistema, nas formas diversas de titularização de fauna, flora ou recursos hídricos, por exemplo, correlacionando-se a regimes privado ou público de dominialidade e gestão. Lado outro, sob a perspectiva do macrobem ambiental, será o "bem qualificado como de interesse público; seu desfrute é necessariamente comunitário e destina-se ao bem-estar individual." (LEITE; AYALA, 2012, p. 85)

O caráter de relevância pública e difusa da exploração minerária implica uma efetiva incidência de exigências técnicas e garantidoras de sustentabilidade da própria exploração. O bem mineral, portanto, por sua condição de reflexo no macroambiente, está afeto ao desenvolvimento econômico e social que pode promover, mas sem que se veja despido da responsabilidade de efeitos na exploração, em específico, na geração de passivos ambientais, ou seja, de custos ambientais a serem arcados socialmente pelas gerações futuras em virtude de efeitos nocivos decorrentes de sua extração e manipulação. Visualiza-se a necessidade de proteção do bem ou recurso mineral de modo a alcançar uma exploração sustentável, racional, observando as necessidades da geração atual e das vindouras. Nas palavras de Martins (2012, p.2), "o acesso equilibrado aos recursos minerais também constitui interesse de toda a coletividade, tendo em vista o valor estratégico que tais recursos possuem para o nosso modo de vida".

O bem mineral, de essencial relevo ao desenvolvimento econômico e social do país, deve ser considerado, também, como um bem de interesse difuso, na medida em que sua exploração é passível de causar graves impactos ambientais. Portanto, exige-se que o Estado preste medidas destinadas à sua conservação, regulando as atividades minerárias através do seu ramo específico, o Direito Minerário, mas sob o paradigma da sustentabilidade ambiental.

4 I TUTELA JURÍDICO-AMBIENTAL

A tutela jurídica ambiental dos bens minerais está relacionada à sua dinâmica dominial. Sendo destinados pela Constituição Federal ao patrimônio da União, os recursos minerais são bens submetidos à égide do Direito Público, quando se pensa na sistemática de sua regulação. Incumbe à Administração Pública, entendida como faceta do Estado no exercício de suas funções administrativas, as atribuições de manutenção e gestão da exploração mineral. O cumprimento dessas atribuições foi conferido ao Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, conforme

estabelecido na Lei nº 8.876, de 02 de maio de 1994, cabendo-lhe promover o planejamento e o fomento da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais, e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional.

O DNPM consiste em uma autarquia federal, com sede e foro no Distrito Federal, de prazo de duração indeterminado e vinculado ao Ministério de Minas e Energia. Embora anseios de gestão caminhem no sentido de tornar-se o DNPM uma Agência, com fundo de atuação regulador, o fato é que sua caracterização ainda permanece como autárquica em sentido estrito. Segundo o artigo 3º, §2º, do Código de Mineração, sob redação dada pela Lei nº 9.314/1996, a execução de suas regras e dos demais diplomas a ele complementares compete ao DNPM. É possível sintetizar que a tutela administrativa dos recursos minerais pode ser dividida em fases.

Primeiramente, tem-se uma fase prévia à exploração, na qual a União, responsável pela administração dos referidos recursos, consoante o *caput* do artigo 1º do Código de Mineração, analisa o deferimento ou não de um dos cinco regimes de aproveitamento das substâncias minerais, quais sejam, regimes de concessão, de autorização, de licenciamento, de permissão de lavra garimpeira e, por fim, de monopolização. Em seguida, sendo deferido um dos regimes citados acima, e preenchidos todos os demais requisitos legais – previstos, principalmente, no Código de Mineração e também em leis especiais –, poderá a empresa autorizada exercer a atividade exploratória. Nessa fase, a Administração Pública terá a incumbência de realizar a fiscalização da pesquisa, da lavra, do beneficiamento e da comercialização dos bens minerais.

Mas, e se a exploração do bem mineral ocorre sem a observância dos pressupostos administrativos? Além de violações ambientais, pois se tem uma atividade que não passou pela avaliação de impactos e riscos ambientais, há violação administrativa minerária. Situam-se aqui os contornos da usurpação mineral. Esta última se caracteriza não apenas com a exploração dos recursos minerais sem a devida autorização estatal, mas também pelo exercício da atividade minerária em desconformidade com os termos permissivos.[1] A ilegalidade que brota da usurpação é justamente decorrência da cisão entre a propriedade privada e a construção normativa da titularidade regrada do subsolo.

A avaliação da exploração entra em fase sequencial, na qual pode ser firmada a regularidade ou mesmo configurada exploração irregular configuradora de usurpação. As fiscalizações podem (e têm o objetivo de) avaliar a conformidade para com normas de comando-controle, sendo favoráveis aos agentes econômicos que estejam em sintonia com as autorizações de exploração, pois impedem que

1. Na mesma direção, encontra-se posicionamento do Tribunal Regional Federal da Quarta Região: TRF-4 – AC: 17406 SC 2001.04.01.017406-4, Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Data de Julgamento: 27/06/2002, QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07/08/2002 PÁGINA: 411.

aqueles que não estejam atuem no mercado em verdadeira concorrência desleal. A atividade aqui efetivada pelo DNPM não se confunde com a atividade ambiental propriamente dita, já que esta última é guiada pelo artigo 17, da Lei Complementar 140/2011, ao estabelecer que "compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização [...] lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada". Ocorre assim uma cumulatividade entre as fiscalizações ambientais e minerárias.

O direito administrativo sancionador minerário possui suporte de execução no artigo 63 do Código de Mineração, afirmando que o não cumprimento das obrigações decorrentes das autorizações de pesquisa, das permissões de lavra garimpeira, das concessões de lavra e do licenciamento implica, dependendo da infração, penalidades como advertência, multa e caducidade do título. Além disso, o parágrafo único do referido artigo atribui ao DNPM a competência de aplicar tais sanções. Dessa forma, pode-se concluir que a Administração Pública, através das suas atribuições e competências, tem o poder-dever de criar mecanismos de proteção dos recursos minerais, em sua qualidade de bens afetos ao uso sustentável e regrado legalmente. Inibir a exploração sem a devida autorização estatal, inibir a prática de usurpação, é decorrência de fixada importância socioeconômica desses recursos e do risco que a exploração mineral inadequada causa ao equilíbrio e à saúde do meio ambiente. Neste sentido, é imprescindível "observar que a proteção do meio ambiente, como interesse difuso, implica limitação de atividades que causam a degradação do meio ambiente, o que deve ocorrer principalmente por meio da legislação ambiental". (PRADO, 2007, p. 15)

Ressalta-se, por fim, que, além de todas as disposições infraconstitucionais regulando as atividades minerárias, seus regimes de aproveitamento, as formas fiscalização e autuação e as sanções aplicáveis, de forma a minimizar os riscos de dano ambiental, a Constituição Federal de 1988 tratou de prever, em seu artigo 225, parágrafo segundo, que "aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei".

5 I TUTELA PENAL: A USURPAÇÃO MINERAL

A dinâmica de exploração dos bens minerários, que são bens ou recursos naturais, está sujeita à conformidade regulamentar indicada em lei e atos normativos que lhe integrem. Assim, a atividade minerária só se faz lícita se praticada nos limites dos ditames do Direito, isto é, de acordo com as normas previstas para tal atividade. A violação das normas de exploração sujeita o infrator não somente ao direito sancionador administrativo, mas também ao Direito Penal. A tutela conferida pelo texto constitucional aos recursos minerais está diretamente relacionada à

necessidade de manutenção de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado como enlaçados à exploração econômica. É dever do Estado e de toda a coletividade preservá-lo e defendê-lo, observando os direitos não apenas da atual, mas também das futuras gerações (LARANI, 2004).

Nesse sentido, a usurpação mineral consiste na extração dos recursos minerais sem o devido título autorizativo, concedido pela Administração Pública ao particular, sendo esta conduta atentatória à legalidade e causadora de lesão ao erário público além de geradora de riscos ambientais. Nas palavras de Valkiria Silva Santos Martins (2012, p.1), "o extrator assenhora para si a riqueza mineral do Estado, ao invés de promover a geração de riquezas e desenvolvimento em favor de toda a nossa sociedade, devendo ressarcir a União pelo prejuízo causado". Ainda sobre a atividade mineral, continua lecionando a referida autora que mister se faz a "sua realização dentro dos limites e atendendo, o minerador, aos dispositivos infraconstitucionais pertinentes, que exige o título autorizativo para a lavra. Quando o mineral é extraído sem o requisito legal, há usurpação mineral" (MARTINS, 2012, p.1). Na mesma direção, Larani (2004, p.3) afirma que "usurpação é o ato ou efeito de apossar-se violentamente, adquirir com fraude, alcançar sem direito, obter por artifício".

É necessário esclarecer que a atividade minerária, vista sob a perspectiva da tutela penal, envolve a proteção de dois bens jurídicos distintos, quais sejam, o patrimônio da União e o meio ambiente, aqui na qualidade de risco proporcionado. Assim, é possível identificar no ordenamento jurídico brasileiro dois tipos penais que enquadram a ilícita conduta da usurpação mineral. Primeiramente, a Lei nº 8.176/91 (Lei de Definição de Crimes Contra a Ordem Econômica), tutelando o erário público, em seu artigo 2º.[2] Por outro lado, a Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), em seu artigo 55, tipifica o delito ambiental de usurpação mineral.[3]

Inicialmente, faz-se mister classificar as supratranscritas infrações penais. O crime de extração de recursos minerais (Lei nº 9.605/98, art. 55) é formal, isto é, embora haja a possibilidade de verificação do resultado naturalístico no caso concreto – efetiva poluição do meio ambiente –, o tipo penal não exige a sua ocorrência para que o crime seja considerado consumado. Caso ocorra, tratar-se de mero exaurimento, abrindo ainda a possibilidade de configuração de outra infração penal, além das respectivas infrações administrativas ambientais. Além disso, caracteriza-se como de crime de perigo, pois haverá a consumação pela mera exposição do objeto material do delito a perigo, sendo desnecessária a verificação de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, o meio ambiente. Outrossim, trata-se de crime instantâneo, não é necessário que a prática criminosa perdure no tempo para a

2. Art. 2º - Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena – detenção de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

3. Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos

consumação da infração (que é o caso dos crimes permanentes), bastando uma simples conduta infratora diante do bem protegido.

Por outro lado, o crime de usurpação (Lei nº 8.176/91, art. 2º) é considerado material, isto porque o seu tipo penal prevê o resultado naturalístico e exige sua verificação no caso concreto para haver a consumação delitiva. Ademais, configura crime de dano, isto é, para a consumação se faz necessário, impreterivelmente, a ocorrência de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, que, na infração ora estudada, consiste no patrimônio da União. Por fim, assim como o crime de extração de recursos minerais, trata-se de também de crime instantâneo.

Mas uma questão suscita divergências na doutrina penal, minerária e ambiental. Há quem sustente haver concurso aparente de normas entre os crimes de extração de recursos minerais e de usurpação do patrimônio da União. Nas elucidativas palavras de Alessandra Prado (2007, p. 19), "o conflito aparente de normas verifica-se quando duas ou mais normas aparentemente são aplicáveis a um mesmo fato, havendo, entretanto, incidência de apenas uma delas, por constituir a mais apropriada à solução do caso, seja porque é específica, principal ou mais abrangente". Nessas situações, deve-se aplicar critérios de interpretação de normas para a solução do conflito, sendo eles os critérios de especialidade, subsidiariedade e consunção.

Entretanto, para que se configure um conflito aparente de normas, é necessário que, além de prever as mesmas condutas, os tipos penais visem a evitar a lesão do mesmo bem jurídico. É nesse ponto que se desconstitui a ocorrência do conflito entre os crimes supracitados, pois, apesar de estarem relacionados à mesma ação, o crime de extração irregular de recursos minerais tutela o meio ambiente, ao passo que o crime de usurpação do patrimônio da União tutela o erário público. Não há assim uma exclusão entre um e outro. O entrelaçamento se dá justamente pela presença simultânea de regramentos de sustentabilidade na norma minerária, mas isto não a converte em si em norma ambiental. Os bens jurídicos protegidos continuam a ser diversos. A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou sólido entendimento no sentido de que o artigo 55, da Lei n. 9.605/98, e o artigo 2º, caput, da Lei n. 8.176/91, protegem bens jurídicos distintos, sendo eles o meio ambiente e a ordem econômica, respectivamente.[4]

Em consequência, não havendo conflito aparente de normas, pode-se afirmar que, sendo praticada uma única conduta que se enquadra na tipificação prevista pelos dois crimes, haverá, pois, concurso formal de crimes, próprio ou impróprio. Conforme expõe Prado (2007, p.19), o concurso formal de crimes estará caracterizado "quando a pessoa, mediante uma só conduta, causa dois ou mais resultados, isto é, comete dois ou mais crimes. Nesse caso, há uma pluralidade de fatos, regidos por normas jurídicas distintas". Assim, tendo determinado agente praticado a conduta de

da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente.

