

ISSN 1983-7283

REVISTA DA **Emeron**



EMERON

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE RONDÔNIA - DESDE 1986
Conhecimento a Serviço da Cidadania

Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia
Ano 2019 - nº 25 - julho 2019
Periodicidade: Semestral

Diretor

Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia

Coordenador do Comitê de Redação Científica

Juiz Edenír Sebastião Albuquerque da Rosa

REVISTA DA **Emeron**



EMERON

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE RONDÔNIA - DESDE 1986
Conhecimento a Serviço da Cidadania

CÚPULA DIRETIVA - BIÊNIO 2018-2019

Poder Judiciário do Estado de Rondônia

Presidente	Des. Walter Waltenberg Silva Junior
Vice-Presidente	Des. Renato Martins Mimessi
Corregedor-Geral	Des. José Jorge Ribeiro da Luz

Escola da Magistratura do Estado de Rondonia - Emeron

Diretor	Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia
Vice-Diretor	Juiz Guilherme Ribeiro Baldan
Coordenação da Sub-seção de Ji-Paraná	Oscar Francisco Alves Júnior
Secretário Geral	Alberto Ney Vieira Silva

Centro de Pesquisa e Publicação

Acadêmica - Cepep

	Juíza Inês Moreira da Costa
Cordenadora	Juiz Guilherme Ribeiro Baldan
Comitê técnico-científico	Juiz Jorge Luiz dos Santos Leal

Coordenador do Comitê de Redação Científica Juiz Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa

Conselho Editorial

Adolfo Theodoro Naujorks Neto	Elson Pereira de Oliveira Bastos
Alexandre Miguel	Emy Karla Yamamoto Roque
Álvaro Kalix Ferro	Flávio Henrique de Melo
Ana Paula Baldez Santos	Franklin Vieira dos Santos
Arlen José Silva de Souza	Jorge Luiz de Moura Gurgel do Amaral
Áureo Virgílio Queiroz	Larissa Pinho de Alencar Lima
Cláudia Vieira Maciel de Sousa	Oscar Francisco Alves Júnior
Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz	Sérgio Willian Domingues Teixeira
Denise Pipino Figueiredo	Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza
Duília Sgrott Reis	Zeno Germano De Souza Neto

25

emeron.tjro.jus.br



EMERON
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE RONDÔNIA - DESDE 1986
Conhecimento a Serviço da Cidadania

Editora: Escola da Magistratura do Estado de Rondônia
Rua Tabajara, 834, Olaria - CEP: 76.831-316
Porto Velho - Rondônia - Brasil
Tel.: (69) 3217-1066
emeron.cepep@tjro.jus.br - emerontjro.jus.br

Editor Responsável

Juiz Edenír Sebastião Albuquerque da Rosa

Coordenação de Conteúdo

Eduardo Ribeiro dos Santos
Neuma Oliveira Souto Dória

Pesquisa Histórica

Nilza de Menezes Lino Lagos

Revisão

Ana Rosa Frazão Paiva

Capa - Projeto Gráfico

Marcelo de Oliveira Cidade

Obra de arte - capa

João Zoghbi

Produção

Assessoria de Comunicação da Emeron - Ascom

Impressão

Divisão Gráfica - Digraf

Tiragem: 500 exemplares

Disponível também em: emerontjro.jus.br

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei n. 9.610 de 19/2/1998. Nenhuma parte desta obra, sem autorização prévia da Escola da Magistratura ou dos autores, poderá ser reproduzida ou transmitida, sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, fotográficos, gravação ou outros.

Revista da Emeron / Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. - n.25 (jan./dez 1996-) - Porto Velho : TJRO, 2019.

Anual

ISSN 1983-7283

1. Direito – Periódicos I. Rondônia (Estado) Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura do Estado de Rondônia

CDD: 340.5
CDU-340 (05)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: ATENDIMENTO POLICIAL À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	13
VIOLÊNCIA DE GÊNERO: FEMINICÍDIO NO DIREITO BRASILEIRO E OS ASPECTOS DA LEI 13.104/2015	33
A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO ESTADO DE RONDÔNIA: OS NÚMEROS DA JUDICIALIZAÇÃO E OUTROS APONTAMENTOS.....	61
DIREITOS HUMANOS: DO PRAGMATISMO JURÍDICO À SENSIBILIDADE PERANTE A DOR HUMANA	83
A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	101
ENTRE A PERÍCIA PSICOFORENSE E A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ATUAÇÃO PSICOLÓGICA DIANTE DA DISPUTA JUDICIAL DE FILHOS.....	129
MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	143
A LEITURA COMO FERRAMENTA DE RESSOCIALIZAÇÃO NA CADEIA PÚBLICA DE COLORADO DO OESTE/RO	177
A COLETA, A MANIPULAÇÃO E A PRESERVAÇÃO DA EVIDÊNCIA DIGITAL PARA O PROCESSO PENAL	195
NEGÓCIOS PROCESSUAIS: A TENDENTE CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO E O PAPEL DO JUIZ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	217
A AÇÃO POPULAR COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL PARA TUTELA DE PRETENSÕES TRIBUTÁRIAS.....	243
A REGRA DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO FUNDADAS EM DANO MORAL	273
SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS ADOTADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	293
A PRISÃO CIVIL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	319
ATIVIDADES DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E JULGAMENTO COLEGIADO NO 1º GRAU	331



CAPELA DE SANTO ANTÔNIO
PORTO VELHO - RONDÔNIA

APRESENTAÇÃO

A PRESENÇA DA JUSTIÇA E SUA RELAÇÃO COM A HISTÓRIA DE RONDÔNIA

A presença humana não aborígene na região sempre foi ditada pelo curso dos rios, única via de acesso no final do século XIX e início do XX.

Durante o primeiro Ciclo da Borracha na Região Amazônica, entre os anos de 1897 e 1912, a produção de látex de borracha e castanha na região do alto Madeira impunha custo elevado de transporte, diante da dificuldade de navegação, gerando perda de competitividade frente a outras regiões amazônicas e um clamor pela presença do poder público para amenizar as dificuldades das populações tradicionais ainda incipientes.

A esse fator econômico agregou-se um fato político: a assinatura do Tratado de Petrópolis, firmado pelo Governo brasileiro com a República da Bolívia, para a anexação do Acre ao Brasil e a construção de uma ferrovia no percurso compreendido entre a cidade boliviana de Riberalta e o povoado de Santo Antônio do Rio Madeira. Essa construção marcou o início do trecho navegável do Rio Madeira para escoamento da produção boliviana destinada à Europa, atendendo, ainda, à produção local. O empreendimento foi concluído em 1912, já com a Bolívia desinteressada no negócio porque ganhara acesso pelo recém construído Canal do Panamá.

Com a inauguração da ferrovia, a região recebeu a afluência de investimentos e pessoas e o incremento da atividade de produção da borracha, o que prescindiu a instalação de atendimento judicial. Em 8 de agosto de 1912, foi instalada a Comarca de Santo Antônio do Rio Madeira, pertencente ao Estado do Mato Grosso, quando tomou posse o Juiz João Chacon, sendo auxiliado por outros juízes suplentes. O segundo juiz nomeado para a Comarca foi José Julio de Freitas Coutinho, que mais tarde

seria o articulador para a criação da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB).

As dificuldades de construção e operação de um porto fluvial em frente aos rochedos da cachoeira de Santo Antônio, fizeram com que construtores e armadores utilizassem o pequeno porto localizado a 7 km, dando origem à Vila de Porto Velho. Conforme documentação, os processos mais antigos que tramitaram em Porto Velho são datados de 1914, tendo como juiz Municipal o senhor Nathanael Albuquerque. Porém, registra-se que Porto Velho era Termo Judiciário de Humaitá (Amazonas) e somente em 1917 foi oficialmente instalada a Comarca de Porto Velho, tendo Juventino Lins Themuco como primeiro juiz.

Com a criação, na década de 1930, pelo Governo brasileiro, do Território Federal do Guaporé, formado por terras desmembradas dos Estados do Mato Grosso e Amazonas, encerrou-se a primeira fase da história da Justiça na região, visto que os serviços judiciários foram vinculados ao Distrito Federal como instância recursal.

No final dos anos 1950, com a ligação rodoviária com o restante do país, o entorno da rodovia recebeu investimentos de agricultura e pecuária, promovendo o desenvolvimento de duas cidades, Vilhena, no extremo sul do território, e Ji-Paraná, no centro, que, posteriormente, receberam suas comarcas. Nesta década, também ocorreu a mudança de nome do Território Federal do Guaporé para Território Federal de Rondônia, em homenagem ao militar Marechal Rondon, que construiu a ligação telegráfica de Porto Velho com o restante do país.

No início da década de 1980, o Território Federal de Rondônia deu lugar ao Estado de Rondônia, criado através da Lei Complementar nº 41 de 22 de dezembro de 1981 e instalado em 4 de janeiro de 1982. Em consequência, em fevereiro de 1982 é instalado o Poder Judiciário, com a posse dos primeiros sete desembargadores: Fouad Darwich Zacharias, César Soares de Montenegro, José Clemenceau Pedrosa Maia, Darci Ribeiro, Aldo Alberto Castanheira Silva, Hélio Fonseca e Dimas Ribeiro da Fonseca.

Estes receberam a designação de “Os Sete Samurais”, pela missão que tinham de organizar o judiciário do novo Estado, criando novas comarcas e devolvendo à Comarca de Porto Velho a instância recursal,

com a instalação do Tribunal de Justiça de Rondônia. Em julho do mesmo ano, tomam posse os aprovados no primeiro concurso para o cargo de juiz.

Nesses 37 anos, o judiciário rondoniense foi sendo aparelhado para ampliar sua atuação. Hoje, conta com 23 comarcas instaladas, uma força de trabalho de aproximadamente 3314 colaboradores, distribuídos entre magistrados (4,5%) servidores efetivos (73,05%), comissionados (9,08%) e cedidos ao TJRO (0,75%).



ESTAÇÃO FERROVIÁRIA DE GUAJARÁ-MIRIM

ARTIGOS

Álvaro Kalix Ferro

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR e Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON (2019). MBA em Gestão em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2010). Especialização em Responsabilidade Civil em Acidentes de Trânsito. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT (1989). É Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia desde 1992 e atualmente é Titular do 1º Juízo do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Porto Velho. Atua principalmente nos seguintes temas: Direitos Humanos das Mulheres; Lei Maria da Penha; Violência contra a mulher; Feminicídio; Justiça e Interdisciplinaridade. Desenvolveu Projeto de Estruturação da Vara de Crimes contra Crianças e Adolescentes e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - Elaboração e auxílio na Gestão do Projeto junto ao PRONASCI/Governo Federal - consecução de verba para estruturação e fornecimento de veículo à Vara. Participou do Projeto Ciranda - de acolhimento e atendimento humanizado na Vara de Crimes Contra Crianças e Adolescentes de Porto Velho/RO. Coordena o Projeto Abraço - Ressignificando Relações - Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Porto Velho/RO.

Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza

Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR e Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON (2019). MBA em Gestão em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2010). Especialista em Direito Material e Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2004). Graduada em Ciências Jurídicas pela Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso - FUCMT (1992). Atuou como Defensora Pública no Mato Grosso do Sul (1993/5) e desde 1995 é juíza do Tribunal de Justiça de Rondônia, atuando em Varas Cíveis, Juizado da Infância e Juventude e Juizado da Violência Doméstica contra a Mulher. É Coordenadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CEJUSC) de Porto Velho (2018/19). Professora de Direito Civil II da pós-graduação em Direito para a Carreira da Magistratura - EMERON (2015/2019) e de Processo Civil III da Faculdade Católica de Rondônia - FCR (2018/2019). Instrutora interna do Tribunal de Justiça de Rondônia em gestão de unidade jurisdicional, em gestão de pessoas e em mediação e conciliação. Formadora certificada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, com ênfase em Mediação e Conciliação e Gestão de Pessoas. Tutora em EaD - Ensino à Distância. Formação em Constelação Familiar com abordagem de Bert Hellinger.

VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: ATENDIMENTO POLICIAL À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Álvaro Kalix Ferro

Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza

RESUMO

Este artigo tem por objetivo a análise do atendimento policial à mulher vítima de violência doméstica e familiar, realizado na Central de Polícia (Central de Flagrantes) e na Delegacia Especializada da Mulher – Deam em Porto Velho (RO) e eventual violação de direitos humanos das mulheres previstos em normativas internacionais e nacionais. O estudo fora realizado com base em pesquisa bibliográfica e descritiva, aplicando-se questionário quanto à percepção da mulher sobre o seu atendimento nestes dois locais, bem como entrevista com as delegadas de polícia. O estudo aponta que o atendimento na Deam, mais especializado e realizado nos casos de não-flagrância delituosa, não observa regras nacionais e internacionais, essa inobservância ocorre em razão da falta de estrutura física e de pessoal especializado. O atendimento na Central de Polícia Civil, em se tratando de flagrante delito, é menos especializado e mais atentatório às normas específicas. Mesmo já tendo sido acionado judicialmente, o Estado de Rondônia, não ocorrera a estruturação da Delegacia de Atendimento à Mulher, para funcionamento 24h, tampouco os avanços pretendidos na ação e no acordo realizado, o que possibilita acionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Violação de Direitos Humanos. Mulher vítima. Violência Doméstica. Atendimento policial.

Introdução

Em 2011, foi publicado o primeiro relatório global da ONU Mulheres, desde a sua criação, denominado “O Progresso das Mulheres no Mundo: em Busca de Justiça¹”.

Esse relatório aponta que a reforma jurídica em prol dos direitos das mulheres avançou consideravelmente nos últimos 30 anos em todo o mundo quanto aos direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais.

Mais de 180 países ratificaram a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW-1979), aquela que é tida como a Carta Magna dos direitos das mulheres, especialmente em termos principiológicos; 139 Constituições garantem a igualdade entre homens e mulheres; 125 países proíbem expressamente a violência doméstica (GASMAN, p. 153), dentre outros avanços.

A Convenção de Belém do Pará, em 1994, alçou a violência de gênero contra a mulher como violação de direitos humanos e liberdades fundamentais.

De outra face, o Estado, como garantidor da eficácia dos direitos humanos, possui três tipos de obrigações: a) respeitar (não impondo obstáculos à utilização dos direitos humanos); b) proteger (prevenir e impedir a ocorrência de violações); e c) realizar (concretizar por meio da legislação interna, políticas administrativas e decisões judiciais para a promoção dos direitos humanos).

O “Manual Prático para Atuação em Direitos Humanos²”, ao tratar do monitoramento de violações em direitos humanos e desenvolvimento progressivo do Estado, aborda 4 metodologias: eventos, indicadores políticos e socioeconômicos, pesquisas de opinião e percepção pública, além da análise de especialistas.

A premissa de que violação de direitos humanos são atos (omissivos ou comissivos), por parte do Estado e parceiros (indivíduos ou grupos),

¹ Disponível em <http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2011/7/progress-of-the-world-s-women-in-pursuit-of-justice>. Acesso em: 2 jun. 2017.

² Manual Prático para atuação em direitos humanos/coordenador: Everaldo Bezerra Patriota; direção de pesquisa e execução: Rodolfo de Freitas Jacarandá. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016.

que atinjam normas de direitos humanos, os quais deveriam garantir o direito atingido, é a base do sistema de monitoramento.

Assim, procuramos verificar, neste estudo, se o atendimento à mulher vítima de violência doméstica e familiar na Delegacia Especializada da Mulher e na Delegacia Central de Polícia em Porto Velho/RO, este último durante os plantões, ocorre nos moldes preconizados pelos normativos internacionais e nacionais, ou, do contrário, afeta e viola direitos das mulheres vítimas dessa violência por ação ou omissão estatal.

Para a análise, foi realizada pesquisa por meio de questionário com 7 perguntas (anexo I), respondidas por mulheres atendidas no Núcleo Psicossocial do Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Porto Velho no período de 15 a 19 de maio de 2017 no Projeto Abraço, bem como entrevistadas a Delegada de Polícia Titular da Delegacia da Mulher – Deam, a Diretora e Vice-diretora da Central de Polícia.

Judicialização de demandas em Direitos Humanos

Para análise quanto à necessidade de judicialização do caso, primeiramente avaliaremos se existe agressão à norma de Direitos Humanos, no atendimento das vítimas de violência doméstica, bem como a identificação do episódio de violação.

Agressão ao direito

Para determinar se dada ação ou omissão se caracteriza como violação de direitos humanos, necessária a ofensa a direito previsto em legislação própria, bem como se há uma falha do Estado, como responsável pelos efeitos da ação sofrida pela vítima.

Primeiramente, em havendo violação, que esta seja analisada pelas estruturas internas do próprio Estado (atuação primária) e, persistindo a falha, coibir ou reparar esta, tal fato oportuniza a responsabilização internacional (atuação secundária).

Para que as violações que se destacam pela escala e intensidade sejam consideradas graves, devem ser demonstrados o caráter ou especialidade do direito; a magnitude da violação; o tipo de vítima; e, por fim, o impacto da violação.

Como a entrada da demanda da vítima mulher que sofre violência doméstica ou familiar ocorre pela polícia judiciária, que inicialmente deve lhe dar acesso à política de proteção especial, propusemo-nos a observar o padrão rotineiro e sistêmico nas delegacias de polícia, bem como o modo com que este atendimento ocorre, com o fito de aferir se existe um padrão de conduta de violações no atendimento, bem como se há eventual falha de resposta do Estado.

Identificação de episódio de violação - percepção das vítimas

A Delegacia da Mulher – Deam de Porto Velho/RO possui horário de funcionamento reduzido, ou seja, de 7h30min às 13h30min, apenas em dias úteis. Porém, ao que se percebe na pesquisa, possui maior especialização no atendimento por suas delegadas e agentes.

Vejamos, pois, o que nos retrata o gráfico 1:

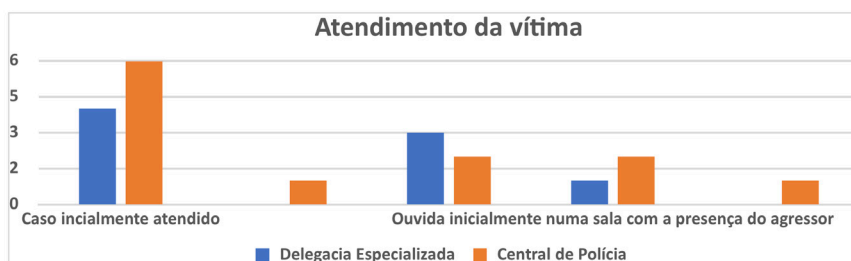


Gráfico 1. Fonte: Elaborado pelos autores

Este primeiro gráfico representativo da pesquisa, nos reporta às seguintes situações: a) nenhuma mulher foi atendida na recepção da Delegacia Especializada, o que, contudo, ocorreu na Central de Polícia Civil; b) um número maior de mulheres foi atendido numa sala em separado do agressor e do público em geral na Delegacia Especializada; c) mais mulheres foram atendidas inicialmente na

presença do agressor na Central de Polícia Civil em relação àquelas que atendidas na Delegacia Especializada; d) apenas na Central de Polícia ocorreu oitiva na presença de pessoas do público.

Com relação à forma e local de atendimento, as mulheres vítimas responderam:

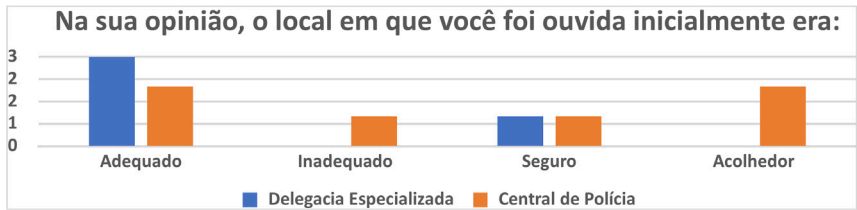


Gráfico 2: as categorias inseguro, público ou privado não teve nenhuma resposta das entrevistadas, por isso foram excluídos do gráfico, apesar de constar como opção no questionário. Fonte: Elaborado pelos autores

O gráfico 2 nos reporta algumas situações que chamam atenção: a) a maior parte das mulheres entendeu como adequado o local em que fora ouvida na Delegacia Especializada; b) nenhuma das mulheres ouvidas na Delegacia Especializada taxou o local de inadequado, como ocorreu com a Central de Polícia, em que pese o sentimento de acolhimento por algumas delas ali atendidas; c) com relação à segurança do local em que atendida, tanto a Delegacia Especializada, quanto a Central de Polícia tiveram o mesmo número de respostas e avaliações positivas.

No tocante ao Gráfico 3, buscou-se a percepção da mulher vítima de violência com relação à sensação de conforto para prestar suas declarações iniciais, ou se as circunstâncias causaram algum obstáculo.

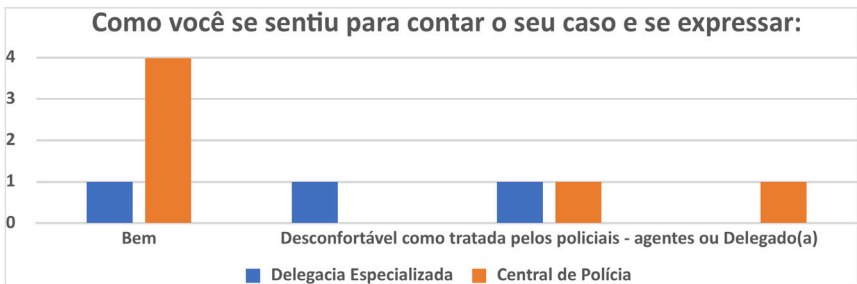


Gráfico 3: às possibilidades desconfortável por causa do local, desconfortável por causa da presença do agressor e desconfortável por causa da presença do público não se

obteve nenhuma resposta, sendo excluídos do gráfico. Uma das entrevistadas não escolheu nenhuma das opções e preferiu escrever “com vergonha, mas consegui me expressar e falar” – como esta hipótese não abrangia nenhuma das opções, consta-se, literalmente, sua resposta nesta observação. Fonte: Elaborado pelos autores

Desse gráfico, é possível aquilatar, dentre as respostas dadas, que: a) apenas na Delegacia Especializada houve a resposta confortável, à vontade; b) de outro lado, apenas na Central de Polícia Civil houve a resposta “com medo”, em que pese a resposta similar quanto ao desconforto pela forma como tratada e até a maioria que respondeu se sentir bem.

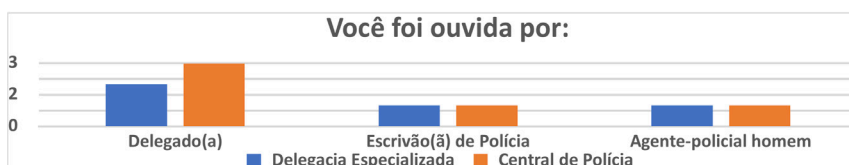


Gráfico 4: não foram atribuídas respostas às demais opções: agente policial – mulher e não sabe dizer. Fonte: Elaborado pelos autores

Este gráfico 4 nos revela situações muito semelhantes, em que ora a mulher foi atendida por Delegado (a) de Polícia, ora por Escrivã (o), ora por agentes policiais do sexo masculino, razão pela qual não merece considerações mais detalhadas.

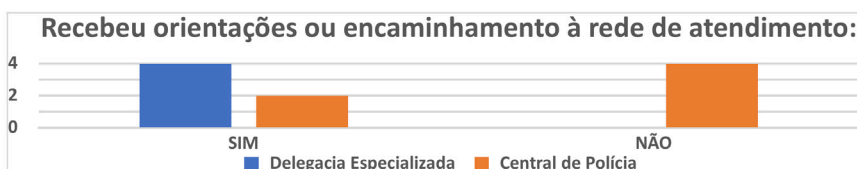


Gráfico 5. Fonte: Elaborado pelos autores

O Gráfico 5 nos revela que todas as mulheres que foram atendidas na Delegacia Especializada da Mulher foram orientadas ou encaminhadas à Rede de Atendimento, o que ocorreu apenas com 1/3 daquelas mulheres que foram atendidas na Central de Polícia.



Gráfico 6. Fonte: Elaborado pelos autores

O Gráfico 6 nos revela a praticamente inexistência de atendimento psicossocial no sistema policial civil em Porto Velho/RO para atendimento das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

A pesquisa aplicada por questionário quanto à percepção da mulher vítima de violência, confirma que as situações de flagrante delito praticamente são todas atendidas na Central de Plantão de Polícia Civil, junto aos demais flagrantes ocorridos durante o plantão e sem equipe multiprofissional de psicologia e assistência social para propiciar análise e encaminhamento nos moldes humanizados e diferenciados que a normativa estabelece.

Identificação dos episódios de violação – percepção das Delegadas

Conforme anteriormente citado, foram realizadas três entrevistas com Delegadas da Deam e da Central de Flagrantes, sendo que somente a última atende aos casos de flagrante delito, por funcionar 24h por dia, 7 dias por semana.

A Delegada de polícia titular da Deam, Márcia Cristina Gazoni, descreveu que: a) a Deam possui sala específica de espera para a mulher vítima, separada do agressor, sendo atendidas por mulheres; b) procuram pintar os ambientes coloridos, para maior humanização; c) houve capacitação da equipe na área específica da violência doméstica contra a mulher para os servidores mais antigos e tem participado da Rede de Atendimento e Enfrentamento à Violência contra a Mulher, além de seminários e cursos conexos; d) grande parte de seus servidores estão em processo de aposentadoria e necessitaria de reposição imediata da vaga para não prejudicar ainda mais os trabalhos - atualmente há três delegadas de polícia, mas o número de agentes e comissários é insuficiente; e) não há equipe

multidisciplinar disponível e nem prevista no quadro da Secretaria, em que pese entender como necessária; f) não trabalha com casos de flagrante delitos, atualmente, por falta de pessoal.

Na entrevista realizada com as Delegadas de Polícia da Central, Rosilei de Lima e Leisaloma Carvalho Resem, foi descrita a seguinte realidade: a) a Central de Plantão, cerca de 6 anos atrás, realizara experiência, durante 6 meses, de possuir equipe com delegadas de polícia, em todos os turnos, para atender à demanda da mulher vítima de violência doméstica, bem como das crianças e adolescentes vítimas, contudo tal experimento não fora mantido, pela necessidade de redistribuição das delegadas nas demais delegacias de polícia da capital, possuindo, atualmente a Central, somente duas delegadas e uma agente de polícia, afóra os policiais e delegados do sexo masculino; b) as instalações físicas, apesar de ter sido objeto de reforma há alguns anos, não atende às necessidades; c) adaptaram uma sala específica na Central para o acolhimento da mulher, criança e adolescente vítimas, separado do agressor e do público, com adesivos nas paredes para deixar o ambiente mais acolhedor, mas reconhecem que quando a Polícia Militar traz o caso à Central, enquanto é lavrado Boletim de Ocorrência da Polícia Militar (BOPM), ofensor e vítima normalmente ficam na mesma sala, havendo intervenção para colocação da vítima na sala especial, naquele momento, apenas quando solicitado pelos militares, o que ocorre quando há ofensas ou ameaças no local durante a lavratura; d) houve capacitação da equipe na área específica da violência doméstica contra a mulher para os servidores mais antigos, já os mais novos ainda não foram capacitados; e) cada plantão conta com equipe formada por dois delegados de polícia, 6 agentes e 2 comissários, o que seria completamente insuficiente; f) o estresse tem causado adoecimento, inclusive depressão e doença do pânico em membros da equipe de flagrantes; g) realizam projetos pessoalmente para oportunizar um ambiente mais humanizado na sala de espera e até kit-lanche para as crianças que necessitam aguardar na delegacia mais tempo do que os horários regulares de alimentação; h) conhecem as regras nacionais e internacionais para atendimento humanizado à vítima de violência, mas narram que, além

da falta de equipe multidisciplinar, a falta de pessoal para lavratura dos flagrantes torna o tempo exíguo para atender as mulheres vítimas a contento, afirmando que estas querem e precisam ser ouvidas pormenorizadamente sobre os episódios e as circunstâncias da violência que sofrem, até para melhor encaminhamento posterior do caso.

Confronto com a norma específica de direitos humanos

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)³ de 1979 (Decreto n. 89.460/84) estabelece o dever dos Estados-parte eliminar a discriminação contra a mulher por meio de adoção de medidas legais, políticas e programáticas, comprometendo-se a “estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação” (alínea “c”, do artigo 2º).

A Recomendação Geral n. 33 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), ao tratar do acesso das mulheres à justiça, no item 3 de sua Introdução, já se reporta a uma das formas de violação sistêmica de acesso às mulheres ao sistema de garantia de seus direitos:

3. Na prática, o Comitê observou uma série de obstáculos e restrições que impedem as mulheres de realizar seu direito de acesso à justiça, com base na igualdade, incluindo a falta de proteção jurisdicional efetiva dos Estados partes em relação a todas as dimensões do acesso à justiça. Esses obstáculos ocorrem em um contexto estrutural de discriminação e desigualdade, devido a fatores como estereótipos de gênero, leis discriminatórias, discriminação interseccional ou composta, requisitos, procedimentos e práticas em matéria probatória, e à falha em sistematicamente assegurar que os

3 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 16 set.2017

mecanismos judiciais sejam física, econômica, social e culturalmente acessíveis a todas as mulheres. Todos esses obstáculos constituem persistentes violações dos direitos humanos das mulheres.⁴

A sensibilidade a gênero pelos profissionais dos sistemas de justiça também fora ressaltada no artigo 14 e 15 da Recomendação, a respeito da justiciabilidade, e a proteção da privacidade, segurança e outros direitos humanos das mulheres (artigo 18, alínea “f”).

No mais, quanto à acessibilidade, menciona ser necessário que os Estados-parte:

e) Assegurem que o ambiente físico e a localização das instituições judiciais e quase judiciais e de outros serviços sejam acolhedoras, seguras e acessíveis a todas as mulheres; considerem a criação de unidades de gênero como componentes das instituições de justiça e prestem especial atenção à cobertura dos custos de transporte até as instituições judiciais e quase judiciais e a outros serviços para mulheres que não contam com meios suficientes; f) Estabeleçam centros de acesso à justiça, como “centros de atenção integral”, que incluam uma série de serviços jurídicos e sociais, a fim de reduzir o número de etapas pelo qual uma mulher tem que passar para obter o acesso à Justiça. Esses centros devem prestar aconselhamento e assistência jurídicos, iniciar processos judiciais e coordenar os serviços de apoio para as mulheres em áreas como violência contra as mulheres, família, saúde, seguridade social, emprego, propriedade e imigração. Esses centros devem ser acessíveis a todas as mulheres, incluindo aquelas vivendo em pobreza e/ou áreas rurais e remotas; (grifo nosso)

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará - Decreto n. 1.973/96), em seu artigo 8º, “c” e “d”, estabelece a adoção pelos Estados-parte, de forma progressiva, de capacitação dos profissionais da justiça, policial, encarregados da aplicação da lei e de políticas de prevenção, e ainda a aplicação dos serviços especializados apropriados para o atendimento necessário à mulher objeto de violência, tanto

4 Disponível em: <http://ccr.org.br/arquivos/CEDAW-C-GC-33-P.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017

pelo setor público quanto pelo privado.

Assim, os normativos internacionais especificam que, além de local específico para atendimento desta demanda, em que seja assegurada à mulher vítima acolhimento, privacidade e segurança, a necessidade de capacitação específica e permanente é primordial, o que também é ressaltado pelo normativo nacional, tanto por meio da Lei Federal n. 11.340/065, em seu artigo 8º, inciso VII, quanto pela Norma Técnica de Padronização das Deam⁶, quanto aos princípios e diretrizes gerais de atendimento e acolhimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar:

O primeiro contato entre o/a policial e mulher é muito importante porque pode ser determinante para o desenrolar da queixa-crime e/ou da investigação criminal.

Assim, a concepção arquitetônica das Deam como a postura dos agentes devem propiciar um atendimento acolhedor, conforme segue:

- Certificar-se de que a sala de espera comporta ambientes separados para a mulher vítima e para o (a) agressor(a);
- Acolher as mulheres em situação de violência com atendimento humanizado, levando sempre em consideração a palavra da mulher, em ambiente adequado, com sala reservada, para manter a privacidade da mulher e do seu depoimento;
- Atender, sem qualquer forma de preconceito ou discriminação, as mulheres, independentemente de sua orientação sexual, incluindo também as mulheres prostitutas, quando vítimas de violência de gênero;
- O atendimento inicial e o acolhimento devem ser feitos por uma equipe de policiais qualificados profissionalmente, preferencialmente do sexo feminino, com compreensão do fenômeno da violência de gênero;
- A equipe de policiais responsáveis pelo atendimento e acolhimento das mulheres em situação de violência deve

5 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 16 set. 2017

6 Disponível em: <http://www.spm.gov.br/lei-maria-da-penha/lei-maria-da-penha/norma-tecnica-de-padronizacao-das-deams-.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017

conhecer as diretrizes e procedimentos da Delegacia Especializada e possuir material de informação e de orientação para estas mulheres;

- Acolher as mulheres em situação de violência de gênero, mesmo nos casos os quais as Delegacias não tenham atribuições específicas (tráfico de seres humanos - de mulheres, turismo sexual), procedendo ao encaminhamento para a instância policial competente;
- Ter escuta qualificada, sigilosa e não julgadora.

Primeiro elemento: é uma agressão aos direitos humanos?

Como se vislumbra pelo arcabouço jurídico trazido, o atendimento das mulheres vítimas de violência, no mesmo espaço físico que o agressor, ou em público, sem a devida segurança e privacidade, por meio de equipe não especializada e sensível à questão de gênero, conduz a uma agressão sistêmica aos direitos humanos destas mulheres, mormente quando não disponibilizada equipe multiprofissional, especialmente no estado emocional de flagrância dos acontecimentos.

Pesquisa de Percepção da Sociedade sobre Violência e Assassinato de Mulheres - Data Popular e Instituto Patrícia Galvão, realizada em maio/2013, revela que 97% (noventa e sete por cento) das pessoas entrevistadas conhecem a Delegacia da Mulher como Instituição de Apoio e 75% (setenta e cinco) por cento acreditam que a vítima deve procurar a Delegacia da Mulher em caso de violência⁷.

Significa dizer, que das instituições de atendimento à mulher vítima de violência, a maioria aponta conhecer a Delegacia da Mulher. Trata-se, conforme pesquisa, de um referencial. Isso, por óbvio, porque de todos os serviços de atendimento implantados no Brasil, um dos que mais se multiplicou foi a Delegacia da Mulher⁸.

7 Disponível em: <http://centralmulheres.com.br/data/avon/Pesquisa-Avon-Datapopular-2013.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017

8 SILVEIRA, Lenira Politano. In Serviços de atendimento a mulheres vítimas de violência, p. 55/56. Disponível em: www.observatoriodeseguranca.org/files/lenirapdf.pdf. Acesso em: 2 jun. 2017

Contudo, a mulher vítima de violência, no calor dos acontecimentos (estado de flagrância), ao invés de ser encaminhada para a Delegacia Especializada da Mulher, vai para a Central de Plantão de Polícia, não especializada.