4. STJ - AgRg no AREsp 137498 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0041034-5 Relator Ministro JORGE MUSSI Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 19/11/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 27/11/2013.

exploração indevida de recursos minerais, causando danos, mesmo que potenciais, ao meio ambiente e ao patrimônio público, não há que se falar em unidade de fato, mas, sim, em sentido diverso, na configuração de concurso ideal – ou seja, concurso formal de crimes.

No mesmo sentido da posição aqui abraçada, é possível mencionar diversas decisões dos tribunais brasileiros, seja de superior ou de segunda instância. Na análise de Recurso Especial, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de afastar o conflito aparente de normas e configurar o concurso formal de crimes, posição que ainda perdura no Tribunal.[5] Por sua vez, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, julgando Apelação Criminal (ACR 2001.33.00.015526-0/BA, Rel. Dês. Fed. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, j. 15.03.2005, DJ 08.04.2005), posicionou-se pela não aplicação do instituto penal do conflito aparente de normas, em razão de estarem envolvidos bens jurídicos diversos.

Por fim, destaca-se que a tutela penal pela Lei de Crimes Ambientais, consoante lição de Prado (2007, p.16), "justifica-se à medida que a extração mineral, além da diminuição ou do esgotamento de recursos minerais (como dano ambiental e não patrimonial), pode implicar extinção de espécies, [...] modificação da qualidade das águas, enfim, modificação do ecossistema". Por outro lado, a tutela conferida pela Lei de Definição de Crimes Contra a Ordem Econômica tem o objetivo precípuo de proteger o patrimônio da União, haja vista que a Constituição Federal destinou a este ente federal a propriedade dos recursos minerais. Conforme explica Lanari (2004, p.4), "o foco está no prejuízo resultante da usurpação patrimonial", e não na proteção do meio ambiente *per si*.

Mas uma questão é despertada no caso. Tratando de crimes relativos a bens jurídicos diversos, podem as respectivas decisões penais produzir efeitos comuns em matéria ambiental? Sustenta-se neste estudo que sim. Embora a norma penal relativa à usurpação mineral verse sobre o bem jurídico patrimonial da União, está vinculada ao paradigma do Estado de Direito Socioambiental, que guia sua aplicação. A vinculação se manifesta em um compromisso inerente à dimensão intergeracional dos bens ambientais e a um complexo de responsabilidades e deveres de solidariedade "das gerações contemporâneas 'viventes' em resguardar as condições existenciais para as pessoas que virão a habitar o planeta, devendo-se voltar o olhar para o futuro de um povo" (SARLET ET FENSTERSEIFER, 2012, p. 43). O caráter atomista do Estado Liberal, assim como o caráter tutelar e coletivista do Estado Social, são suplantados na medida em que o Estado Socioambiental "busca reconhecer e proteger também um 'outro' que se encontra num espaço temporal-geracional distinto do presente (ou seja, no plano futuro)." (SARLET ET FENSTERSEIFER, 2012, p. 43)

5. STJ - AgRg no AREsp 60761 / TO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0221375-0 Relatora Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE) (8215) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 06/09/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 17/09/2012.

O paradigma ambiental determina que mesmo a afetação indireta de bens ambientais em razão da violação de normas relativas ao uso regular dos bens patrimoniais enseje a atribuição de responsabilidades relativas à reparação de lesões ao meio ambiente. Em outras palavras, mesmo quando se diga respeito a decisões judiciais relativas a usurpação mineral, produzirão elas efeitos ambientais em razão do uso infracional da propriedade, em desconformidade com a função social da propriedade, o que potencialmente acarreta degradação ambiental, nos termos da Lei n. 6.938/81. Trata-se de consectário da Teoria do Risco Integral, suporte interpretativo que guia a compreensão da responsabilidade pela reparação de danos ambientais. A dimensão ambiental não pode ser interpretada em confinamento, demandando uma análise sistêmica em termos de ecossistema (MIRANDA, 2014).

O uso irregular dos bens minerais acarreta responsabilidade ambiental pois a avaliação da autorização para fins da concessão de exploração exige a própria dimensão de avaliação ambiental do empreendimento. Tratando a usurpação mineral de quebra da prescrição normativa de utilização dos bens minerais, os componentes avaliativos da autorização são por via reflexiva diretamente atingidos. Trata-se de aplicação decorrente do artigo 225 da Constituição, que fixa o dever de reparação da atividade minerária, seja ela lícita ou ilícita. Não haveria sentido em impor obrigações de utilização minerária mais gravosas a quem explora licitamente os bens do que àquele que se furta do devido processo de autorização. Ao fundamento do artigo 97 do Código de Mineração, e principalmente do artigo 3º, VII, da Lei n. 8.876/94, ao DNPM cabe a integração normativa de controle da mineração, podendo fixar obrigações ambientais a serem cumpridas quando da exploração, inclusive em articulação com os órgãos ambientais de todas as esferas federativas. A usurpação mineração priva a exploração de um mínimo de sustentabilidade ambiental aferida pelos órgãos públicos competentes quando concedem a permissão de utilização e exploração dos recursos minerais, que mais não são do que um tipo de recurso natural.

A decorrência que se gera é uma obrigação ambiental, e mesmo socioambiental, oriunda de decisões que reconheçam a existência de usurpação mineral. Dentre os efeitos de prolongamento, mesmo quando se tenha uma atividade irregular de exploração, abre-se espaço a imputar responsabilidade executiva pelos atos de fechamento de mina, o que inclui aqui o próprio plano de fechamento de mina e atividades de descomissionamento. Portanto, as implicações do Decreto n. 97.632/89 são imponíveis também àquele que tenha sido reconhecido como autor de usurpação mineral, destacando previsão do artigo 2º que considera como degradação ambiental todo processo resultante de dano ambiental em que se perde ou reduz propriedades ecológicas, tais como, a qualidade ou capacidade produtiva dos recursos ambientais.

A recuperação é devida por todo aquele que explore recursos minerais, inclusive com a necessária apresentação e aprovação do plano de recuperação de área degradada, visando a obtenção de estabilidade na dinâmica do uso e das funções

ambientais. Passível assim a imposição de responsabilidade para elaboração de plano de recuperação de área degradada a partir da decisão judicial que reconheça a existência de usurpação mineral. Existindo infração penal de usurpação mineral e decisão relativa ao caso, firmada estará a materialidade e autoria para efeitos ambientais de reparação civil da degradação, mesmo sendo decorrente de um processo em que não se tenha propriamente um crime ambiental.

6 I CONCLUSÃO

O Direito Minerário foi sendo reconhecido cada vez mais, com o passar dos anos, como um ramo autônomo pela comunidade jurídica. Esse fato pode ser constatado, também, a partir da análise de sua regulamentação pelas Constituições brasileiras, as quais, gradativamente, foram dispendendo maior atenção a este conjunto de normas e elaborando de forma mais aprofundada seu regime jurídico, caminhando pela maior tomada de interesse público na utilização dos recursos, até alcançar um paradigma de sustentabilidade na exploração. Além disso, é possível ressaltar o viés interativo do Direito Minerário que estabelece relações com outros ramos do direito, como, por exemplo, o Direito Penal, o Direito Administrativo e, principalmente, o Direito Ambiental, do qual se enlaça em princípios e institutos jurídicos que auxiliam na sua atualização.

O bem mineral está inserto na dinâmica dos micro e macrobens ambientais, ponto inicial para considerar sua relevância para o desenvolvimento econômico e social de um país. Nessa dinâmica, a exploração positiva remete a um dever de gestão e controle que vise impedir a geração de passivos ambientais. Portanto, faz-se mister destacar a formatação da tutela conferida aos bens ambientais qualificados como recursos minerários. Por um lado, temos no Direito Administrativo uma tutela que se inicia com uma análise prévia dos requerimentos de autorização a exploração mineral, passando pela fiscalização, autuação e encerrando nas sanções aos infratores da lei ou dos instrumentos autorizativos. Por outro lado, encontra-se no Direito Penal relevante proteção aos recursos minerais, ao prever o enquadramento da conduta de usurpação mineral ao lado de normas que dispõem sobre crimes ambientais ligados à exploração irregular dos bens ambientais.

O ordenamento jurídico brasileiro atual identifica a relevância e importância dos recursos minerais e, por isso, concede a eles qualificada proteção normativa. A partir dessa, faz-se possível que, em tese, tais recursos somente sejam explorados de forma legal e sustentável visando a alcançar o máximo possível de sua utilidade econômica e social, tendo em vista a satisfação do interesse público e a inibição da prática de condutas usurpadoras, que causam lesão ao erário público e, principalmente, graves impactos ou degradações ambientais. Desta forma, faz-se necessário que o Poder Público brasileiro, em suas funções administrativa e legislativa, crie mecanismo e

instrumentos que viabilizem a aplicação prática de tais normas, de forma a buscar, na concretude, a execução e promoção da efetiva proteção já prevista e conferida abstratamente pelo ordenamento jurídico pátrio.

A prática de infrações capituladas penalmente como usurpação mineral configura concurso formal com infrações penais que se enquadrem como crimes ambientais ligados à mineração. Entretanto, mesmo que se tenha uma infração de usurpação mineral, cuja tutela possui por foco o patrimônio minerário, não há impedimento de produção de efeitos de responsabilidade ambiental. A decisão judicial de usurpação mineral acarreta implicações de reparação da área degradada ou atingida com a exploração, inclusive quanto a atividades como descomissionamento e fechamento de mina, além de responsabilidade de elaboração e execução de plano de recuperação de área degradada.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**. Introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1.

BIRNFELD, Dionisio. **O Bem Jurídico Ambiental.** 2012. Disponível em: <http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2700088/o-bem-juridico-ambiental>. Acesso em: 10 abr. 2016.

COSTA, Beatriz Souza. **O gerenciamento econômico do minério de ferro**: como bem ambiental no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Editora Fiuza, 2009. 205 p.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014

FENSTERSEIFER, Tiago; Sarlet, Ingo Wolfgang. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FREIRE, William. **Código de Mineração anotado**. 4. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

FREIRE, William. **Natureza do Controle da União sobre as Riquezas Minerais.** 2013. Disponível em: <http://www.iamg.org.br/lerpublicacao.php?publicacao=676>. Acesso em: 10 abr. 2016.

FREIRE, William. **Regime Jurídico dos Recursos Minerais no Direito Brasileiro**. 2012. Disponível em: <http://williamfreire.com.br/publicacao/regime-juridico-dos-recursos-minerais-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 09 abr. 2016.

LANARI, Flávia de Vasconcellos. Aspectos penais da exploração clandestina de recursos minerais. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 170, n. 55, p.17-50, out. 2004. Trimestral. Disponível em: <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/634/1/D2v1702004.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LOBATO, José Danilo Tavares. **O Meio Ambiente Como Bem Jurídico e as Dificuldades de sua**

Tutela pelo Direito Penal. Revista Liberdades, [s. L.], v. 5, p.54-84, set. 2010. Trimestral. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=63>. Acesso em: 10 abr. 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Lemme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINS, Valkiria Silva Santos. **Usurpação Mineral e Defesa do Patrimônio Público: A Lavra Ilegal e a Extensão da Proteção dos Direitos da Sociedade sob as Perspectivas Mineral e Ambiental.** 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/9200686>. Acesso em: 10 abr. 2016.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Lei do tombamento comentada**: doutrina, jurisprudência e normas complementares. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Extração de Recursos Minerais e Crime de Usurpação**: uma análise da jurisprudência brasileira. Revista Jurídica da Faculdade 2 de Julho, Salvador, v. 1, n. 1, p.11-33, out. 2007. Semestral.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. **Bem Jurídico e Direito Penal**. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/bem-jurídico-e-direito-penal>. Acesso em: 10 abr. 2016.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. 905 p.

SIMÕES, Helena Cristina Guimarães Queiroz. **Mineração: perspectiva de sustentabilidade a partir do Direito Ambiental**. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/download/340/n2Simoes.pdf. >. Acesso em: 09 abr. 2016.