Chega a ser dicotômico o fato de serem criadas tantas delegacias especializadas e ser apontadas como referencial, mas ao mesmo tempo terem horários reduzidos que não atendem aos reclamos das mulheres.

No mais, segundo pesquisa DATAFOLHA (mar/17), somente 11% das mulheres que sofreram violência procurou a Delegacia da Mulher para registro de ocorrências⁹. O número de mulheres vítimas de violência que procura a Delegacia da Mulher ainda é ínfimo e, não havendo um serviço especializado, decerto que essa procura restará desencorajada pelo próprio sistema.

Sem especialização, os obstáculos são ainda maiores. PASINATO, ao tratar da temática dos serviços a serem oferecidos à mulher vítima de violência, assevera: “As pesquisas têm mostrado que a inexistência e/ou a inoperância desses serviços muitas vezes não contribuem e mesmo constituem obstáculos para que as mulheres possam ter acesso a seus direitos” (OBSERVE, 2011; PASINATO, 2012). Falta de recursos materiais, de recursos humanos e despreparo das equipes são alguns dos problemas enfrentados¹⁰.

Pelo próprio senso comum, percebe-se que quanto maior a especialização, maior a busca do serviço oferecido à mulher vítima de violência. Prova disso está no funcionamento 24h da Delegacia da Mulher em São Paulo que registrou um aumento de 158% (cento e cinquenta e oito por cento) no número de ocorrências logo no primeiro mês:

“O levantamento realizado pela Polícia Civil, no primeiro mês de funcionamento com horário estendido, mostra um aumento de 158% nos registros de boletins de ocorrência. Do dia 22 de julho a 22 de agosto – data da inauguração -, foram 132 ocorrências. Já do dia

9 Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/os-numeros-da-violencia-contra-mulheres-no-brasil/>. Acesso em: 16 set. 2017

10 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200407. Acesso em: 16 set. 2017

22 de agosto a 21 de setembro, um total de 341. Além disso, nesse período foram registrados sete flagrantes a mais do que no mês anterior, quando não teve nenhum”, consta no balanço oficial”¹¹.

Um fato que não pode ser desprezado é que as mulheres vítimas da violência doméstica são agredidas, de regra, por seus maridos ou companheiros, ou seja, por alguém de sua relação íntima de afeto. Resta, portanto, já fragilizada no íntimo do seu ser quando procura assistência policial. Ser atendida com segurança, discrição e acolhimento são medidas essenciais ao enfrentamento e à erradicação dessa violência.

A falha nesse atendimento é, sem dúvida, uma violação sistêmica dos direitos humanos das mulheres.

Aplicação da metodologia para lidar com violação de direitos humanos

As violações sistêmicas são definidas pelo conjunto de ações de transgressão que se tornam um padrão rotineiro ou sistemático em determinado local. Caracterizam-se pela repetitividade com que ocorrem; nesse caso, o Estado e seus agentes podem ser os causadores das violações, ou pode haver omissão do poder público para impedir ou minorar suas causas ao longo do tempo¹².

Como visto, nas Delegacias de Polícia de Porto Velho/RO, em especial na Central de Polícia Civil, não há um atendimento especializado à mulher vítima de violência familiar e doméstica tal qual preceituam os mecanismos internacionais e nacionais.

Isso é resultado de uma omissão estatal, posto que compete ao Estado de Rondônia dotar as polícias de estrutura suficiente a atender à norma de direitos humanos, neste caso, das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

11 Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/as-ocorrencias-mais-que-do-braram-no-primeiro-mes-diz-delegada-da-primeira-delegacia-da-mulher-24h/>. Acesso em: 16 set. 2017

12 Manual Prático para atuação em direitos humanos/coordenador: Everaldo Bezerra Patriota; direção de pesquisa e execução: Rodolfo de Freitas Jacarandá. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016, p. 41.

Este é um dos erros comuns apontados no Manual Prático já citado (p. 128), pois a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) já está em vigor há mais de 10 anos, a Delegacia da Mulher de Porto Velho/RO tem muito mais tempo que isso, e, no entanto, não há um serviço ininterrupto e nem mesmo há atendimento de equipe multidisciplinar nessa Especializada.

Não se pode olvidar que, segundo a Corte Interamericana de Direitos, a omissão estatal propicia uma cultura de violência¹³.

Busca pelas medidas específicas de resposta junto às autoridades e instituições competentes

Este caso reflete uma violação sistêmica, já que as mulheres vítimas de violência estão sendo atendidas no sistema policial (investigativo), de regra, na situação de flagrância, por Delegacia não especializada.

Ao ser condenado no Caso Maria da Penha Maia Fernandes (Caso n. 12.051), o Brasil foi instado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no item 4, “a” e “d”, do título RECOMENDAÇÕES, a:

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; (...) d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de informes judiciais”

A omissão do Estado na implementação de políticas públicas necessárias à capacitação e à promoção de meios para que as

¹³ Disponível em: <http://corteidhblog.blogspot.com.br/2015/09/sentencia-en-el-caso-gonzales-lluy-y.html>. Acesso em: 16 set. 2017

Delegacias Especializadas atendam às mulheres vítimas de violência em tempo e de forma integral e acolhedora é patente.

Na falta de outros indicadores sociais, a violação também pode ser percebida pela não observância ao marco interno para as Deam denominado Norma Técnica de 2010 da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República¹⁴.

Observa-se, ainda em nível nacional, uma tentativa de se modificar a própria Lei Federal 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), com inserção de artigo que determine o funcionamento das Delegacias da Mulher por 24h, sete dias por semana. O primeiro Projeto de Lei recebeu o n. 3901/08, de autoria da ex-deputada Sueli Vidigal, foi arquivado ao fim da legislatura, sem que tenha tramitado adequadamente na Câmara e Senado. O segundo Projeto de Lei, n. 42/2015, apresentado pelo Deputado Federal Sérgio Vidigal já recebeu parecer favorável da Comissão de Seguridade Social e Família (2015) e da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (2016), ambas da Câmara dos Deputados, mas caminha a passos lentos.

Mais especificamente, em Rondônia, ajuizou-se Ação Civil Pública n. 0014578-77.2013.8.22.0501, distribuído em 02/09/2013, para a 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital, pelo Ministério Público do Estado de Rondônia em face do Estado para que disponibilizem equipe com psicólogo e assistente social, além de agentes de polícia e escrivães na Deam, plantão 24 horas da Deam e capacitação desses profissionais. Neste procedimento ainda não fora estabelecido pelo Governo do Estado a melhoria ou resposta suficiente, em que pesem os compromissos assumidos em audiência de conciliação realizada em 25 de agosto de 2016, malgrado a condução quanto à efetividade e mediação da magistrada e compromisso das partes em se encontrar a solução o mais breve possível.

Ressalte-se, ainda, que a CPMI da Violência contra a Mulher, quanto ao Estado de Rondônia, p. 695, na Recomendação 20, determina a capacitação dos “plantões das delegacias que funcionam 24 horas para a correta recepção e processamento dos crimes cometidos

14 Disponível em: <http://www.spm.gov.br/lei-maria-da-penha/lei-maria-da-penha/norma-tecnica-de-padronizacao-das-deams-.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017

contra mulheres e particularmente sobre a Lei Maria da Penha”¹⁵.

Considerações Finais

Existem medidas apropriadas? As medidas funcionaram? Por ora, as intervenções realizadas na Rede de Garantias pelo Juízo, bem como as solicitações do Ministério Público e dos Conselhos não surtiram o efeito desejado quanto ao atendimento especializado demandado pelas mulheres vítimas.

As falhas de resposta do Estado estão bem delineadas, uma vez que, além de não se encontrar no parâmetro das normativas internacionais a que o Brasil aderiu, tampouco se encontra atendendo ao normativo da legislação nacional, Lei 11.340/06 e normativa de padronização da Deam.

Muito embora no processamento da Ação Civil Pública ocorreram audiências conciliatórias para aproximação de uma solução ao conflito, tanto no contexto administrativo quanto no político, tendo sido proposta a lotação de mais 10 servidores na Deam para possibilitar o plantão 24 horas, com a capacitação dos novos concursados, além de finalização de um projeto de lei que cria cargo de psicólogo e assistente social na Polícia Civil, estas medidas não foram implantadas.

Assim, na abrangência da pesquisa, nos encontramos na fase de mediação interna da violação de direitos humanos, no bojo da Ação Civil Pública, como judicialização da demanda de violação dos direitos humanos, configurado que houve agressão ao direito tutelado pelos normativos já descritos no item 3, apontando as falhas do Estado em prover as Centrais de Polícia e as Delegacias da Mulher com ambiente específico para acolhimento e oitiva das mulheres vítimas, com equipe capacitada para esta demanda especializada, que oportunize, segurança e privacidade para a justiciabilidade.

Caso ultrapassado prazo razoável a ser fixado pelo Judiciário para eventual cumprimento de deveres assumidos na ata de audiência, entende-se que independentemente da decisão que possa advir

¹⁵ Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/06/relatoriofinalcpmi.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017

na mencionada Ação Civil Pública, já é possível, a teor do art. 46 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), peticionar reclamando providências neste caso, pois o esgotamento das vias locais já se operou quando da análise do Caso 12.051 – Maria da Penha, em que o Brasil foi condenado, dentre outras coisas, a empreender capacitação e sensibilização dos servidores, multiplicar delegacias especializadas e dotá-las dos recursos especiais a esta demanda específica.

Dessa forma, independentemente de qualquer outra medida ou decisão local, após o transcurso do prazo concedido em audiência para o Estado de Rondônia promover o ajustamento às regras internacionais e nacionais, poderá ser peticionado para a CIDH noticiando-se o descumprimento parcial da Sentença do Caso 12.051/2001.

À CIDH, por sua vez, competirá lançar mão de outros expedientes, tais quais a exigência de relatórios detalhados e aprazados (art. 51 do Pacto de San José), bem como, havendo ausência de resposta ou deliberado descumprimento, promover o peticionamento à Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 61 do Pacto) para análise e providências.

Referências

BRASIL. Decreto n. 89.460, de 20/03/1984. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). 1984.

_____. Norma Técnica de Padronização das DEAM. Disponível em <<http://www.compromissoeatitude.org.br/as-ocorrencias-mais-que-dobram-no-primeiro-mes-diz-delegada-da-primeira-delegacia-da-mulher-24h/>>. Acesso em 12 set. 2017.

_____. Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a

Mulher (Convenção de Belém do Pará). 1996.

GASMAN, Nadine. O enfrentamento à violência contra as mulheres no mundo. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, ano 15, n. 38, p. 153.

OAB. Manual Prático para atuação em direitos humanos/coordenador: Everaldo Bezerra Patriota; direção de pesquisa e execução: Rodolfo de Freitas Jacarandá. – Brasília: Conselho Federal, 2016.

ONU. Recomendação Geral n. 33 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW). Nações Unidas. 2015.

PASINATO, Wania. Acesso à Justiça e Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres: As percepções dos operadores jurídicos e os limites para aplicação da Lei Maria da Penha. Rev. direito GV[online]. 2015, vol.11, n.2, pp.407-428. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201518>. Acesso em 16 set. 2017

Dário Romão da Silva

Especialista em Direito Processual Civil e Recursos pela Faculdade Educacional da Lapa (2017). Possui graduação em Gestão Pública pela Universidade Luterana do Brasil (2016) e atualmente é Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. (Texto gerado automaticamente pela aplicação CVLattes)

VIOÊNCIA DE GÊNERO: FEMINICÍDIO NO DIREITO BRASILEIRO E OS ASPECTOS DA LEI 13.104/2015

Dário Romão da Silva

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade da Lei 13.104/2015, conhecida como Lei do Feminicídio, em seus aspectos jurídicos, legais e sociais, através de um contexto histórico da violência de gênero e do panorama atual no Brasil. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica cujo enfoque examina de forma sistematizada fontes por meio de abordagem qualitativa e descritiva. Como resultados, observou-se que a maioria das mulheres relaciona afeto ao companheiro, condição econômica e preocupação com os filhos como fatores que influenciam na decisão de continuar com o cônjuge mesmo após sofrer violência doméstica e/ou familiar. Essa violência é caracterizada como feminicídio quando ultrapassa os limites das agressões físicas, verbais e psicológicas, culminando em casos extremos que terminam no assassinato da mulher, cujos números são cada vez mais crescentes e preocupantes. Assim, faz-se necessário que o Estado desenvolva políticas públicas, bem como efetivação e fiscalização das leis, entre elas a lei do feminicídio, formando um conjunto que, além de combater a violência doméstica e familiar, funcione como medidas preventivas visando evitar novos casos.