CAPÍTULO 21

O DECLÍNIO DE ABELHAS PELO USO ARBITRÁRIO DE DEFENSIVOS QUÍMICOS EM SISTEMAS AGRÍCOLAS

Cynthia Maria de Lyra Neves
Universidade Federal Rural de Pernambuco - UFRPE/UAG, Laboratórios de Entomologia Aplicada e de Ensino de Zoologia (LABEZoo), Garanhuns – PE

César Auguste Badji
Universidade Federal Rural de Pernambuco - UFRPE/UAG, Laboratório de Entomologia Aplicada, Garanhuns – PE.

Lucas Evangelista Costa
Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns – AESGA, Departamento do Núcleo Jurídico, Garanhuns – PE

RESUMO: Abelhas são principais polinizadores realizando papel importante na polinização, onde muitas plantas de importância econômica dependem destes insetos para aumento da produção agrícola, além de contribuir para a conservação e manutenção da biodiversidade vegetal. Partindo do contexto de crise socioambiental, mediante a problemática de impactos aos serviços ecossistêmicos provocados pelo uso ilícito de agroquímicos que vem causando declínio das abelhas, focamos a importância de um estudo visando à conservação destes polinizadores. Sabendo que a conscientização ambiental pode ser um caminho de transformação para preservar e manter os polinizadores, o estudo objetivou conhecer a diversidade e comportamento de abelhas ocorrentes em um agroecossistema no Agreste-PE proveniente de um projeto financiado, com a finalidade de contribuir com estratégias de conservação e manejo sustentável. Utilizaram-se amostragens de abelhas solitárias por meio de ninhos-armadilha e também coleta dos visitantes florais. Foram registradas sete espécies de abelhas solitárias e 05 espécies de abelhas sociais, revelando um número reduzido de espécies abelhas nestes cultivos agrícolas. Várias são as razões que contribuem ao declínio destes polinizadores, destacando o uso irregular de tratos agrícolas e defensivos químicos, causando desaparecimento dos sítios de nidificação e recursos alimentares necessários a sobrevivência. (Apoio: Facepe/CNPq).

PALAVRAS-CHAVE: Polinizadores. Agroecossistemas. Agroquímicos.

ABSTRACT: Bees are major pollinators performing important role in pollination, where many plants of economic importance depend on these insects to increase agricultural production and besides contributing to the conservation and maintenance of plant biodiversity. Based on the socioenvironmental crisis, through the problematic of impacts to the ecosystem services caused by the illicit use of agrochemicals that has been causing bees decline, we focused on

the importance of a study aimed at the conservation of these pollinators. Knowing that environmental awareness can be a way of transformation to preserve and maintain pollinators, the study aimed to know the diversity and behavior of bees occurring in an agroecosystem in Agreste of the State of Pernambuco from a funded project, with the purpose of contributing strategies conservation and sustainable management. Samples of solitary bees were collected through trap nests and collected by flower visitors. Seven species of solitary bees and 05 species of flower visitors were registered, revealing a reduced number of bee species in these agricultural crops. Several reasons contribute to the decline of these pollinators, highlighting the irregular use of agricultural and chemical pesticides, causing disappearance of nesting sites and food resources needed for survival (Support: Facepe / CNPq).
KEYWORDS: Pollinators. Agroecosystems. Agrochemicals.

1 I INTRODUÇÃO

Um processo biológico de grande importância em todos os ecossistemas terrestres é o da polinização, no qual o grupo de agentes polinizadores, como as abelhas, são vetores dos grãos de pólen entre as flores e auxiliam na fertilização das plantas. Assim, eles atuam na manutenção das populações vegetais em ambientes naturais e agrícolas (GIANNINI et al., 2012), constituindo-se como principal grupo de polinizadores, e responsáveis pela maior parte do fluxo gênico entre indivíduos e populações da diversidade vegetal.

Segundo Michener (2007) as abelhas estão taxonomicamente reunidas na superfamília Apoidea com cerca de 30.000 espécies de abelhas descritas, porém a grande maioria das espécies conhecidas é de vida solitária, representando 85% dos Apiformes, onde uma única fêmea coleta recursos como óleo e/ou resinas florais e pólen, utilizados na alimentação das larvas, construção das células de cria, impermeabilização e no fechamento da entrada do ninho (ALVES-DOS-SANTOS et al., 2002).

A relevância dos agentes polinizadores bióticos para o bom funcionamento dos ecossistemas silvestres e agrícolas vem sendo reconhecido nos últimos anos. No entanto, as mudanças globais, tais como perdas de habitat, invasões de espécies exóticas e alterações climáticas têm causado o declínio dos polinizadores (IMPERATRIZ-FONSECA, 2010), além da crescente urbanização com a ocupação de áreas de vegetação natural para a agricultura ou pecuária causando destruição dos locais de nidificação e das fontes de alimento (GARIBALDI et al., 2011).

De acordo com Freitas e Pinheiro (2012) entre as várias razões atribuídas para esse declínio, destaca o uso crescente e indiscriminado de defensivos agrícolas que tem sido identificado como uma das principais causas desse problema, sendo diretamente responsável pela diminuição de populações de abelhas e indiretamente pelas perdas econômicas decorrentes do declínio desses polinizadores em desacordo

com a normatização ambiental vigente (KEVAN e IMPERATRIZ-FONSECA, 2002). O uso abusivo e ilícito de pesticidas põe em risco a biodiversidade de polinizadores, dizimando diversas espécies de abelhas e transgredindo as regras de protetorado ao Meio Ambiente que é um direito coletivo defendido na *Lex Magna*.

A qualidade da produção agrícola sustentável está associada com a eficiência polinizadora de abelhas, destacando papel importante na produção de alimentos e conservação dos recursos vegetais. Segundo a FAO (2004) os principais responsáveis pelo processo de polinização são os insetos, destacando as abelhas e estima-se que, aproximadamente, 73% das espécies vegetais sejam polinizadas por alguma espécie de abelha.

Os resultados desse estudo permitem esclarecer a importância da riqueza de abelhas polinizadoras nos cultivos agrícolas, visando subsidiar futuros trabalhos para elaboração de técnicas para conservação e manejo ecologicamente sustentável. Dessa forma, espera-se despertar e sensibilizar os agricultores, técnicos, estudantes e autoridades com o intuito de preservá-las e mantê-las, desenvolvendo um Plano de Ação, com atividades relacionadas à capacitação de rurícolas para o uso racional e em conformidade com a Legislação destas substâncias químicas, com disponibilização de informações aos órgãos de controle quanto ao impacto negativo de pesticidas sobre os polinizadores, entre outras. Neste contexto, o presente estudo objetivou conhecer a diversidade de abelhas ocorrentes em um agroecossistema, com a finalidade de contribuir com estratégias de conservação e manejo sustentável na região do Agreste Meridional pernambucano.

2 I MATERIAL E MÉTODOS

Foram selecionadas três áreas amostrais distribuídas em cultivos agrícolas (9°01’02”S, 36°30’16”W, altitude 850 m) com evidências de aplicações de defensivos químicos. As áreas estão situadas no município de Brejão, Agreste Meridional pernambucano: **Área I** - caracterizada por plantios de *Coffea arabica* L. (café); **Área II -** caracterizada por pomares *Citrus* spp. L. (citros) e **Área III -** Entorno (caracterizado por frutíferas arbustivas e pela presença de espécies botânicas herbáceas ruderais). Dentre as frutíferas, destacam-se: *Coffea arabica* L., *Citrus* spp., *Eugenia uniflora* L. 1753, *Persea americana* Mill., *Plinia cauliflora* (Mart.) Kausel 1956, *Macadamia integrifólia* Maiden & Betche, *Litchi chinensis* Sonn, *Averrhoa carambola* L., *Manilkara zapota* L., *Anacardiaceae occidentale* L., *Spondias purpurea* L., *Annona muricata* L., *Annona atemoya* Mabb., *Passiflora edulis* Sims, além de famílias botânicas ruderais disponíveis no entorno, como: Asteraceae, Euphorbiaceae, Sterculiaceae, Tiliaceae (Sterculiaceae e Tiliaceae pertencem atualmente a uma superfamília de Malvaceae), Fabaceae, Solanaceae, Verbenaceae (Informações cedidas pelo Instituto de Pesquisa Agropecuário, IPA).

Para as três áreas selecionadas foram utilizadas as seguintes amostragens:

1) Amostragem de visitantes florais (considerando abelhas sociais e/ou solitárias), realizando observações durante as floradas, no período do estudo, nos horários de atividades das abelhas visitantes de 5h00 às 17h00, em dois dias consecutivos. Para cada hora de observação foram realizadas coletas de visitantes por 20 minutos com auxílio de rede entomológica, conforme metodologia de Machado (2011); 2) Amostragem de abelhas solitárias utilizando ninhos-armadilha com diferentes diâmetros para as possíveis nidificações. Esta técnica é uma ferramenta eficiente para realizar estudos com levantamentos da riqueza, abundância, materiais utilizados na construção dos ninhos por espécies de abelhas e/ou vespas solitárias (AGUIAR e MARTINS, 2002; PINA e AGUIAR, 2011).

Durante o período amostral de fevereiro/2014 a agosto/2016 foram instalados 30 blocos de isopor confeccionados em caixa de papel tipo “panamá” fixos em piquetes de madeira com 1,5 m no nível do solo, contendo em cada bloco 36 ninhos-armadilha e totalizando 1.080 ninhos confeccionados em papel tipo “Kraft” pardo, medindo 15 cm de comprimento em diferentes diâmetros 0,5; 0,7; 0,9 e 1,0 cm. Sendo destes, 270 ninhos-armadilha corresponderam a cada diâmetro utilizado. O monitoramento foi feito em cada mês, quinzenalmente, para verificar a possibilidade de registro de abelhas solitárias nidificantes e havendo ocupação o ninho era substituído por um ninho novo (NEVES et al., 2014). O material foi encaminhado ao Laboratório de Entomologia Aplicada da Universidade Federal Rural de Pernambuco/Unidade Acadêmica de Garanhuns (UFRPE/UAG) e acondicionado em câmara climatizada tipo B.O.D. (Demanda Biológica de Oxigênio) a 25 ± 2 ºC, 75 % ± 5 % com fotoperíodo de 12 horas, para acompanhamento até a emergência do adulto. Os espécimes registrados foram encaminhados ao Laboratório de Bionomia, Biogeografia e Sistemática de Insetos da Universidade Federal da Bahia (BIOSIS/UFBA) para identificação e cópias de exemplares foram depositados no Museu de Zoologia/UFBA (MZUFBA) e na Coleção Científica Entomológica do Laboratório de Ensino de Zoologia - LABEZoo da UFRPE/UAG.

Foi determinada a frequência relativa (FR%) do número de indivíduos de cada espécie de abelha coletada nas diferentes áreas de estudo de acordo com metodologia descrita por Silveira-Neto et al. (1976), calculada pela fórmula: FR = (ni/N) x 100, onde: FR = frequência relativa do número de indivíduos da área amostral; ni = número de indivíduos de cada área amostral; N = número total de indivíduos das áreas amostradas. A nidificação de abelhas foi analisada pelo número de ninhos concluídos mensalmente entre as áreas, durante o período amostral pelo Teste G e Qui-quadrado (χ^2) programa BioEstat 5.0.

3 I RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados da amostragem de abelhas solitárias revelam que dos 1.080 ninhos-armadilha disponibilizados, apenas 182 foram ocupados apresentando uma

taxa de ocupação de 16,85% (Tabela 1). Foram registradas 07 espécies de abelhas solitárias, distribuídas em seis Tribos: *Centris analis* Fabricius 1804 e *Centris tarsata* Smith 1874 (Centridini), *Mesocheira bicolor* (Fabricius 1804) modificada por Snelling & Brooks, 1985 e Michener, 2000 (Eritrocidini), *Euglossa* sp. Latreille, 1802 (Euglossini), *Paratetrapedia* sp. (Moure 1941) modificada por Silveira et al. 2002 (Tapinotaspedini), *Megachile* sp. Latreille, 1802 (Megachilini) e *Xylocopa* sp. Latreille, 1802 (Xylocopini) (Tabela 2).

Analisando a ocupação de ninhos-armadilha por espécies de abelhas nidificantes, observa-se uma diferença significativa entre as áreas I, II e III, ($\chi 2$ = 0,4175; $p<0,01$), registrando maior número de fundações na área III (n=33), caracterizada por Entorno com 28 ninhos e emergindo 33 espécimes. Apesar da área III (caracterizada por Entorno) apresentar uma maior disponibilidade de recursos para fundações e contribuindo no forrageamento das mesmas, os dados do presente estudo revelam um número bastante reduzido de ninhos comparado à grande diversidade de abelhas solitárias, de acordo com estudos publicados na literatura. Um das razões que possivelmente pode ter comprometido na abundância destas abelhas é o uso intenso de tratos culturais como capinas e aplicação desregrada de defensivos químicos nas áreas. Segundo Freitas e Pinheiro (2012), dentre as várias causas responsáveis pelo declínio de polinizadores nas áreas agrícolas, podem-se destacar o inadequado uso de práticas de cultivo, além da utilização abusiva de pesticidas.

Gussoni e Ribeiro (2016) enfatizam a crescente a utilização de agrotóxicos nas lavouras com um consumo atual no País, superando 300 mil toneladas e nos últimos 40 anos ocorreu o aumento em 700%. Como conseqüência do uso indiscriminado desses venenos, muitos enxames de espécies apícolas e meliponícolas têm sido dizimados em todas as Regiões brasileiras. Segundo os mesmos autores, o crescimento da agricultura nos últimos 50 anos, proporcionalmente houve o aumento do uso de defensivos agrícolas nas lavouras gerando impactos à saúde humana e meio ambiente. No Brasil, a utilização de agrotóxicos é regulada pela Lei nº 7.802/89 e Decreto 4074/2002 (BRASIL, 2017), que infelizmente não são seguidos em sua totalidade, ofendendo diretamente à tutela constitucional ao Meio Ambiente, e por conseqüência enquadrando-se nos tipos penais previstos na Lei 9.605/98 que trata sobre os delitos ambientais.

Área	Nº de ninhos-armadilha instalados	Nº de blocos instalados	Nº de ninhos-armadilha ocupados	Taxa de ocupação (%)
I	360	10	22	2,03
II	288	08	59	5,46
III	432	12	101	9,35

Total	1.080	30	182	16,85

Tabela 1. Total de ninhos-armadilha e blocos instalados, número de ninhos ocupados e taxa de ocupação (%). Município de Brejão, Agreste Meridional-PE. Período: fevereiro/2014 a agosto/2016.

Legenda: Área I – caracterizada pelo cultivo de *Coffea arabica* L. (café); Área II - caracterizada pelo cultivo de *Citrus* spp. L. e Área III - caracterizada por Entorno - caracterizado por outras espécies botânicas ruderais e frutíferas arbustivas.

Analisando as preferências por diâmetro na atividade de nidificação pelas abelhas polinizadoras solitárias, houve concentração na produção de abelhas nos ninhos-armadilha com diâmetro 0,5 cm, emergindo 21 indivíduos. As espécies mais representativas nas áreas II (Citros) e III (Entorno) revelaram uma maior frequência relativa foram *Paratetrapedia* sp. (30,3%; n=10) com oito ninhos coletados, seguida da espécie *Megachile* sp. (27,2%; n=9) registrando, também, 8 ninhos. Sendo a área de Entorno (Área III) registando maior número de ninhos ocupados por espécies de abelhas registradas (n=20). Provavelmente esta área de entorno proporciona diferentes recursos alimentares como óleo floral e pólen para sobrevivência dessas abelhas solitárias, havendo uma maior produção de prole. A maior preferência de nidificação ocorre no diâmetro 0,5 cm, demonstrando que as espécies de abelhas polinizadoras solitárias registradas tiveram preferência nesse diâmetro como as espécies *Paratetrapedia* sp. e *Megachile* sp. (Tabela 2).

Tribo/Espécie	**Nº de ninhos/ área**			**Total ninhos**	**NIE/diâmetro (cm)**				**FR%**
	I	**II**	**III**		**0,5**	**0,7**	**0,9**	**1,1**	
Centridini									
Centris analis Fabricius, 1804	0	1	1	2	0	3	0	0	9,0
Centris tarsata Smith, 1874	0	0	1	1	0	2	0	0	6,0
Ericrocidini									
Mesocheira bicolor Fabricius, 1804	0	0	2	2	2	0	0	0	6,0
Euglossini									
Euglossa sp. Latreille, 1802	0	0	4	4	0	0	4	0	12,1
Megachilini									
Megachile sp. Latreille, 1802	1	3	4	8	9	0	0	0	27,2
Tapinotaspidini									
*Paratetrapedi*a sp. Moure, 1941	0	3	5	8	10	0	0	0	30,3
Xylocopini									

Xylocopa sp. Latreille, 1802	0	0	3	3	0	0	3	0	9,0
Total geral	**1**	**7**	**20**	**28**	**21**	**5**	**7**	**0**	**100**

Tabela 2. Ninhos ocupados, número de indivíduos emergidos (NIE) por espécie de abelha para cada diâmetro (cm) e frequência relativa (FR%) das espécies. Município de Brejão, Agreste Meridional-PE. Período: fevereiro/2014 a agosto/2016.

Legenda: Área I – caracterizada pelo cultivo de *Coffea arabica* L. (café); Área II - caracterizada pelo cultivo de *Citrus* spp. L. e Área III - caracterizada por Entorno - caracterizado por outras espécies botânicas ruderais e frutíferas arbustivas.

A maior taxa de ocupação em ninhos por abelhas solitárias na área III, caracterizada por área de cultivo do Entorno, demonstra um comportamento de nidificação semelhante a alguns trabalhos realizados em agroecossistemas, onde o oferecimento de diferentes recursos para o forrageamento como pólen, resina e óleos florais, proporciona alta taxa de ocupação por abelhas solitárias (AGUIAR e MARTINS, 2002; GARÓFALO et al., 2004; DÓREA et al., 2013; MACHADO, 2011), visto que as cavidades se tornam mais atrativas à medida que mais fêmeas ocupam o local, onde são disponibilizados estes recursos para a provisão e materiais de forrageamento (ALVES-DOS-SANTOS et al. 2002)

Foram registrados 994 visitantes florais distribuídas em cinco espécies durante dois anos de amostragens, sendo: 01 espécie da tribo Apini *Apis millifera scutellata* Lepeletier, 1836 e 04 espécies da tribo Meliponini: *Melipona bicolor* Lepeletier, 1836, *Melipona scutellaris* Latreille, 1811, *Partamona* sp., sendo as áreas II e III apresentando maior número de visitantes florais (n=407), Schwarz, 1939 e *Trigona spinipes* Fabricius, 1793. Houve diferença significativa (p<0,001) na correlação dos visitantes florais entre as áreas estudadas pelo teste Qui-quadrado, sendo *T. spinipes* apresentando maior frequência relativa (39,7%), totalizando 395 espécimes, seguida de *A. mellifera scutellata* (31,8%; n=316) e *Partamona* sp. (14,6%) com 145 indivíduos (Tabela 3).

Espécie	Ni/área			FR%
	I	II	III	
Apis millifera scutellata Lepeletier, 1836	61	127	148	31,8
Melipona bicolor Lepeletier, 1836	16	18	24	5,8
Melipona scutellaris Latreille, 1811	19	27	34	8,1
*Partamon*a sp. Schwarz, 1939	31	53	61	14,6
Trigona spinipes Fabricius, 1793	141	178	201	39,7
Total geral	**237**	**350**	**407**	**100**

Tabela 3. Espécies de visitantes florais, número de indivíduos e frequência relativa (FR%) registradas nas três áreas de estudo. Município de Brejão, Agreste Meridional-PE. Período: fevereiro/2014 a agosto/2016 (Apenas épocas de floradas a cada ano).

Legenda: Área I – caracterizada pelo cultivo de *Coffea arabica* L. (café); Área II - caracterizada pelo cultivo de *Citrus* spp. L. e Área III - caracterizada por Entorno - caracterizado por outras espécies botânicas ruderais e

O número reduzido de nidificações de abelhas solitárias no presente estudo pode está relacionado com o uso intensivo das áreas cultivadas com tratos culturais, o que reduz as opções de locais para nidificação. Segundo Freitas et al. (2017) apesar de muitas culturas agrícolas fornecerem néctar, pólen e outros recursos como óleos e resinas florais, são na maioria das vezes restritos às abelhas, em conseqüência do uso intenso de práticas agrícolas ecologicamente incorretas e dentre essas práticas, destaca a aplicação de pesticidas. Segundo os mesmos autores, os visitantes florais estão mais expostos aos pesticidas durante as visitas em busca de recursos alimentares, sujeitas à contaminação.

Kubik et al. (1999) enfatiza que os principais problemas são decorrentes da utilização dos pesticidas sistêmicos que se deslocam pelo sistema vascular da planta, podendo contaminar pólen e néctar e outros recursos fornecidos. Esses recursos, quando utilizados por abelhas sociais prejudicam o desenvolvimento da colônia e a qualidade dos seus produtos. Os defensivos químicos se utilizados de modo irregular, podem prejudicar as funções cognitivas das abelhas, afetando o sucesso reprodutivo e diminuindo a expectativa de vida (ZHANG e NIEH, 2015).

Gussoni e Ribeiro (2016) inferem que o uso indiscriminado de inseticidas à base de neonicotinóides já foi admitido como uma das causas prováveis do CCD (Desordem do Colapso das Colônias), fenômeno pelo qual as abelhas não retornam para os enxames, onde os agrotóxicos podem provocar desordem no comportamento regular das abelhas e conseqüentemente sua morte, desta forma causando redução patrimonial (dano material) àqueles que exercem estudos com apicultura ou meliponicultura. Neste pensamento, a Constituição Federal de 1988 – CF/88 em seu artigo 225 - *caput* diz que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo às presentes e futuras gerações” (BRASIL, 2017). Sendo assim, é correto que atitudes contrárias a esse dispositivo possam ser consideradas como crime ambiental.

Borges (2016) define como Crime ambiental a prática de ação ou omissão definida como crime na Lei nº 9.605/98 (Lei dos crimes ambientais), ou ainda, no aspecto formal como fato típico antijurídico e culpável praticado por alguém contra o tipo objetivo que está tipificado como crime ambiental. Em outras palavras, crime ambiental é aquela ação *contra legem,* praticada em face do meio ambiente e prevista na normativa supracitada ou em legislação corolária. O sujeito ativo (quem pratica) pode ser qualquer pessoa física ou jurídica e o passivo (quem sofre a ação) é a sociedade como um todo e o próprio estado. Desta forma obedecendo a *Mens Legis* quando utilizou o termo “coletividade”. O direito ao Meio Ambiente é inerente à coletividade, ou seja, é público.

Na busca de amparo às abelhas através da responsabilização criminal pelo uso desregrado de agrotóxicos, devem ser levantadas três perspectivas diferentes: A primeira, considerando-se crime contra a fauna previsto no artigo 29, inciso II, da Lei 9.605/98 que elenca como pena detenção de seis meses a um ano do acusado, e multa. Na segunda perspectiva é considerado crime contra a flora – Lei de Crimes Ambientais nº 9.605, 1998 (BRASIL, 2017). A ausência dos polinizadores obsta a reprodução de espécies vegetais, podendo impedir ou dificultar a regeneração natural de áreas em recuperação, devido à polinização realizada por vetor biótico, como as abelhas, ser responsável por 80% de todos os tipos de polinização, sendo muito importantes para a agricultura e a biodiversidade (CASTRO, 2010). Desta forma enquadra-se no tipo criminal previsto no artigo 48 da Lei mencionada. Por último a Lei dos crimes ambientais traz em seu artigo 56 previsão de pena para quem utiliza defensivos químicos em desconformidade com as normatizações dos órgãos fiscalizadores, como Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA), Agência de Defesa e Fiscalização Agropecuária de Pernambuco (ADAGRO) e o Instituto Agronômico de Pernambuco (IPA).

Nesta vertente, havendo suspeita da pratica de ilícito ambiental, em acordo com o artigo 129, inciso III da CF/88 e 26 da Lei 9.605/98 que define o tipo de ação como pública incondicionada, pode o cidadão procurar diretamente o ministério público visando que este instaure inquérito para esquadrinhar a ilicitude do feito, solicitando, se necessário, realização de perícia técnica à secretaria/agência de defesa agropecuária do Estado Federativo. Comprovado o delito, pode o acusado incorrer em diversas sanções judiciais como, por exemplo, a suspensão das atividades industriais ou agrícolas até a desintoxicação da área afetada, visando restaurar o estado *quo ante* do local afetado, indenização por danos ambientais e até mesmo a prisão do agente cujo qual lhe está sendo imputada a prática do ilícito (BRASIL Lei nº 7.802, 1989).