Palavras-chave: Gênero. Mulheres. Vítimas. Feminicídio.

Introdução

Este estudo traz à luz o debate acerca da Violência de Gênero, com discussões em torno dos impactos e a importância da Lei do

Feminicídio no direito brasileiro e a entrada em vigor da referida lei, a qual qualifica o crime do artigo 121 do Código Penal Brasileiro em razão do homicídio contra mulher, figurando como instrumento para proteger as mulheres em situação de violência pelo fato único de serem mulheres.

Das atrocidades e da violência cometida contra mulheres, a maior é o crime contra sua vida, conhecido como feminicídio, e vem sendo tratado com todo o rigor da lei. Geralmente, é cometido pelo gênero masculino e, em muitos casos, pelos companheiros ou ex-companheiros, namorados ou ex-namorados, ou até familiares, que se apresentam num cenário de violência doméstica predominante.

A aplicação da Lei do Feminicídio, em conjunto com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), vem se tornando eficaz na defesa contra a violência contra mulher. Contudo, sua aplicabilidade em poucos anos de efetividade no contexto atual, ainda não é suficiente, pois, de um lado, ainda existe a vergonha de ser agredida, e disso de denunciar o agressor, que culmina, muitas vezes, no retorno à convivência com este até que ocorra um desfecho trágico.

São cada vez mais comuns os relatos sobre assassinatos de mulheres cometidos por pessoas com quem as vítimas tinham estreito relacionamento. Um dos maiores desafios é a falta de informações oficiais sobre essas mortes, pois quando agredidas muitas sofrem caladas por vergonha e não denunciam, ou até mesmo por sofrerem ameaças do agressor. Cada uma das pessoas que vivencia a violência doméstica e familiar busca resolver a questão de forma privada e até mesmo sigilosa, esquecendo-se da amplitude que essa violência alcança, já que este fenômeno atinge não apenas as vítimas, mas todas as pessoas que estão em sua volta e a sociedade.

Diante deste fato, a abordagem do tema Violência de Gênero, tendo como vítima a mulher e a discussão em torno do crime hediondo denominado feminicídio, é de grande valia, pois o problema afeta não somente as famílias envolvidas, mas a sociedade em geral. Suas consequências atravessam as barreiras dos lares, sendo de interesse para os campos da saúde, assistência social, do direito e da segurança pública. A tipificação do crime feminicídio enseja a proteção e um

maior grau de punição àquele que atentou contra uma mulher por razão de gênero, além de expressar uma mudança na consciência coletiva voltada à violência contra as mulheres.

Por ser um tema atual e relevante, palco também das lutas das políticas públicas sociais e atuação dos profissionais do Direito no combate a essa agressão à vida, faz-se necessário debater esta questão que assola a sociedade contemporânea. Além do mais, são poucas as informações sobre o tema que se encontram disponíveis ou que circulam em âmbito nacional.

O objetivo do estudo foi analisar a aplicabilidade da Lei 13104/2015, conhecida como Lei do Feminicídio, em seus aspectos jurídicos, legais e sociais no panorama atual no Brasil, apresentando um contexto histórico mundial e, principalmente, no Brasil sobre violência de gênero, além de proporcionar um entendimento jurídico e social sobre a temática proposta, por meio dos conceitos elencados, fazendo distinções sobre o feminicídio e homicídio contra mulher.

Como o estudo envolve comportamentos e pensamentos individuais sem uma relação precisa de causa e efeito, sem uma fórmula prática para descrever tal situação, foram buscados justificativas históricas para a delimitação dos papéis sociais do homem e da mulher na evolução humana, bem como a formação das famílias com as prerrogativas de cada um na relação.

O delineamento metodológico foi a partir da conjectura sobre apontamentos e indicadores do feminicídio e violência doméstica e familiar, com uso de doutrinas jurídicas e legislações disponíveis na internet, elencando-se como processos de coleta de dados e tratamento de informações coletadas dos teóricos que contribuíram para a elucidação do problema.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, que tem como finalidade, analisar de forma sistematizada as fontes selecionadas ao respectivo tema, com abordagem qualitativa e descritiva.

Conceituando o termo feminicídio

Não há que se olvidar que o maior dos crimes contra uma pessoa é o que atenta contra sua vida. “As mortes de mulheres decorrentes de conflitos de gênero, ou seja, pelo fato de serem mulheres, são denominadas feminicídios”, conforme explica Garcia et al. (2013, p.1).

Pinto (2007, p. 6) explica que o assassinato de mulheres por maridos, parceiros, esposo, ou ex-esposo, bem como namorados, ganhou o nome de feminicídio, sendo este termo usado pelo Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – Cladem para expressar o caráter sexista dos homicídios que ocorrem nas relações de gênero.

Em seu discurso, Russell (2006, p.96) explica que o feminicídio pode ser interpretado como um homicídio feminino, isto é, como um conceito específico que se relaciona ao sexo das vítimas. O próprio termo, feminicídio, não é apenas a descrição dos crimes de homicídio cometidos contra as mulheres, mas da construção social destes crimes pelo ódio, ponto culminante da violência de gênero contra as mulheres e a impunidade que estabelecem.

Assim, “o feminicídio é um crime em que Estado já não é capaz de garantir a vida e a segurança das mulheres em geral, que vivem diversas formas e graus de violência no cotidiano ao longo da vida” (Russell, 2006, p.96).

Pasinato (2001) menciona Diana Russell como ativista que utilizou o termo pela primeira vez em 1976, femicídio – ou ‘femicide’, como formulada originalmente em inglês, perante o Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas.

Femicídio está no ponto mais extreme do contínuo de terror anti-feminino que inclui uma vasta gama de abusos verbais e físicos, tais como estupro, tortura, escravização sexual (particularmente a prostituição), abuso sexual infantil incestuoso e extra familiar, espancamento físico e emocional, assédio sexual (ao telefone, na rua, no escritório e na sala de aula), mutilação genital (cliterodectomia, excisão, infibulações), operações ginecológicas desnecessárias, heterossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade

forçada (ao criminalizar a contracepção e o aborto), psicocirurgia, privação de comida para mulheres em algumas culturas, cirurgias cosméticas e outras mutilações em nome do embelezamento. Onde quer que estas formas de terrorismo resultem em mortes, elas se tornam feminicídios (PASINATO, 2011, p. 1).

Essa definição vem fundamentar o discurso até o momento, reforçando que a violência, mais especificamente contra as mulheres, tem um caráter universal e estrutural.

Bianchini (2013), de um modo mais amplo, define que o feminicídio é considerado “delito que resulta na morte violenta de mulheres pelo fato de serem mulheres e que ocorre na família ou em qualquer outra relação interpessoal, na comunidade, por parte de qualquer pessoa, ou que seja perpetrado ou tolerado pelo Estado e seus agentes por ação ou omissão”.

A violência, especialmente a física, entre membros de uma família tem uma tradição histórica que remonta há séculos e está presente através das histórias infantis, do folclore e dos mitos que se perpetuam através dos tempos. Neste caso, quando envolve a questão do patriarcado e da cultura, torna-se evidente a dominação do gênero masculino nos costumes em quase todo o mundo.

As teorias feministas, em uma perspectiva sociopolítica, acreditam ser a agressão conjugal sancionada por uma infraestrutura patriarcal, incluindo relações políticas, sociais e culturais. O peso desta tradição não pode paralisar ou estagnar as ações no sentido de assistirmos à repetição e banalização da violência presente nos meios de comunicação, nos diversos grupos sociais e principalmente no núcleo familiar.

O indivíduo agressor usa da violência para solucionar conflitos interpessoais e sente ter a aprovação social para controlar seu companheiro e com isso preencher suas necessidades. Nesse modelo, o perpetrador carrega sozinho a responsabilidade pela agressão. Um ponto crítico, apresentado por estas teorias, é o fato de as vítimas femininas não compartilharem da responsabilidade na agressão e permanecerem em situação de dívida e falta com o poder social, político e econômico (CERVENY, 2010).

Desta forma o feminicídio é descrito como um crime cometido por homens contra mulheres, seja individualmente seja em grupos. Possui características misóginas, ou seja, de repulsa contra as mulheres. Algumas autoras defendem, inclusive, o uso da expressão generocídio, evidenciando um caráter de extermínio de pessoas de um grupo de gênero pelo outro, como no genocídio (PASSINATO, 2011)

As principais causas de feminicídio

De acordo com o Instituto Patrícia Galvão (2013, p.1), as razões que culminam na morte violenta de mulheres por questões de gênero podem ocorrer, principalmente, no meio familiar, classificado como feminicídio íntimo, ou seja, houve uma relação íntima ou de afeto entre o assassino e a vítima. Mas pode ser direcionada a uma relação interpessoal “com o companheiro, na escola, no lugar de trabalho, no hospital, etc.; por grupos armados ilegais, a mando de agentes estatais; em espaços públicos”.

Os maiores motivos são o ódio, o desprezo ou sentimento de perda, pelos quais o companheiro não aceita o fim do relacionamento, ou em casos comuns de violência doméstica que já ocorrem com frequência.

Por não delatarem seus companheiros, por inúmeras razões, as vítimas deixam que a agressão chegue ao ápice que seria a morte dessas mulheres.

Os parceiros íntimos são os principais assassinos de mulheres. Aproximadamente 40% de todos os homicídios de mulheres no mundo são cometidos por um parceiro íntimo. Em contraste, essa proporção é próxima a 6% entre os homens assassinados. Ou seja, a proporção de mulheres assassinadas por parceiro é 6,6 vezes maior do que a proporção de homens assassinados por parceira (GARCIA et al., 2013, p.2).

As principais formas de circunstância dos homicídios são as armas de fogo, seguidas por objetos cortantes, contundentes, estrangulamento ou sufocação, e outros meios.

As armas de fogo também são apontadas como os principais meios de homicídios entre os homens, porém em uma proporção bem superior, e em menor caso de ocorrência em domicílio. Já no caso das mulheres, como já informado 40% das mortes registradas ocorreram em sua residência o que leva a indícios de casos de violência familiar (GARCIA et al. 2013).

Dentro de casos há características bem peculiares do crime de feminicídio, evidenciando-se como pressupostos importantes a premeditação e a intencionalidade de sua consumação.

O crime é proveniente de um processo contínuo de violência e decorre de episódios constantes de agressão verbal, física, entre outras. O homicídio é consumado por vários motivos, muitas vezes banais, nos quais as mulheres vêm de uma relação de vulnerabilidade, de ameaças constantes deflagradas pelo processo de separação cujos companheiros não aceitam a perda, cometendo, assim, atrocidades.

Ainda há casos que envolvem outros problemas como a pobreza, alcoolismo, uso e abuso de drogas e /ou problemas mentais que vêm adicionar ao processo. Mas há de lembrar que alcoólatras nem sempre agrediram suas parceiras, bem como homens não alcoolizados não precisam deste elemento para agir com violência. Nem a relação da pobreza e outros justificam a agressão, somente são fatores agravantes dos fatos.