4 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

O número reduzido de espécies abelhas pode estar relacionado com o uso intensivo de tratos culturais nas áreas cultivadas estudadas, o que reduz os sítios de nidificação e incidência dos visitantes florais. Tornam-se necessárias novas pesquisas e que sirvam de subsídios sobre os procedimentos de utilização adequada de agrotóxicos, na formulação de medidas de recuperação e conservação de polinizadores.

No âmbito do direito, como ciência social, o homem tem a responsabilidade de preservar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna. No aspecto hermenêutico jurídico, vislumbra-se a possibilidade do combate à supressão dos polinizadores através da normativa prevista na Lei 9.605/98, que pode ser aplicada sob vários vértices, como ofensa à flora, fauna e poluição do ecossistema.

5 I AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem a Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco - FACEPE e Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq (Proc. DCR-0012-5.01/13 and APQ-0178-5.01/13) pelo financiamento do Projeto e bolsa DCR concedida, aos Laboratórios de Entomologia Aplicada e de Ensino de Zoologia (LABEZoo) da UFRPE/UAG pelo apoio às análises e aos especialistas do Laboratório BIOSIS/UFBA pela identificação dos espécimes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, A. J. C; MARTINS, C. F. Abelhas e vespas solitárias em ninhos armadilha na Reserva Biológica Guaribas (Mamanguape, Paraíba, Brasil). **Revista Brasileira de Zoologia,** v.19, n.1, p.101-116. 2002.

ALVES-DOS-SANTOS, I.; MELO, G.A.R.; ROZEN, J.G. Biology and immature stages of the bee tribe Tetrapediini (Hymenoptera: Apidae). **America Museum Novitates.** v.3377, p.1-45. 2002.

BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (Art. 225).** Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em https://www.planalto.gov.br/. Acesso em: 18 jul. 2017

BRASIL **Lei de crimes ambientais, Lei nº 9.605 de 1998.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, Disponível em https://www.planalto.gov.br/. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL **Lei dos agrotóxicos, Lei nº 7.802 de 1989.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, Disponível em https://www.planalto.gov.br/. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL **Regulamenta a Lei dos agrotóxicos, Decreto nº 4074 de 2002.** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, Disponível em https://www.planalto.gov.br/. Acesso em: 18 jul. 2017.

BORGES, A. M. Curso completo de Direito Agrário. 5ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2016. 672p.

CASTRO, S. Biologia da Polinização: To bee or not to bee?. Biologia (II), 03 de maio de 2010, Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/polinizador#cite_note-1. Acesso em: 27 de julho de 2017.

DÓREA, M. C.; AGUIAR, C. M. L.; FIGUEROA, L. E. R.; LIMA, L. C. L.; SANTOS, F. A. R. A study of pollen residues in nests of *Centris trigonoides* Lepeletier (Hymenoptera, Apidae, Centridini) in the Caatinga vegetation, Bahia, Brazil. **Grana**, v.52, p.122-128. 2013.

FAO (Food and Agriculture Organization). Conservation and management of pollinators for sustainable agriculture – the international response. In: FREITAS, B. M.; PEREIRA, J. O. P. (Eds.) **Solitary bees: conservation, rearing and management for pollination.** Fortaleza: Imprensa Universitária UFC, 2004. p.19-25. 285p.

FREITAS, P. V. D. X. de; RIBEIRO, F. M.; ALMEIDA, E. M. de; ZANATA, R. A.; ALVES, J. J. L.; OLIVEIRA, V. F.; FAQUINELLO, P. Declínio populacional das abelhas polinizadoras: Revisão. **Publicações em Medicina Veterinária e Zootecnia** v.11, n.1, p.1-10, 2017.

FREITAS, B. M.; PINHEIRO, J. N. **Polinizadores e pesticidas: princípios de manejo para os agroecossistemas brasileiros.** Ministério do Meio Ambiente – MMA. 112p. il. 2012.

GARIBALDI, L. A.; AIZEN, M. A.; KLEIN, A. M.; CUNNINGHAM, S. A.; HARDER, L. D. Global growth and stability of agricultural yield decrease with pollinator dependence. **Sustainability Science – PNAS** v.108, n.14, p.5909-5914. 2011.

GARÓFALO, C. A.; MARTINS, C. F.; ALVES-DOS-SANTOS, I. The brazilian solitary bee species caught in trap nests. In: FREITAS, B. M.; PEREIRA, J. O. P. Solitary Bees: **Conservation, Rearing and Management for Pollination.** Imprensa Universitária, Universidade Federal do Ceará: p.77-84, 2004.

GIANNINI, T. C.; ACOSTA, A. L.; GARÓFALO, C. A.; SARAIVA, A. M.; ALVES-DOS-SANTOS, I.; IMPERATRIZ-FONSECA, V. L. Pollination services at risk: Bee habitats will decrease owing to climate change in Brazil. **Ecological Modelling** v.244, p.127–131. 2012

GUSSONI, W. J.; RIBEIRO, G. S. **Abelhas x Agrotóxicos. Informativo aos apicultores e meliponicultores.** 2ª Edição. Apoio: Federação Baiana de Apicultura e Meliponicultura – Febamel. Setor de Apicultura e Meliponicultura da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. 2016. 14p.

IMPERATRIZ-FONSECA, V. L. Conservação de polinizadores no ano internacional da biodiversidade. **Oecologia Australis** v.14, n.1, p.14-15. 2010.

KEVAN, P.G.; IMPERATRIZ-FONSECA, V.L. **Pollinating bees: the conservation link between agriculture and nature.** Brasília: Ministry of Environment, Brazil, 2002. 313p.

KUBIK, M.; NOWACKI, J.; PIDEK, A.; WARAKOMSKA, Z.; MICHALCZUK, L.; GOSZCZYNSKI, W. Pesticide residues in bee products collected from cherry trees protected during blooming period with contact and systemic fungicides. **Apidologie** v.30, p521-532. 1999.

MACHADO, C. S. **Polinizadores efetivos de *Malpighia emarginata* D.C. no Recôncavo da Bahia.** 91p. 2011. Tese de Doutorado (Doutorado em Ciências Agrárias) - Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. 91p. 2011.

MICHENER, C. D. **The bees of the world.** The Johns Hopkins University Press. Second edition. Baltimore, Maryland. Second edition. 2007. 953p.

NEVES, C. M. L.; CARVALHO, C. A. L.; MACHADO, C. S.; AGUIAR, C. M. L.; SOUSA, F. S. das M. Pollen consumed by the solitary bee *Tetrapedia diversipes* (Apidae: Tetrapediini) in a tropical agroecosystem. **Grana**, v.53, p.1-7. 2014.

PINA, W. da C.; AGUIAR, C.M.L. Trap-nesting Bees (Hymenoptera: Apidae) in Orchards of Acerola (*Malpighia emarginata*) in a Semiarid Region of Brazil. **Sociobiology** v.58, p.1-14. 2011.

SILVEIRA NETO, S., O. NAKANO, D. BARDIN, N. A. VILLA NOVA. **Manual de Ecologia dos Insetos**. Piracicaba. Ceres, 419p. 1976.

ZHANG, E.; NIEH, J. C. The neonicotinoid imidacloprid impairs honey bee aversive learning of simulated predation. **Journal of Experimenta Biologia** v.218, p3199-3205. 2015.

CAPÍTULO 22

OS MEIOS MARÍTIMOS NÃO TRIPULADOS: IMPACTOS PRÁTICOS E JURÍDICOS NA NAVEGAÇÃO MERCANTE E NOS NAVIOS DE GUERRA AUTÔNOMOS E REMOTAMENTE CONTROLADOS

Nathalia Vasconcellos de Souza
Escola de Guerra Naval (EGN)
Rio de Janeiro – RJ

Larissa Noé Gonçalves Miranda
Escola de Guerra Naval (EGN)
Rio de Janeiro – RJ

Lucas Ferreira Braga
Escola de Guerra Naval (EGN)
Rio de Janeiro – RJ

RESUMO: O presente estudo tem por escopo analisar quais as principais consequências práticas e jurídicas podem ser extraídas do uso de meios marítimos não tripulados, criações oriundas dos inúmeros avanços tecnológicos influenciadores da modernização naval mundial, mais especificamente, da criação de um sistema autônomo de navegação marítima propiciador, por exemplo, da digitalização da navegação mercante com a "internet" das coisas e dos navios de guerra autônomos ou remotamente controlados. A pesquisa, de natureza exploratória, será realizada mediante revisão de literatura, legislativa e bibliográfica, a partir do levantamento de fontes primárias e secundárias. Pretende-se perquirir sobre o que sejam os navios não tripulados; como essas embarcações podem ser classificadas; se há regramento legal para o emprego juridicamente respaldado de tais embarcações na legislação internacional e/ou no direito interno brasileiro. Por fim, será exposta a necessidade de estímulo ao fomento do ensino de métodos e técnicas de pesquisa em Defesa nas universidades e centros de pesquisa para o desenvolvimento de navios não tripulados – sejam autônomos ou remotamente controlados – e, principalmente, ao desenvolvimento da infraestrutura de portos para recepção de embarcações estrangeiras com tal tecnologia.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Naval Autônomo. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Ciência, Tecnologia & Inovação. Segurança Internacional, Estudos Estratégicos e Política de Defesa. Poder Marítimo.

THE UNMANNED MARITIME VEHICLES: PRACTICAL AND LEGAL IMPACTS IN MERCHANT NAVIGATION AND IN AUTONOMOUS AND REMOTELY CONTROLLED WAR VESSELS

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the main practical and juridical consequences that can be derived from the use of unmanned maritime means, creations derived from the innumerable technological advances that influence world naval modernization,

specifically the creation of a self-propelled maritime navigation system, for example, the scanning of merchant shipping with the “internet” of things and of autonomous or remotely controlled warships. The exploratory research will be carried out through literature, legislative and bibliographical review, based on the survey of primary and secondary sources. The aim is to investigate unmanned ships; how these vessels can be classified; whether there is a legal rule for legally supported employment of such vessels in international law and / or in Brazilian domestic law. Finally, the need to stimulate the teaching of defense research methods and techniques in universities and research centers for the development of unmanned ships - whether autonomous or remotely controlled - and, especially, the development of ports for the reception of foreign vessels with such technology.
KEYWORDS: Autonomous Naval System. Warships. United Nations Convention on the Law of the Sea. Science, Technology & Innovation. International Security, Strategic Studies and Defense Policy. Maritime Power.

1 I INTRODUÇÃO

A reconfiguração dos setores produtivos pautada pelos avançados processos de automação, de criação e compartilhamento de dados, pela conectividade e pelo ganho exponencial advindo do desenvolvimento de tecnologias da informação e comunicação permite uma interconexão mais eficiente entre pessoas. Ao mesmo tempo, propicia que atividades antes intrinsecamente dependentes do trabalho humano passem a ser desenvolvidas por máquinas em elevado grau de excelência em funções específicas para as quais são programadas.

Esse fenômeno, apesar de recente, é inexorável. Os diversos setores da vida política, econômica e social precisam lidar com essa realidade que dá sinais de possuir o potencial de reconfigurar processos de produção e de tomada de decisão. De fato, a velocidade e profundidade em que avança a chamada quarta revolução industrial exige que os setores público e privado procurem acompanhar esse movimento seja no sentido de compreendê-lo para dele extrair as maiores possibilidades, seja para aplicá-lo, e ao mesmo tempo, construir novos dispositivos legais que venham ao encontro das particularidades tecnológicas não previstas em outros tempos.

De fato, a economia dos países e, consequentemente, o arranjo de poder global terão grande relação com o modo como os Estados se inserem nesse movimento tecnológico emergente. Com 90% de todo o comércio mundial diretamente relacionado à economia marítima, a capacidade de manter sob domínio nacional as melhores tecnologias para exercício da atividade marítima, bem como a devida segurança legal para aplicá-las, tem o potencial de condicionar o crescimento econômico e, concomitantemente, o exercício da soberania dos países.

Despontam nesse cenário promissor e desafiador, as novas tecnologias associadas às embarcações marítimas, nomeadamente, os meios marítimos

chamados não tripulados. Dominar processos de produção, manutenção e inteligência embarcada nesses novos meios, exige uma concentração de esforços para que particularmente os países que nutrem interesse pelo mar, ou que dele tenham grande dependência, não fiquem excluídos dessa nova onda

industrial.

Um desafio marcante nesse contexto está relacionado aos países em desenvolvimento, que precisam se planejar para adequar sua produção, para acompanhar esse processo que surge, e fazer valer, no âmbito da legislação, seu direito de controlar o território marítimo que lhe cabe. Igualmente, precisarão se proteger de investidas de outros países detentores de maior domínio de novas tecnologias em suas águas jurisdicionais.

O Brasil, país caracterizado por um processo tardio de industrialização, está, pois, diante de um desafio de grandes proporções. Associado a seu fator produtivo histórico, o Brasil é um país que, pela própria geografia e dependência econômica do mar, não pode se esquivar da compreensão e formulação de posicionamento diante da exigência do emprego de novas tecnologias no mar.

O objetivo do presente artigo é, portanto, compreender o advento de novas tecnologias no ambiente marítimo, com suas implicações para a economia do mar, e perscrutar o amparo legal a nível nacional e internacional para esse fenômeno, o uso de meios marítimos não tripulados. Para tanto, pretende-se perquirir sobre a necessidade de investimentos em pesquisa na área de Defesa nas universidades e centros de pesquisa brasileiros para o desenvolvimento e aprofundamento dos estudos sobre navios não tripulados, sejam autônomos ou remotamente controlados.

2 | MEIOS MARÍTIMOS NÃO TRIPULADOS: UMA NOVA MODALIDADE DE TRANSPORTE MARÍTIMO

Está cada vez mais claro que os navios autônomos e os controlados remotamente estão se tornando realidade. De acordo com Höyhtyä et al. (2018, p. 1), os primeiros testes estão sendo feitos na Finlândia e pequenas embarcações superficiais não tripuladas (USV's) já são amplamente utilizadas no oceano para investigação científica, guarda costeira e aplicações militares. As previsões indicam um quadro em que as embarcações operadas remotamente podem ser realidade até 2020 e navios oceânicos com uso no transporte marítimo até 2030.

Ainda segundo Höyhtyä (2018, p. 1), "os navios não tripulados visam a aumentar a segurança das operações no mar, reduzir o consumo de combustível e transformar as funções de trabalho no domínio marítimo. Um componente crítico capacitador do navio autônomo é a conectividade".

O interesse por esses navios é, segundo Levander (2017 p. 28), fácil de ser entendido, uma vez que devem ser mais seguros, eficientes e mais baratos de serem

executados, além de reduzir a margem de acidentes provocados por erro humano resultantes da fadiga. Outra vantagem de navios remotamente controlados e navios autônomos se relaciona com uma capacidade de carga maior, isso porque:

> Sem equipe para acomodar, certos recursos dos navios de hoje podem ser eliminados - por exemplo, a casa do convés, os aposentos da tripulação e elementos dos sistemas de ventilação, aquecimento e esgoto. Isso tornará o navio mais leve e mais elegante, reduzindo o consumo de combustível, reduzindo os custos operacionais e de construção, e facilitando projetos com mais espaço para carga. A ameaça representada pela pirataria aos navios e suas tripulações também deve ser reduzido. Isso porque os navios desenhados podem ser construídos de modo que seria muito difícil embarcar em alto mar (LEVANDER, 2017, p. 28).

Percebe-se, portanto, que a tecnologia de navios autônomos, pelas possibilidades que acarreta, será um tema de preocupação na discussão sobre soluções de transporte marítimo mais eficientes, respeitadoras do ambiente e mais seguras. O tempo está amadurecendo para a introdução de soluções comercialmente sensíveis para navios de carga e de passageiros não tripulados e totalmente autônomos (AHVENJARVI, 2016 p. 1).

3 I NOVAS TECNOLOGIAS INCORPORADAS AO AMBIENTE MARÍTIMO

A evolução na relação entre homens e máquinas evidenciada desde a primeira revolução industrial, que aconteceu na Europa entre os séculos XVIII e XIX, consagrou o papel da tecnologia como elemento capaz de reconfigurar modelos produtivos (HARTWELL, 1990). De fato, as revoluções industriais clássicas, se pautaram (1º) pela criação da máquina a vapor e das ferrovias (1760 - 1840), (2º) pelo advento da eletricidade e da linha de montagem (final do século XIX) e (3º) pela revolução digital ou do computador (década de 1960) (MAJUMDAR, 2012).

Amparando-se na tecnologia precedente e propondo-se uma disrupção própria, é cabível que desponte uma nova revolução industrial, capaz de reconfigurar não apenas o modelo produtivo, mas também as relações sociais, políticas e econômicas. A recente difusão do conceito de Indústria 4.0, ou quarta revolução industrial, se originou de um projeto estratégico do governo alemão, em 2011, que trazia como pressuposto básico a conexão de máquinas, sistemas e ativos com a capacidade de criar redes inteligentes ao longo de uma cadeia produtiva que passaria a se guiar pela automação (SILVEIRA, 2018).

Essa nova revolução, pautada por pressupostos como a inteligência artificial, a robótica, a “internet” das coisas, veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia e armazenamento de energia, tem como características singulares, que a distingue das precedentes, a velocidade, amplitude e profundidade, ao fundir tecnologias e integrar os domínios físico, digital e biológico. Há, portanto, um impacto na economia, na sociedade e na compreensão do território, que graças

às novas tecnologias, não distingue claramente o local e o global.

Essas novas tecnologias, terão portanto a capacidade de impactar os diversos domínios da vida humana (SCHWAB, 2016). Na esteira da concepção de Schumpeter (1942), o presente contexto de aceleradas transformações que atingem o modelo produtivo, a automação e digitalização da realidade implica grave potencial disruptivo em diversos setores, acarretando a exigência de uma atualização e sustentação de novas tecnologias.

De acordo com Candido (2011, p.6), tecnologias de natureza disruptiva dizem respeito à criação de soluções mais eficientes pela via tecnológica, reconfigurando inclusive a competição a nível de mercados e o arranjo de poder a nível global, com desdobramento geopolítico. Portanto, ao emergirem, novas tecnologias não estão apenas à frente da legislação presente, mas alteram inclusive questões práticas como a competitividade e a projeção de poder dos países.

Urge que os diversos setores da sociedade se preparem para uma inserção nesse novo paradigma. Particularmente sensível nesse sentido, surge a relevância da questão marítima, como ambiente capaz de influenciar gravemente a dinâmica social ao ser responsável por 90% do comércio mundial.

Toda a economia marítima está sob a possibilidade de influências das tecnologias emergentes. Com efeito, conforme indica James Fanshawe (2018. p. 7), diversos são os setores que podem ser reconfigurados pelos sistemas autônomos marítimos, nessa esteira, (1º) operações comerciais e transporte marítimo; (2º) controle de vias navegáveis interiores; (3º) setores críticos de energia, como óleo e gás; (4º) pesquisa científica marinha; (5º) gestão de ativos subaquáticos; (6º) operações de segurança e defesa e (7º) linhas de transmissão de dados marítimos.

De fato, a hegemonia nos processos das três primeiras revoluções industriais se ateve às economias centrais do sistema global, excluindo-se desse processo países considerados periféricos. Essa interpretação, concebida como uma teoria do subdesenvolvimento pela Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) – criada pelas Nações Unidas em 1948, com sede na Capital do Chile com a função de estudar o subdesenvolvimento latino-americano, suas causas, como também suas possibilidades de superação –, se aplica à análise do problema do subdesenvolvimento nos países latino-americanos.

Ao instaurar um instrumental analítico, a CEPAL interpretou a economia global sob uma perspectiva de centro-periferia que tende a se reproduzir, tendo-se em vista suas causas estruturais e históricas. De fato, conforme observou um expoente dessa corrente, Raúl Prebisch:

> A difusão do progresso técnico para a América Latina apresenta, portanto, certas características específicas [...]. Em resumo, se a meta fundamental de elevar a produtividade, por um lado, oferece a conhecida vantagem de se valer da experiência dos grandes países e evitar suas tentativas e erros, depara-se, por outro, com uma série de obstáculos originados do fato natural de os países que primeiro se desenvolveram estarem mais adiantados em renda, produtividade

> e capitalização. Do que se pode afirmar, de um modo um tanto paradoxal, que a elevada produtividade dos grandes países industriais constitui um dos maiores impedimentos que os países da periferia devem contornar para atingir produtividade semelhante. (2011, p. 230)

Os pressupostos exigidos pela quarta revolução industrial reivindicam infraestrutura e base produtiva capaz de assimilá-los. Surge, assim, a preocupação sobre como o Brasil e seu poder marítimo, que envolve todo o seu potencial de uso do mar e seu braço armado, o poder naval, enfrentará uma possível desvantagem nessa nova onda industrial de caráter disruptivo.

Os sistemas de produção que surgem são altamente digitalizados, o que exige a infraestrutura própria para dar suporte a essa nova configuração pautada pela integração entre ambiente ciber e físico, pela comunicação entre máquinas e pela conexão entre processos decisórios e sistemas de gestão. Há, portanto, a necessidade de planejamento para fazer a introdução do novo paradigma digital.

Caso mantidas as desvantagens do setor marítimo brasileiro, os impactos práticos teriam relação com perda na competitividade do comércio exterior brasileiro, ante o barateamento de processos adquiridos por competidores, bem como fragilidade à segurança marítima, a exposição dos dispositivos e tecnologias utilizados em embarcações navais e a obsolescência inerente a esse movimento. No campo das embarcações autônomas, cabe, portanto, levantar algumas questões pertinentes com relação a esse processo, como, por exemplo, se a indústria marítima está pronta para essa mudança com contornos disruptivos; ainda, qual a concepção sobre autonomia e os benefícios que dela se deseja extrair e, também, se há o controle do progresso tecnológico (FANSHAWE, 2018. p. 2).

O advento dos navios não tripulados, remotamente controlados ou autônomos, conforme aponta o relatório da Future Nautics (2016, p. 31), é transformador, porque eles são uma manifestação física de muitas das tendências tecnológicas disruptivas no mundo atual. Assim, a criação de navios inteligentes tem o potencial de catalisar uma mudança em escala maciça que reconfigura cadeias de valor, de modo que tende a redefinir o ambiente marítimo.

4 I DISCIPLINA JURÍDICA DOS NAVIOS NÃO TRIPULADOS NO BRASIL

A Convenção Internacional para Salvaguarda da Vida Humana também é conhecida como Convenção SOLAS por conta da sua nomenclatura inglesa “International Convention for the Safety of Life at Sea” e é considerada como um dos mais importantes tratados internacionais sobre a segurança da Marinha Mercante. A sua primeira versão, de 1914, surgiu como uma resposta ao trágico acidente marítimo do navio transatlântico Titanic.

Posteriormente surgiram outras versões da Convenção SOLAS, a segunda em 1929, a terceira em 1948 e a quarta em 1960, fornecendo uma enorme evolução na

regulamentação da marinha mercante. Em 1974, atendendo ao avanço tecnológico da época, foi adotada uma nova convenção que, em maio de 1982, foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 87.186, de 18 de maio de 1982.

Como resultado, o Decreto n. 92.610, de 2 de maio de 1986, promulgou o correspondente Protocolo de 1978 relativo à Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar de 1974, em que o capítulo 5 da SOLAS trata do regramento relativo à segurança da navegação e a regra de n. 14 dispõe sobre a condução dos navios. Segundo o referido regramento, os países signatários do presente tratado deverão assegurar meios para que todos os navios sejam suficiente e eficientemente conduzidos, estabelecendo tripulação de segurança mínima adequada para cada tipo de embarcação (BRASIL, 1982).

Em 11 de dezembro de 1997 foi sancionada a Lei n. 9.537, também conhecida como LESTA (Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário), que cuida de delegar à autoridade marítima a proteção da segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. No seu artigo 3º é estabelecida a competência da autoridade marítima, a Diretoria de Portos e Costas (DPC), órgão da Marinha do Brasil, para editar as Normas da Autoridade Marítima (NORMAMs). Objetivando o cumprir o estabelecido pela LESTA e pela SOLAS, a autoridade marítima brasileira, através da Diretoria de Portos, editou a chamada NORMAM01/DPC que tem como finalidade regulamentar as normas da autoridade marítima para embarcações empregadas na navegação em mar aberto (BRASIL, 2005).

A NORMAM-01/DPC, especificamente no capítulo 1, disciplina o estabelecimento das tripulações de segurança das embarcações, tratando o que seria equivalente à tripulação marítima mínima estabelecida pela SOLAS. Assim, observa-se que uma norma que é hierarquicamente inferior acaba trazendo efetividade ao tratado internacional ao estabelecer no item 0101 a necessidade de existir um número mínimo de tripulantes, ou seja, toda embarcação deve possuir uma chamada tripulação de segurança para sua operação segura.