Segundo dados da Fundação Perseu Abramo, em 2001 (apud, Soares, 2005, p.13) as mulheres só denunciaram a violência sofrida dentro de casa a algum órgão público quando:

(...) (quase sempre delegacias policiais) quando se sentiram ameaçadas em sua integridade física: ou por armas de fogo (31%), ou quando os espancamentos deixaram marcas, fraturas ou cortes (21%) ou ainda diante de ameaças de espancamento contra si mesmas ou contra os filhos (19%).

Nesses casos, a denúncia gera medidas preventivas de proteção. Porém, muitas retiram as queixas e voltam a viver com o companheiro, firmando o ciclo de violência. Nessas fases, há um processo gradativo de episódios de agressões que começam em escalas menores até

chegarem a eventos mais agravantes. Em muitas ocasiões há um sentimento de culpa e remorso por parte do agressor que ludibria a companheira com promessas de mudanças que não chegam a ocorrer.

O panorama do feminicídio no Brasil

Ao realizar a pesquisa sobre conceito de feminicídio, observa-se uma forte ligação do termo usados nos países como o México e Guatemala. No Brasil, a ascensão de sua expressividade começou a ganhar uma notória atenção após divulgação dos dados do Ministério da Saúde, o qual ficou esclarecido um aumento expressivo a 217% nos índices de homicídios cometidos contra mulheres em uma década, dados estes levantados nos anos de 2001 a 2011. Nesse cenário, há uma paralela entre a sociedade e o Estado, de um lado a ação e do outro a omissão, pois mesmo havendo a criação de novas leis e políticas públicas voltadas a tal finalidade, os números de casos se tornam alarmante a cada ano (GROSSI, et al. 2012).

Ainda segundo esse mesmo autor, medidas eficazes foram cobradas pelas Nações Unidas em termos de capacitação dos agentes envolvidos, mais financiamentos, acessibilidade em termos de serviço às mulheres e maior cumprimento da lei (GROSSI, et al., 2012, p.96):

Em uma sociedade assentada em valores culturais da família patriarcal e racista e preconceituosa, articulada com um estado que há pouco tempo começa a abrir-se para rever seu passado, a abordagem de assuntos com tremenda complexidade não é nada simples. A violência contra as mulheres, em função das próprias mulheres, parece estar cada vez mais visível, mas não necessariamente constituindo um veto social. Persiste como um componente das relações que o estado, por meio de suas leis e políticas públicas, apenas toca, mas não impede.

A acessibilidade e a urgência dão mais visão ao Estado nessa relação, em pleno século XXI, em que é preciso cada vez mais ação

eficaz deste para que a impunidade não prevaleça e sim o vigor da lei, pois buscam quebrar o tabu existente numa sociedade marcada pelo patriarcado.

Conforme explica o Instituto Patrícia Galvão (2013), havia uma disparidade em relação à atenção aos casos de feminicídio. Não existia ainda um tipo penal específico ou de protocolos que obrigasse a designação do assassinato de uma mulher em razão do gênero. Além do que, os estudos levantados pelo Sistema de Informações de Mortalidade (SIM) da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS) do Ministério da Saúde (MS) apontam apenas estatísticas sobre homicídios femininos e suas circunstâncias e o local da ocorrência, mas nada específico a casos como o feminicídio.

Pelos dados do Mapa da Violência observa-se, em todas as faixas etárias, a predominância da residência como o local onde mais é cometida a violência, seguido de vias públicas, bar e escola. Dados levantados em 2015 mostram um panorama de três décadas (1980 a 2010) com cerca de 91 mil mulheres assassinadas, sendo 47 % de casos na última década. O estado Espírito Santo está no ranking em 1º lugar com a maior taxa de 9,4 homicídios em cada 100 mil mulheres, seguido de Alagoas (8,3 %) e Paraná (6,3 %). O Piauí aparece em último lugar, com uma taxa de 2,6% homicídios em cada 100 mil mulheres. Entre as capitais destacam-se Porto Velho (12,4%), Rio Branco (11,9%) e Manaus (11,5%) homicídios em cada 100 mil mulheres (WAISELFISZ, 2015).

E também, de acordo com o Mapa da Violência 2015, a realidade em números expressa o aumento de vítimas fatais. São em média, 4,8 assassinatos em 100 mil mulheres. O Brasil ocupa a 83ª posição no Ranking mundial, com cerca de 13 feminicídios diários.

Nos dados mais atuais divulgados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano 2017, uma mulher foi assassinada a cada duas horas no Brasil. Em 2015, o número absoluto de crimes ocorridos contra mulheres foi de 4.793 casos, e em 2016, um ano depois da promulgação da Lei do Feminicídio, o número caiu para 4.606. Contudo, desse total, poucos foram os registros de feminicídio. Em 2015, foram registrados 449 casos julgados como feminicídio, mas, com maior conhecimento

da Lei, os registros saltaram para 621 casos no ano seguinte (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

Pasinato (2011) aponta um dos obstáculos para a identificação e classificação dos feminicídios, não somente no Brasil, como na maioria dos países da América Latina:

A maior parte dos países da América Latina possui leis especiais para a violência doméstica familiar, mas essas leis não enquadram a morte de mulheres de forma diferenciada. Assim, para o sistema policial e judicial – fontes de dados para alguns dos estudos – as mortes de mulheres são classificadas e processadas segundo a tipificação penal existente em cada país, o que engloba os homicídios qualificados ou simples, parricídio, uxoricídio e a figura do homicídio por violenta emoção que abarca os crimes passionais (PASINATO, 2001, p.3)

Desta a forma, o feminicídio nesses países é tratado independente de ter sido cometido contra homens ou mulheres, é aplicado a todos os tipos, de morte, e não tratado no momento do ato por um conjunto de registros policiais e/ou processos que envolvem mulheres.

No Estado de Rondônia, por exemplo, de acordo com o Ministério Público Estadual, em uma consulta disponibilizada no banco de dados do Sistema Parquet B1, foi verificado que, no período de 2015 a 2017, foram cadastrados 95 inquéritos relacionados ao crime de feminicídio. Contudo, desse total foram realizados 81 arquivamentos.

Rondônia aparece também, no grupo 3 da pesquisa do Anuário Brasileiro de Segurança Pública ano 2017, ou seja, assim como outros Estados, como Alagoas, Roraima e Tocantins, há menor grau na qualidade das informações. A pesquisa não apontou nenhum dado de feminicídio registrados no estado, mas somente, 93 homicídios, cuja soma das categorias é por homicídio doloso, latrocínio e lesão corporal seguida de morte.

Poucos são os Estados que possuem uma taxa inferior a 4,5% de homicídios por 100 mil mulheres. As taxas acima de 6,5% se concentram na região norte, centro-oeste e nordeste. As variações dessas taxas podem ser representadas pela aceitação cultural,

variando de região para região. Uma pesquisa divulgada pelo IPEA, em 2013, confirmou os dados do Mapa da Violência, e poucos são os estados com variação menor que 6,5% (GARCIA et al. 2013, p.4).

Em relação à faixa etária, considerando o período da última década de 2000 a 2010, de acordo com Waiselfisz (2015), os maiores índices entre as mulheres estão na faixa de 15 a 39 anos, sendo nas jovens de 20 a 29 anos as maiores taxas e com um aumento significativo em uma década.

O grande marco no combate à violência contra a mulher foi a conquista da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), resultado dos esforços do movimento feminista, dos movimentos sociais pela efetivação dos direitos humanos e de uma grande mulher que não ficou calada perante a violência que sofreu, recorrendo à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

Essa Lei é fruto da desigualdade nas relações de poder entre homens e mulheres, bem como a discriminação de gênero presente na sociedade e na família. Mas cabe destacar que, a Lei Maria da Penha vem reforçar a Constituição Federal de 1988, que prevê em seu art. 226, § 8º, medidas que visam criar mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar.

Várias foram as mudanças trazidas pela Lei, dentre elas: a definição de violência doméstica, os tipos de violência sofrida e a criação dos Juizados. A mais importante foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher com competência cível e criminal para julgar os casos de violência. Recentemente ocorreu nova alteração na Lei Maria da Penha, ficando estabelecido que o agressor pode ser processado mesmo sem a queixa da vítima.

Atendendo às recomendações das convenções e tratados internacionais, este instrumento legislativo passou a contribuir no combate à violência doméstica contra mulheres. A lei delimita o seu campo de atuação no âmbito doméstico, familiar ou com vínculos afetivos.

Porém, nem todas as medidas e os direitos descritos nesses documentos contribuíram após sua criação para que os índices

diminuíssem, pelo contrário, em questão de uma década as taxas têm um crescimento relevante.

Em relação ao impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões, Garcia et al. (2013) afirma que, após a sanção desta lei, houve uma perceptível queda da taxa no ano de criação se comparado aos anos anteriores.

Constatou-se que não houve impacto, ou seja, não houve redução das taxas anuais de mortalidade, comparando-se os períodos antes e depois da vigência da Lei. As taxas de mortalidade por 100 mil mulheres foram 5,28 no período 2001-2006 (antes) e 5,22 em 2007-2011 (depois). Observou-se sutil decréscimo da taxa no ano 2007, imediatamente após a vigência da Lei. (GARCIA et al., 2013, p.6).

A Lei Maria da Penha trouxe grandes inovações para o combate ao fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher, pois antes essa violência não tinha a devida atenção da sociedade, do legislador e nem do poder judiciário. Mas é necessária, ainda, maior eficácia na efetivação e cumprimento deste dispositivo legal.

Nesse sentido, fica clara a busca urgente por uma maior atenção ao crime e violência cometidos contra as mulheres, principalmente quando se caracterizam em relação ao seu gênero.

Ratifica-se que, desta forma, a situação requer um grande desafio para o poder público em termos de efetivar a Lei Maria da Penha, bem como promover novos debates acerca do tema, como forma de abrir novos caminhos para complementar a legislação e coibir de maneira efetiva o assassinato de mulheres.

São necessárias também políticas de prevenção e reeducação, porque a Lei sozinha não extingue o crime. Nesse sentido, a responsabilidade do Estado, e também da sociedade, é trabalhar na implementação dos serviços que a Lei Maria da Penha propõe, como políticas de educação, uma rede intersetorial de atendimento em Saúde, Assistência Social, Segurança Pública e Justiça. Precisamos que sejam implementadas em todo o País as Defensorias das Mulheres, as Varas de Enfrentamento à Violência Intrafamiliar e contra as Mulheres, casas abrigo e serviços de atenção psicossocial

(COMPROMISSO E ATITUDE, 2013, p.1).

Esse tipo de crime é considerado um caso de saúde pública, classificada conforme Organização Mundial da Saúde desde 1990, e devido à grande ocorrência em todo país, necessita de um maior estudo acerca do feminicídio e uma maior relevância ao termo gênero para analisar os crimes de homicídios contra mulheres.

Lei 13104/2015: Lei do feminicídio

Na atualidade, a mais recente lei que veio com o objetivo de rogar pelos anseios da mulher vitimizada, sendo incluída no Código Penal brasileiro, foi a Lei 13.140/2015, tratando o homicídio contra mulher por razões de gênero como crime hediondo, conforme explica Castro (2013, p.1):

Ao ser incluído no Código Penal como um dos tipos de homicídio qualificado, o chamado feminicídio deve figurar, automaticamente, como um dos crimes hediondos. A lei altera o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940) para estabelecer que um assassinato será considerado feminicídio se for praticado “contra mulher por razões de gênero”.

Esta Lei foi criada após incessantes lutas e recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, instaurada em 2012, que traz investigações assíduas sobre a violência contra as mulheres no Brasil, principalmente no ano 2013. O principal ganho e intenção na defesa dos direitos das mulheres estão justamente em tirar os casos de impunidade e invisibilidade. Além de punir mais severamente o agressor por ter cometido um crime contra a vida, a tipificação é observada por juristas e especialistas como uma forma de visibilidade da sociedade, e para a justiça, o campo da violência contra as mulheres no Brasil.