Objetivando reparar uma situação que prejudica a navegação de navios não tripulados em águas jurisdicionais brasileiras, uma remodelação da NORMAM poderia sanar facilmente a presente questão. Por se tratar de uma norma infralegal, a sua alteração não abarca uma discussão no Congresso Nacional, muito embora, vale destacar, a alteração da NORMAM faça com que o Brasil se choque com o entendimento abarcado pelo SOLAS, uma convenção já internalizada no país.

Vale observar que o Brasil, ao conceituar legalmente uma embarcação, não leva em consideração a existência ou não de uma tripulação (BRASIL, 1997). Isso, evidentemente, poderia ser visto como uma possibilidade futura no âmbito da navegação autônoma ou remotamente controlada, haja vista que, de acordo com o artigo 4º, incisos I e III, alínea b, da Lei n. 9.537/1997 (LESTA), a autoridade marítima tem o poder de elaborar normas que objetivem a regulamentação do tráfego e a permanência de embarcações nas águas jurisdicionais brasileiras, além

de determinar a tripulação de segurança dessas embarcações.

Bem como a possibilidade de assegurar aos interessados (por exemplo, proprietário e armadores) o direito de ingressarem com recurso se discordarem de determinada matéria (como o número fixado para tripulação mínima de segurança), é possível que as partes argumentem que o dispositivo legal não deve impedir o progresso da inovação tecnológica e todo desenvolvimento que está incutido na navegação. Vale observar que se os sistemas que são embutidos nas embarcações, permitindo sua autonomia e seu controle remoto,

conseguirem comprovar satisfação, no que tange a manutenção da segurança sem a necessidade de tripulação, não há que se falar em uma norma que exija um número mínimo de pessoas para integrar a tripulação, sendo tão somente aplicável àquelas que não possuam esse tipo de tecnologia.

Assim, foi exposta uma análise abarcada em um viés jurídico, objetivando lidar com os requisitos presentes no âmbito internacional para a navegação de veículos não tripulados e as suas consequências jurídicas caso ocorra uma mudança no regramento legislativo brasileiro. Além do mais, há de se observar a exigência, nas regras de direito internacional do mar, de uma tripulação mínima o que, por fim, acaba inviabilizando o tráfego desse tipo de navios em águas internacionais.

5 I OS NAVIOS DE GUERRA NÃO TRIPULADOS E A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR

Objetiva-se obter um profundo conhecimento sobre os navios de guerra para entender se podem eles ser enquadrados como navios militares não tripulados com base no principal regime jurídico internacional sobre o assunto. Para isso, é preciso analisar a definição legal e os requisitos de uma embarcação de acordo com o Direito brasileiro para saber quais podem ser considerados navios de guerra pela Convenção de Montego Bay.

5.1 Definição Legislativa de Navios no Direito Brasileiro

O artigo 2º da Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997, repisa-se, dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. De acordo com ele, uma embarcação é qualquer construção suscetível de se locomover na água para transportar pessoas e/ou cargas, por meios próprios ou não, inclusive plataformas flutuantes e fixas, estas últimas quando rebocadas (BRASIL, 1997).

A doutrina elenca duas características sem as quais um artefato não seria considerado uma embarcação: a navegabilidade e a flutuabilidade (ZANELLA, 2013). Com isso, conclui-se que não é fator determinante que uma embarcação tenha uma tripulação para ser considerada um navio.

Esse detalhe legislativo afeta a definição legal das embarcações autônomas e

remotamente controladas. Com isso, não há dúvidas de que veículos não tripulados poderão ser enquadrados na definição de um navio, uma vez que possuem idêntica natureza jurídica.

5.2 A Relevância da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM)

O regime jurídico internacional sobre o Direito do Mar é dado pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar – em inglês "United Nations Convention on the Law of the Sea" (UNCLOS) –, que é um ramo do Direito Internacional como um todo. Esse tratado foi celebrado em Montego Bay, na Jamaica, sob a Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1982.

Em 22 de dezembro de 1988, mediante a publicação do Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990, o Brasil ratificou a supracitada convenção. Ela regulamentou uma série de assuntos marítimos que antes eram abordados pelo direito internacional consuetudinário e ainda criou o Tribunal Internacional para o Direito Marítimo (Tribunal for the Law of the Sea ou ITLOS) para o julgamento de conflitos acerca das interpretações e aplicações das normas da convenção.

Mesmo os países que não são signatários do ato multilateral em discussão consideram suas regras como consuetudinárias, como no caso dos EUA. Entretanto, como a convenção é uma fonte primária do Direito do Mar, o escopo do seu estudo neste trabalho envolve a definição de navio de guerra trazida em seu artigo 29.

A CNUDM não se manifesta acerca da aplicabilidade do direito de passagem inocente aos navios de guerra internacionais, assunto polêmico e debatido durante as discussões para criação da convenção. Apesar disso, os navios de guerra, normalmente armados e de acordo com sua finalidade no território marítimo estrangeiro, podem se enquadrar em alguma das hipóteses das alíneas do item 2 do artigo 19 da convenção, que disserta sobre os casos em que a passagem de um navio estrangeiro é considerada prejudicial e não inocente.

Esse tema exemplifica por que há a necessidade de um enquadramento de uma embarcação como navio de guerra. O Brasil precisa considerar se veículos marítimos militares não tripulados, sejam eles armados ou não, são navios de guerra. Com isso, o direito de passagem inocente dessas embarcações nas águas jurisdicionais brasileiras poderia ser negado em defesa da Amazônia Azul de forma legítima e dentro dos termos da convenção.

5.3 Navios de Guerra Definidos na CNUDM

Há quatro requisitos para que uma embarcação seja considerada navio de guerra de acordo com o artigo 29 da convenção: pertencer às forças armadas de um Estado; ostentar sinais exteriores próprios de navios de guerra da sua nacionalidade; estar sob comando de um oficial designado pelo Estado cujo nome figure na lista de

oficiais correspondente (ou equivalente) e estar sua tripulação submetida à disciplina militar (BRASIL, 1990). Com a definição das regras de direito internacional, conclui-se que os navios militares não tripulados não podem ser considerados navios de guerra de acordo com os requisitos exigidos pela CNUDM, ainda que sejam embarcações com sinais externos típicos de navios de guerra e que pertençam às forças armadas.

Tal conclusão possui consequências jurídicas de acordo com os termos da convenção. Exemplificativamente, destaque-se os artigos 95 e 236 do tratado. O artigo 95 confere imunidade de jurisdição a navios de guerra em alto mar, o que não poderia, em tese, ser aplicado às embarcações militares não tripuladas. Já o artigo 236, que dispõe sobre a imunidade soberana disciplinada, não poderia ser utilizado ao se falar de navios militares autônomos ou remotamente controlados.

Apesar das dificuldades de se tentar classificar um meio marítimo não tripulado como um navio de guerra nos termos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a situação requer que uma solução seja encontrada em nosso ordenamento jurídico, visto que navios não tripulados, sejam eles mercantes ou militares, estão em desenvolvimento em vários países. Esse, portanto, será um dos principais impactos que os navios militares não tripulados terão sobre a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

6 I ESTÍMULO À PESQUISA PARA O DESENVOLVIMENTO DE TAL NOVA TECNOLOGIA MARÍTIMA

Constatado que a garantia da economia marítima está intrinsecamente relacionada ao planejamento para a introdução de um paradigma emergente, é mister levantar a questão sobre a importância de centros de pesquisa e desenvolvimento dessas novas tecnologias no Brasil. Nesse sentido, os apontamentos da chamada tríplice hélice, que busca preencher lacunas e integrar universidades, indústrias e governos, é um caminho possível a fim de se desenvolver uma estratégia de inovação bem-sucedida (ETZKOWITZ, 2018 p. 1).

A criação do conceito “Amazônia Azul”, por hipótese, se deu para representar a importância das águas jurisdicionais brasileiras em alusão analógica à nomenclatura da maior floresta do planeta. Isso denota uma tentativa de aumentar o interesse da sociedade pela imensa gama de atividades marítimas possíveis ao território nacional.

Sob tal pretexto, faz-se necessária ao Brasil maior atenção dedicada ao desenvolvimento tecnológico dos meios marítimos não tripulados (navios autônomos e remotamente controlados). O assunto, bastante avançado no exterior, levou a Organização Marítima Internacional (IMO) a criar um grupo para examinar a regulação internacional da automação marítima em franco crescimento.

No Brasil, contudo, a presente investigação identificou apenas dois núcleos acadêmicos voltados ao estudo do tema. São eles o Programa de Mestrado

Profissional em Estudos Marítimos da Escola de Guerra Naval no Rio de Janeiro, que possui um Núcleo de Estudos de Políticas Marítimas com o objetivo final de elaborar uma proposta de regulamentação para o setor, e a equipe UFRJ Nautilus, que atua em projetos de automação naval, principalmente submarina.

É importantíssimo que o Brasil, possuindo ou não navios desse tipo, detenha a médio prazo toda a infraestrutura que tal inovação tecnológica exige dos portos onde essas embarcações de outros Estados vão atracar para exportações e importações (mercado internacional). Todavia, verifica-se que inexiste no país políticas públicas de defesa com esse viés em andamento.

Em suma, conclui-se que não são muitos os esforços brasileiros institucionais voltados para a compreensão dos impactos e persecução dos avanços tecnológicos de automação marítima. Disso se depreende a necessidade de estímulo ao fomento do ensino de métodos e técnicas de pesquisa em Defesa nas universidades e centros de pesquisa para o desenvolvimento de navios não tripulados – sejam autônomos ou remotamente controlados – e, principalmente, ao desenvolvimento da infraestrutura de portos para recepção de embarcações estrangeiras com tal tecnologia.

7 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca das implicações práticas oriundas do advento da autonomia tecnológica dos sistemas de navegação marítima, tem-se que, tão inexorável quanto a ascensão de um novo modelo de indústria, é o presente desafio do Brasil, país detentor de grande costa e dependente em grande escala da economia marítima, procurar superar problemas históricos estruturais para que seu ambiente marítimo esteja apto para a tecnologia disruptiva em comento. Apresenta-se a necessidade de que o país passe a desenvolver e ser o gestor, de forma autóctone, das novas tecnologias que terão grande impacto sobre o comércio, gestão de ativos subaquáticos e segurança marítima.

Jurídica e teoricamente, na legislação interna, todos os veículos autônomos ou remotamente controlados, inclusive os navios de guerra não tripulados, não poderiam navegar em águas jurisdicionais brasileiras por conta da Convenção Internacional SOLAS, internalizada no nosso ordenamento jurídico, que instituiu o instituto jurídico da tripulação segura. Uma das maneiras possíveis de se conseguir contornar a referida situação seria aproveitar a NORMAM-01/DPC, especificamente o item 0101, para que se alcance provas e meios necessários de se comprovar a segurança dos sistemas autônomos e/ou de controle remoto, para que seja dispensável a permanência de uma tripulação embarcada.

Vale observar que o objetivo da norma infralegal é a segurança da navegação. Isso prova que, mesmo uma embarcação não possua tripulantes, mas que seja segura, é possível a modificação da referida NORMAM. Contudo, qualquer mudança,

como exposto anteriormente, ocasionará modificações na esfera legislativa nacional e internacional.

Não obstante, a solução apontada para o caso modificaria o teor da NORMAM01/DPC, que foi estabelecido, especificamente, para efetivar a Convenção SOLAS, que o Brasil promulgou no seu ordenamento jurídico nos termos do artigo 3º da Lei n. 9.537/1997, após a edição do Decreto n. 87.186/1982. Assim, como membro signatário da Convenção, alterar a legislação infralegal interna faz com que seja alterado, também, o entendimento da SOLAS, o que poderia sugerir uma posição de descumprimento do referido tratado por parte do Brasil.

Na esfera internacional, tem-se o conceito excludente de navios de guerra e como os navios militares autônomos e remotamente controlados encontram-se à margem do ordenamento jurídico internacional. Os navios de guerra e os navios militares não tripulados acabam por possuir uma natureza jurídica distinta e, a menos que o ordenamento jurídico modifique seu entendimento, os navios autônomos ou remotamente das forças armadas não poderão ser considerados como navio de guerra se observadas as regras pertinentes ao direito internacional.

Expôs-se, assim, a análise jurídica sobre os requisitos presentes no cenário internacional para a navegação de veículos não tripulados e quais as consequências jurídicas advindas de uma mudança no regramento brasileiro do tema. Isso, por oportuno, sempre sem se olvidar de que há uma exigência de tripulação mínima em regras de direito internacional do mar que, por lógica, inviabilizaria o tráfego de navios não tripulados em águas internacionais.