Nesse cenário, a prevalência para esses casos é que devem ser consideradas a razão de gênero e as circunstâncias no assassinato

como: violência doméstica e familiar, violência sexual; mutilação ou desfiguração da vítima ou emprego de tortura ou qualquer meio cruel ou degradante, prevendo o crime como circunstância qualificadora, baseado também no art. 1º da Lei 8.072/90, o qual o torna crime hediondo, sujeito o feminicida à pena de reclusão de 12 a 30 anos (BRASIL, 2015).

Os parâmetros que definem a violência doméstica contra a mulher, por sua vez, estão estabelecidos pela Lei Maria da Penha desde 2006: qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de orientação sexual.

Conforme explica Santos (2016), a Lei Maria da Penha, por si só, apesar também de ser um grande avanço em relação à violência contra mulher, apenas trouxe consigo regras processuais, mas não tipifica o crime. Nesse foco, a lei do feminicídio avança na rigorosidade da pena seguindo os mesmos exemplos de outros países da América Latina em que é aplicada a qualificadora do feminicídio.

Santos (2016) cita, por exemplo, a ação na qual o esposo mata a cônjuge por razões de ciúmes, ou posse (feminicídio íntimo)¹. Outro caso, apesar de não se restringir a uma relação amorosa (feminicídio não íntimo), seria quando o sujeito, por motivos de não aceitação de subordinação, mata a sua chefe. Nesse último caso hipotético, seria o homem conduzido pelo sentimento e pela crença de não aceitar sua condição como subordinado de uma mulher, previsto no art. 121, § 1º do Código Penal. “II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher”

A morte em razão de menosprezo supracitada entra no rol das espécies de feminicídio trazidas com essa nova lei. Fica explícito no caso hipotético, que o indivíduo foi impulsionado a cometer o crime por “nutrir pouca ou nenhuma estima ou apreço pela vítima”, em

¹ Cabe salientar aqui, que o feminicídio é voltar ao sexo feminino, portando, fazem parte desse grupo relação de afeto ou de parentesco entre o agressor e a vítima, seja ela, filha, esposa, mãe, sogra ou avó. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16545 >

outras palavras, desprezo, desapeço e desvalorização.

Desta forma, as circunstâncias qualificadoras devem ser consideradas, pois a ausência de determinados critérios se caracteriza em um simples feminicídio, que apesar da semelhança na grafia, não possuem o mesmo fim. Assim, o legislador deixa claro que quando há ausência da condição específica do gênero feminino, como por exemplo, o esposo que mandou a mulher pelo seguro de vida, não há razão para ser tipificado como feminicídio.

Em relação à discriminação, tem-se um caso recente de grande repercussão internacional, o da Vereadora Marielle Franco, assassinada em março de 2018, o qual vem sendo interpretado por vários juristas, como a Subprocuradora-Geral da República e Coordenadora do Comitê Gestor de Gênero e Raça do Ministério Público Federal, Ela Wiecko, que afirma, pela característica até o momento no teor das investigações, que se trata de um feminicídio: “Ninguém fala. Até as feministas estão dizendo que foi um ato político, mas eu acho que isso é um feminicídio, por tudo que a Marielle representa, a plataforma dela. Isso tem uma resistência desse patriarcado brasileiro que está na política. O poder político é um poder muito patriarcal.” (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2018, p.1).

A ligação citada se deve em razão da vereadora ter se mostrado como uma figura forte, negra, e o crime premeditado pode ter ocorrido, na opinião da Subprocuradora Ela Wiecko (já que ainda não foram encontradas pistas)², como forma de represálias às lideranças femininas, que ocorrem não somente no Brasil, mas em todo mundo.

Nesse paradigma, o Instituto Geledés cita que as mulheres negras são as que mais sofrem tanto com a violência doméstica, como em casos de assassinatos. Um caso de repercussão foi da jovem negra, Yasmin Costa dos Santos, de 19 anos, morta pelo namorado. Disto que se especula, segundo as informações colhidas, pelo fato crescente e recorrente de mulheres negras estarem mais vulnerável à violência doméstica e consequentemente à morte, necessitando assim que se avance também em políticas públicas de proteção relacionada à problemática racial.

² Trata-se de um caso não confirmado, foram comparadas apenas as falas da magistrada, que serviram como base para comparar o feminicídio sob a ótica da discriminação, um dos róis usados para caracterizar o crime.

Em face dessa dupla subvalorização, é válida a afirmação de que o racismo rebaixa o status dos gêneros. Ao fazê-lo, institui como primeiro degrau de equalização social a igualdade intragênero, tendo como parâmetro os padrões de realização social alcançados pelos gêneros racialmente dominantes. Por isso, para as mulheres negras atingirem os mesmos níveis de desigualdades existentes entre homens e mulheres brancos significaria experimentar uma extraordinária mobilidade social, uma vez que os homens negros, na maioria dos indicadores sociais, encontram-se abaixo das mulheres brancas (CARNEIRO, 2003, p.1).

Não se pode afirmar, de acordo com essa visão, que outras mulheres não estejam sujeitas ao assassinato, afinal independente de sua raça e cultura, visto que a violência contra mulher é fruto universal, independentemente dessas características. Mas, o que se debate nessa ótica é que devido à desigualdade social e racial gritante no Brasil, mulheres negras, em sua maioria, principalmente as que têm menos escolarização e oportunidades de trabalho, e por ser já serem consideradas em um grupo vulnerável, sobressaem-se nas mesmas opressões de gênero, devido à discriminação racial.

Para Santos (2016), apesar dos avanços que a Lei traz em relação à proteção da mulher, ainda há pontos controversos e truncados nos critérios adotados na aplicação qualificadora do crime:

“1) O critério psicológico: Existirá defesa no sentido de que se deve desconsiderar o critério biológico para identificar como mulher, toda aquela em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino. Adotando-se esse critério, matar alguém que fez a cirurgia de redesignação de gênero ou que, psicologicamente, acredita ser uma mulher, será aplicado a qualificadora do feminicídio. 2) O critério jurídico cível: Deve ser considerado o sexo que consta no registro civil, ou seja, se houver decisão judicial para a alteração do registro de nascimento, alterando o sexo, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural para ser um conceito de natureza jurídica. 3) O critério biológico: Deve ser sempre considerado o critério biológico, ou seja, identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Neste caso, como

a cirurgia de redesignação de gênero altera a estética, mas não a concepção genética, não será possível a aplicação da qualificadora do feminicídio” (SANTOS, 2016b, p.1)

O destaque na condição da natureza da mulher, ou seja, no critério biológico vem trazendo várias interpretações e plausíveis questionamentos entre estudiosos na área. Dentre as discussões, tem-se que tal critério exclui, nesse caso, numa linha do conservadorismo, à condição de transexual³.

Para o Direito Penal, conforme esclarece Santos (2016b), regem-se os princípios de legalidade. Assim, mesmo que tenha ocorrido à intervenção cirúrgica, geneticamente o indivíduo ainda é caracterizado pelo sexo masculino.

Santos (2016a), explica que em uma tendência mais moderna, intensifica-se o posicionamento, que tendo o seu direito de identificação civilmente como mulher, torna-se ao mesmo tempo arbitrário a sua incidência legal, uma vez que, pode tal sujeito ser equiparado aos direitos de uma mulher geneticamente comprovada, mas não pode o mesmo agravar a situação do réu em relação ao assassinado cometido a esse sujeito.

Diniz (2016, p.3) cita a seguinte afirmação:

Neste sentido, supondo que tenha nascido com o sexo masculino, sendo constatado em seu registro de nascimento. Após algum tempo ingressa com uma ação judicial para mudança de sexo, e consegue que essa pretensão seja atendida pelo Poder Judiciário, vindo seu registro de nascimento a ser modificado, constando agora que seu nome pertença ao sexo feminino, a partir dessa modificação, pode ser considerado como sujeito passivo de feminicídio.

Nesse caso, segundo a indagação da autora, prevalece o critério civil, haja vista que a partir da autorização do judiciário na modificação do registro de nascimento, surge uma nova identidade, mesmo que

3 O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica. Nesse quadro, a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação do seu estado físico e psíquico”. Disponível em: < <https://delegadowanderley.jusbrasil.com.br/artigos/378934999/transexual-pode-ser-vitima-de-feminicidio> > Acesso em: mar de 2018.

não seja biologicamente considerada mulher, mas civilmente passará a responder como tal perante a sociedade.

Para Cavalcante (2015), a redação de tais critérios e o cunho das expressões escolhidas é péssima, o que torna a leitura confusa para os interpretadores. A expressão sexo feminino, que substitui a expressão gênero, afasta a possibilidade da transexualidade ser abordada na referida Lei.

Outras modificações da Lei do Feminicídio em relação à rigorosidade é o aumento da pena, caso aconteça em três condições, conforme § 7º: se mulheres estiverem gestantes, ou no pós-parto num período de até três meses, com pena de reclusão aumentada de 1/3 (um terço) até a metade, assim como nos casos praticados a menor de 14 anos, e superior a 60 anos ou com deficiência, e/ou, se a na presença de descendente ou de ascendente da vítima (BRASIL, 2015).

A primeira situação é justificada pelo legislador, porque a morte da mãe pode levar em muitos casos à morte do feto também. Um caso recente divulgado pelo portal O Globo foi o feminicídio de uma empresária, na cidade do Rio de Janeiro, grávida de três meses:

O corpo foi encontrado há 10 quilômetros do centro de Vassouras, dentro de pneus, prática conhecida como micro-ondas. Para a polícia, por ele ser dentista, ele sabia que, queimando o corpo, seria mais difícil identificar o corpo de Nathalie, que ainda teve todos os dentes arrancados (ARAÚJO, 2017, p.1).

Nesse caso, o indivíduo é indiciado por feminicídio e aborto consumado e ocultação de cadáver, previsto no Art. 211 do Código Penal. O agente por ter um caso com a vítima, não aceitava sua gestação, impondo a ela que fosse realizado o aborto.

A recusa da vítima em atender tal pedido ocasionou o crime, conforme as palavras da promotora Silvia Chakian, que faz parte do Grupo de Enfrentamento à Violência Doméstica do Ministério Público de São Paulo: “O crime acontece quando a mulher viola uma das leis do patriarcado: nesse caso da submissão, que não lhe dá permissão de conduzir a própria vida”. Assim, crime passionai e qualificado, não deu nenhuma chance de defesa à vítima (PAIVA, 2017, p.1).

Em outros casos, quando o feto sobrevive, a condenação consumada será por feminicídio e tentativa de aborto, e vice-versa. O pós-parto é levado como agravante, pela questão do desmame do bebê, e seu vínculo afetivo da mãe sendo interrompido nos primeiros meses do nascimento (DINIZ, 2016).

Em relação aos crimes contra menores de 14 anos e acima dos 60, ou ainda com deficiência, o legislador entende por se caracterizarem sujeitos de vulnerabilidade, levados pelo agente como um ato de covardia. E por fim, o aumento da pena previsto pelo assassinato praticado na presença de descendente ou ascendente da vítima, devido aos danos e sofrimentos psicológicos causados a esses sujeitos.

A classificação de hediondez do crime atrelada ao feminicídio fez-se necessária simplesmente pelo fato dos motivos e práticas consideradas torpe e fútil, não tendo como negar a discriminação de gênero desprendida em tal situação. Essa tipificação não cede espaço para indulto ou anistia, ou fiança, conforme disposto na Lei 8.072/90, bem como que o cumprimento da pena já passará a vigorar em regime fechado.

Dessa forma, as mudanças reais e concretas para o autor de um feminicídio será que ele terá que cumprir $\frac{2}{3}$ da pena para ter o livramento condicional, $\frac{2}{5}$ ou $\frac{3}{5}$ para progressão de regime, se primário ou reincidente, 30 dias de prisão temporária, dentre outros (PIMENTEL, 2015, p.1).