Por todo o exposto, demonstra-se patente a necessidade de estímulo e fomento do ensino de métodos e técnicas de pesquisa em Defesa sobre o tema nas universidades e centros de pesquisa. O desenvolvimento de navios não tripulados – sejam autônomos ou remotamente controlados – em diversas partes do mundo forçará o Brasil, principalmente no que concerne ao desenvolvimento da infraestrutura de portos para recepção de embarcações estrangeiras com tal tecnologia, a refletir acerca desse inevitável e imperioso avanço tecnológico.

REFERÊNCIAS

AHVENJARVI, S. “**The human element and autonomous ships**,” International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation, vol. 10, pp. 517–521, 2016.

ASD REPORTS. **Global Unmanned Surface Vehicles (USV) for Defense & Security, Technology and Market Forecast to 2025**. Disponível em: <https://goo.gl/dBsRmR>. Acesso em 20 jun 2018.

AUST, Anthony. **Modern Treaty Law and Practice**, 2nd ed. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2007

BERTRAM, Volker. **Unmanned Surface Vehicles – A Survey**. 2006. Disponível em: < http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.462.1894&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 28 jun 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **ANACpédia**. 2013. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/anacpedia/por_ing/tr4132.htm>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. Agência Nacional de Aviação Civil. **Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Especial - RBAC-E nº 94**. Brasília - DF, 3 mai. 2017. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-e-94-emd-00/@@display-file/arquivo_norma/RBACE94EMD00.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2018..

_____. Decreto n. 87.186, de 18 de maio de 1982. **Promulga a Convenção Internacional para Salvaguarda da Vida Humana no Mar**, 1974. Brasília, DF, 18 mai. 1982. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1980-1984/D87186.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Decreto n. 92.610, de 2 de maio de 1986. **Promulga o Protocolo de 1978 relativo à Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar de 1974**. Brasília, DF, 2 mai. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D92610.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990. **Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Brasília, DF, 12 mar. 1990. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Brasília, DF, 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997. **Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências**. Brasília, DF, 11 dez. 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/LEIS/L9537.HTM>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Ministério da Defesa. **Marinha do Brasil**. Normas da Autoridade Marítima para Embarcações Empregadas na Navegação em Mar Aberto. NORMAM-01/DPC. Disponível em: <https://www.dpc.mar.mil.br/sites/default/files/normam01_0.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018.

CAMPBELL, S.; NAEEM, W.; IRWIN, G. (2012). **A Review on Improving the Autonomy of Unmanned Surface Vehicles through Intelligent Collision Avoidance Manoeuvres**. Annuals Reviews in Control, 36(2), 2012, 267-283. DOI: 10.1016/j.arcontrol.2012.09.008

CANDIDO, A. C. **Inovação disruptiva: Reflexões sobre as suas características e implicações no mercado**. Research Centre on Enterprise and Work Innovation. Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade de Lisboa. Portugal. 2011.

COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL. In: Maritime Law for Unmanned Ships. **Reply by The Brazilian Maritime Law Association ("Abdm") to the CMI Questionnaire of March 2017 on the Study Relating to Unmanned Ships**. 2017. Disponível em: <http://www.comitemaritime.org/Uploads/Work%20In%20Progress/unmanned%20craft/Brazilian%20Response%20to%20CMI%20Questionnaire%20on%20Unmanned%20Ships.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2018.

CORFIELD, S. J.; YOUNG, J. M. Unmanned surface vehicles: game changing technology for naval operations. In: ROBERTS, Geoff N.; SUTTON, Robert (org.). **Advances in Unmanned Marine Vehicles**. The Institution of Engineering and Technology: London, 2006.

COSTA, António. "Navios comerciais não tripulados: sim ou não?". **Revista Cargo**. 2018. Disponível em: <https://revistacargo.pt/navios-comerciais-nao-tripulados/.>. Acesso em: 9 jun. 2018.

DANISH MARITIME AUTHORITY REPORT. **Analysis of Regulatory Barriers to Autonomous Ships**. Copenhagen: Ramboll and CORE Advokatfirma, 2017. Disponível em: <https://www.dma.dk/Documents/Publikationer/Analysis%20of%20Regulatory%20Barriers%20to%20the%20Use%20of%20

Autonomous%20Ships.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2018.

DENSFORD, Fink. **Un-man the Decks: How autonomous shipping vessels could reshape the waterways**. Disponível em: <https://www.therobotreport.com/ghost-ships-irlautonomous-cargo-boats-disrupt-massive-shipping-industry/>. Acesso em 29 mai 2018.

ETZKOWITZ, HENRY; ZHOU, CHUNYAN. **Hélice Tríplice: inovação e empreendedorismo universidade-indústria-governo**. Estud. av., São Paulo , v. 31, n. 90, p. 23-48, May 2017 . <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142017000200023&lng=en&nrm=iso>. access on 17 Aug. 2018.

FANSHAWE, James. **A realistic market outlook for Autonomous Vessels.** Uk: Uk Marine Industries Alliance, 2018. 15 slides, color.

FINN, Anthony; SCHEDING, Steve. **Developments and Challenges for Autonomous Unmanned Vehicles: a compendium**. Berlin: Springer, 2010.

FOLHA DE S. PAULO. **Entenda Onde Drones Podem Voar e Como Funciona a Fiscalização no Brasil**. São Paulo, 13 nov. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/11/1935145-entenda-onde-drones-podem-voar-e-como-funciona-a-fiscalizacao-no-brasil.shtml>. Acesso em: 9 jun. 2018.

FUTURE NAUTICS, 2016, London. **Autonomous Ships.** London:futurenautics Ltd, 2016. 32p. Disponível: http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/05/Autonomous-Ships.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

HARTWELL, R. **Was There an Industrial Revolution?** *Social Science History, 14*(4), 567-576. 1960.

HOOYDONK, Eric Van. **The law of unmanned merchant shipping: an exploration**. The Journal of International Maritime Law. 2014, issue 20, p.403-423.

HÖYHTYÄ, M, HUUSKO, J; (et al.), "**Connectivity for autonomous ships: Architecture, use cases, and research challenges**," in Proc. ICTC conference, 2017.

LEVANDER, O. "**Autonomous ships on the high seas**," in *IEEE Spectrum*, vol. 54, no. 2, pp. 26-31, 2017.

MAJUMDAR, S. **Industrial revolutions.** In *India's Late, Late Industrial Revolution: Democratizing Entrepreneurship* (pp. 37-66). Cambridge: Cambridge University Press. 2012.

NÚCLEO DE ESTUDOS DE POLÍTICAS MARÍTIMAS. Regulação e perspectivas de meios marítimos não tripulados (remotamente controlados e autônomos). **Projeto de Pesquisa n. 002-2018 – Relatório Consolidado**. Rio de Janeiro: Escola de Guerra Naval, 2018.

PREBISCH, R. **Crescimento, Desequilíbrio e Disparidades:** interpretação do processo de desenvolvimento econômico. In: PREBISCH, R. O Manifesto Latino-Americano e Outros Ensaios. Rio de Janeiro: Contraponto e Centro Internacional Celso Furtado, [1950] 2011.

QUINTANA, Elizabeth. **The Ethics and Legal Implications of Military Unmanned Vehicles**. RUSI Institute, 2008. Disponível em: <https://rusi.org/rusi-news/ethics-and-legalimplications-unmanned-vehicles>. Acesso em 27 mai 2018.

SCHUMPETER, J. A. (1942). **Capitalism, Socialism and Democracy**. London: Routledge.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** 1.ed. São Paulo: Edipro, 2016. 184 p. v. 1.

SILVEIRA, Cristiano Bertulucci. **O Que é Indústria 4.0 e Como Ela Vai Impactar o Mundo.** 2018. Disponível em: <https://www.citisystems.com.br/industria-4-0/>. Acesso em: 15 ago. 2018.

SOUZA, Nathalia Vasconcellos. **Avanços de Ciência, Tecnologia e Inovação: Os Navios de Guerra Não Tripulados e seus Impactos sobre s Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Rio de Janeiro, 2018.

SOUZA, Nathalia Vasconcellos; ALMEIDA, Nival Nunes de. **Navios de Guerra Autônomos: Possível Novo Vetor de Difícil Regulamentação Internacional e suas Implicações**. Rio de Janeiro, 2018.

UNITED STATES NAVY. **The Navy Unmanned Surface Vehicle (USV) Master Plan**. 2007. Disponível em: <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a504867.pdf>. Acesso em 25 mai 2018.

YAN, Ru-jian at al. **Development and Missions of Unmanned Surface Vehicle**. Journal of Marine Science and Application. December 2010, v. 9, issue 4, p. 451-457.

ZANELLA, Tiago Vinicius. **Curso de Direito do Mar**. Curitiba: Juruá, 2013. 378 p.

ZANELLA, Tiago Vinicius. **Direito do Mar: Textos Selecionados**. Curitiba: Juruá, 2015. 230 p. – v. 1.

SOBRE A ORGANIZADORA

KAROLINE COELHO DE ANDRADE E SOUZA é professora de Direito no Centro Universitário do Vale do Iguaçu (UNIGUAÇU), pesquisadora do LABTESP - Laboratório de Pesquisa Interdisciplinar em Teoria Social/Teoria Política e Pós-Estruturalismo, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa e advogada inscrita na OAB/PR n. 77.135. É especialista em Filosofia e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), e mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Possui interesse na pesquisa dos seguintes temas: democracia, direitos humanos, Estado Democrático de Direito, direito penal, segurança pública, filosofia política, teoria social contemporânea e pós-estruturalismo.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Acesso à Justiça 120, 139, 145, 169, 200, 207, 208, 211, 212, 213
Advocacia 150
Ampla Defesa e Contraditório 225
Arbitragem 118, 121, 146, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 185
Audiência 1, 2, 9, 11, 12, 109, 147

C

Cidadania 13, 120, 140, 176, 206, 214
Ciências Sociais 213, 238, 315
Conciliação 135, 140, 146, 147, 177, 182, 185, 200, 202, 205, 206, 212, 213
Constituição 5, 9, 13, 15, 18, 21, 25, 31, 46, 49, 59, 67, 93, 94, 95, 96, 101, 116, 118, 121, 125, 126, 127, 129, 132, 133, 137, 138, 150, 159, 161, 164, 166, 180, 184, 187, 191, 192, 193, 194, 197, 213, 236, 238, 239, 240, 248, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 284, 285, 296, 298

D

Democracia 13
Direito Administrativo 177, 182, 231, 263, 286
Direito Ambiental 250, 251, 253, 257, 258, 260, 261, 273, 275, 276, 286, 288
Direito Civil 15, 75, 185, 187, 188, 195, 197, 214
Direito Constitucional 5, 37, 101, 102, 104, 122, 167, 248, 263
Direito de Família 6, 7, 67, 69, 71, 75, 76, 88, 94, 95, 96, 103, 104, 114, 117, 122, 123, 195, 197
Direito do Consumidor 124, 125, 128, 133
Direito Penal 6, 13, 22, 24, 104, 263, 281, 286, 288
Direito Privado 196, 275
Direito Processual Civil 13, 119
Direito Público 37, 200, 263, 275, 279
Direitos Fundamentais 11, 24
Direitos Humanos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13, 26, 27, 33, 34, 36, 46, 101, 128, 200, 263, 315

E

Estado Democrático de Direito 13, 17, 22, 24, 118, 137, 169, 220, 222, 315

J

Justiça 5, 6, 1, 2, 6, 8, 9, 11, 17, 20, 22, 44, 61, 67, 88, 94, 96, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 108, 110, 112, 114, 115, 118, 120, 121, 127, 128, 129, 130, 131, 137, 139, 140, 145, 148, 150, 165, 169, 174, 176, 178, 183, 184, 185, 196, 200, 201, 202, 206, 207, 208, 211, 212, 213, 230, 254, 263, 283, 284

L

Legislação 291

M

Mediação 118, 121, 135, 140, 145, 146, 147, 171, 172, 173, 174, 176, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 200, 202, 205, 208, 212, 213, 248

P

Poder Judiciário 6, 18, 69, 71, 74, 79, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 135, 136, 138, 140, 145, 146, 156, 159, 160, 161, 165, 166, 167, 168, 178, 197, 201, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 219, 222, 234, 235
Política 8, 138, 145, 200, 201, 208, 211, 212, 213, 261, 276, 300, 315

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-7247-513-6