Para Pimentel (2015), a nova legislação traz, entre tantas modificações, um aparato a esse público juntamente com instrumentos legislativos voltados à ação de prevenção, punição e erradicação da Violência contra a Mulher. Apesar dos números não serem favoráveis, uma maior severidade na Lei, aliada com mais políticas de proteção e prevenção, podem surtir efeitos positivos.

Em relação à competência para julgamento, considerando ser um agravante contra a vida, caracterizado como doloso, é de cunho do Tribunal do Júri a competência constitucional de julgar, mas há de fazer ressalva, visto que existem, em relação ao tema, abordagens descontextualizadas pelo próprio júri, que levam quem teve sua

vida ceifada ser apontada como ré ou ter construção de sua imagem questionada.

Diniz (2016) explica que a conduta da vítima não exclui a responsabilidade penal, mas questiona que, no caso da violência contra mulheres, há uma forte relação da defesa, ou do próprio júri de sempre reverter a situação de casos, nos quais o agente sempre foi levado por motivos de emoção, ou por estar sob o efeito de álcool ou drogas, mas nem sempre apontado com um ser racional para o qual a lei está dirigida.

Desta forma, surge uma nova forma de interpretar os casos, onde a vítima passa a ser vista sob uma nova atenção. Nesse caso, indaga-se a possibilidade de a vítima ser a culpada juntamente com o réu, ou responsabilizada, mesmo que não esteja mais presente, por ter uma parcela contributiva na existência do fato criminoso, conforme deixa claro o termo usado no Dossiê do Feminicídio do Instituto Patrícia Galvão: “Quem perdeu a vida vai ao banco dos réus”.

Essa nova forma de pensar é marcada na presença do estereótipo discriminatório em alguns casos, segundo Marta Machado, pesquisadora e professora da FGV Direito SP: “Vimos juízes querendo investigar quem era a mulher, se era boa mãe, dedicada, mulher direita, ou se era uma mulher que não cumpria o papel social. Vimos a mobilização dos estereótipos femininos como forma de justificar a violência. As mortes aconteciam por um histórico de violência que era ignorado no momento do julgamento, que reduzia todo o debate a apenas um ato” (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2017, p.1).

A mulher é apontada como a própria culpada pelo ato de violência ao questionar sobre a sua posição na sociedade e, por conseguinte, os juízes levam também a manter uma ação duvidosa de sua integridade. Nesse caso, julga-se a conduta, e não o crime cometido, baseado no comportamento da mulher, como possível estopim do crime.

De acordo com Bruschini (2011), a relação conjugal não é composta apenas de duas pessoas, existem outros elementos envolvidos: filhos, familiares, amigos, bens materiais e toda a sociedade, pois a mesma sociedade que julga um casal quando se separa, faz cobranças e pergunta o porquê da permanência dessa mulher na relação.

Da mesma forma, o Estado não garante políticas que envolvam toda a família, atribuindo a responsabilidade para os integrantes quando algo dá errado.

As sentenças são explicitamente patriarcais e só consideram os filhos órfãos, no momento de narrar as consequências do crime. Os estereótipos das mulheres como mães e donas de casa, por um lado, e companheiras ciumentas e provocadoras, de outro, também permanecem latentes nos processos (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2017, p.1).

Assim, insiste-se sob essa ótica que, quanto à reprodução do patriarcado que persiste pelas famílias e pela sociedade, deve existir um combate, pois a busca pela igualdade de gênero deve transpor a barreira dos lares e da própria sociedade. Campanhas educativas para homens e mulheres podem contribuir com um fim da violência, de igual modo um melhor esclarecimento sobre a legislação e sobre a rede de enfrentamento criam novas perspectivas para todos os envolvidos.

Considerações Finais

A violência doméstica é um fenômeno que historicamente está arraigado em nossa cultura. A discussão e o enfrentamento do problema vêm sendo aprimorados, exigindo-se dos Estados, Municípios e União, e de toda sociedade, ações preventivas e punitivas para coibir a violência de gênero.

A sociedade, no decorrer da história, moldou as meninas para o lar, para a vida doméstica, enquanto os meninos foram criados para o “mundo”, e assim, as famílias reproduzem em seus lares estes aspectos. Ao homem são oportunizados os espaços externos, a primazia na educação, no trabalho, nas relações com outras pessoas e no controle do capital.

As culturas evoluíram, a sociedade tomou outros rumos, mas alguns aspectos desta criação patriarcal permanecem atualmente.

Muitas mulheres ainda são reféns e dependentes das relações afetivas, cuja posição acaba confundindo amor e afeto, com uma espécie de “programação social e familiar” que no seu íntimo ordena: você deve ser submissa, cuidar do lar, respeitar e suportar tudo que vem do seu companheiro.

Na pesquisa, fica claro um notável crescimento do feminicídio nos últimos anos no Brasil, onde as taxas ultrapassam os 200% de evolução nas últimas três décadas. As principais causas são decorrentes de histórico de violência familiar e mais predominante em jovens de 20 a 29 anos. A questão do porquê dessa faixa etária não foi especificada, mas acredita-se por questão de vulnerabilidade do grupo, sendo as questões emocionais as causas mais prováveis. Observa-se que a origem do termo feminicídio não é muito recente, mas o tema, apesar de sua relevância, não tem um estudo específico. Os homicídios se referem a casos em geral, acreditando-se que pelo fato de que 40% das ocorrências serem registrados em residência, estejam eles de alguma forma ligados à questão de gênero.

Em Rondônia, de acordo com os poucos bancos de dados disponíveis, muitos homicídios com características de feminicídio não são registrados como tal logo no início do atendimento das ocorrências, embora sejam casos de crime praticados, em boa parte, em relação ao gênero.

Foi verificado, durante o desenvolvimento da pesquisa, que a promulgação da Lei Maria da Penha no Brasil melhorou a política voltada à mulher, e a Lei do Feminicídio traz maior visibilidade para uma melhor estruturação e articulação dos vários mecanismos para resolver o problema de violência doméstica e familiar.

O somatório desses fatores tem contribuído para o combate a violência contra mulher. Porém, ainda existem aspectos preocupantes que mantêm índices altíssimos de incidência e reincidência de casos, tais como: as diferenças sociais de gênero que ocasionam a subjugação da mulher ao homem, o desconhecimento de seus direitos, o medo de denunciar, a vergonha e a manutenção da relação violenta.

A tipificação para o crime de feminicídio incide em mais cumprimento no que rege a lei, e são cada vez mais cobrados do

poder público a implementação e efetivação de políticas públicas, principalmente políticas que envolvam maior conscientização dos casos crescentes e medidas punitivas e socioeducativas.

Assim, a contribuição desse estudo não deixa somente em uma reflexão profunda por uma temática que merece ser ressaltada, mas que deve ser debatida, estudada e implementada. Os dados revelam que a punição deve ser considerada, mas a prevenção deve ser levada em consideração.

Referências

ARAUJO, Vera. Polícia prende dentista acusado de matar ex-namorada grávida. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/policia-prende-dentista-acusado-de-matar-ex-namorada-gravida-21517705#ixzz5QnTYLT4Istest>> Acesso em março de 2018.

BIANCHINI Alice. Homicídio de mulheres: estudo comparativo entre Brasil e Argentina – parte 2. Jan de 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/alicebianchini/2013/01/03/homicidio-de-mulheres-estudo-comparativo-entre-brasil-e-argentina-serie-mapas-da-violencia-parte-3/>> Acesso em março de 2018.

BRASIL, Lei 11.340/06 de 07 de agosto de 2006. Brasília/DF, 2006. Disponível: em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em agosto de 2017.

BRASIL. 13.104/2015. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 153, out 2016. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17947>. Acesso em abr 2018.

BRUSCHINI, Cristina. Teoria crítica da família. In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Org.). Infância e violência Doméstica: fronteiras do conhecimento. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. Estudos Avançados, vol.17, n. 49, São Paulo Sept./Dec. 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300008>. Acesso em abr. 2018.

CASTRO, Augusto. Feminicídio poderá ser crime hediondo. 2013. Disponível em:< <https://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/125337290/feminicidio-podera-ser-crime-hediondo>>

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários ao tipo penal do feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP). Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>> Acesso em abril de 2018.

CERVENY, Ceneide Maria de Oliveira. Família e... Narrativas, Gênero, Parentalidade, Irmãos, Filhos no divórcio, Genealogia, História, Estrutura, Violência, Intervenção sistêmica. 2 ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

COMPROMISSO E ATITUDE. Feminicídio: desafios e recomendações para enfrentar a mais extrema violência contra as mulheres. 2013. Disponível em:< <http://www.compromissoeatitude.org.br/feminicidio-desafios-e-recomendacoes-para-enfrentar-a-mais-extrema-violencia-contra-as-mulheres/>> Acesso em abr. 2018.

DINIZ, Priscila Mara Do Nascimento. Feminicídio no direito brasileiro .2016. Disponível em:< <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,feminicidio-no-direito-brasileiro,56772.html>> Acesso em abr. 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, Anuário Brasileiro de Segurança Pública ano 2017. Disponível em:<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/fontes-e-pesquisas/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/FBSP_ANUARIO_11_2017.pdf> Acesso em abr. 2018.

GARCIA, Leila Posenato. [et al.] Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil. 2013, 5fls. Artigo (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea) Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf. Acesso em março de 2018.

GROSSI, Patrícia Krieger. Violências e gênero: coisas que a gente não gostaria de saber. EDIPUCRS, 2012.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. Dossiê Violência contra mulher. 2017. Disponível em:< <http://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/ela-wiecko-ve-crime-de-feminicidio-no-assassinato-da-vereadora-marielle-franco/>> Acesso em abr 2018.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. Ela Wiecko vê crime de feminicídio no assassinato da vereadora Marielle Franco. 2018. Disponível em:< <http://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/ela-wiecko-ve-crime-de-feminicidio-no-assassinato-da-vereadora-marielle-franco/>> Acesso em abr. 2018.

PAIVA, Letícia. Mais de 50 casos de feminicídio foram notícia neste ano no Brasil. Disponível em: <<https://claudia.abril.com.br/noticias/mais-de-50-casos-de-feminicidio-foram-noticia-este-ano-no-brasil/>> Acesso em abr 2018.

PASINATO, Wânia. Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil. 2001, 28 fls. Cad. Pagu [online]. 2011, n.37, pp. 219-246. ISSN 0104-8333. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>> Acesso em agosto de 2017.

PIMENTEL, Felipe. Comentários acerca do Feminicídio (lei 13104/15). In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 142, nov. 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16545>. Acesso em abr 2018.

PINTO Gabriela. Violência Doméstica e Familiar À Luz Da Lei Nº 11.340/2006. 2007, 32 fls. Artigo (Trabalho de Conclusão de Curso -PUCUS). Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/gabriela_berlese.pdf> Acesso em agosto de 2017.

RUSSELL, Diana E. H. Feminicídio: uma perspectiva global. 1 edição: México, 2006.

SANTOS, Wanderley Elenilton Gonçalves. Transexual pode ser vítima de feminicídio? Jusbrasil, 2016. Disponível em:< <https://delegadowanderley.jusbrasil.com.br/artigos/378934999/transexual-pode-ser-vitima-de-feminicidio>> Acesso em abril de 2018.

SOARES, Bárbara M. Enfrentando A Violência Contra A Mulher - Orientações Práticas Para Profissionais E Voluntários(As) - Brasília, 2005. Disponível em:< <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/enfrentando-a-violencia-contra-a-mulher-orientacoes-praticas-para-profissionais-e-voluntarios>> Acesso em março de 2018.

WASELFISZ. Julio Jacob. O Mapa Da Violência 2012 Caderno Complementar 11: Homicídio De Mulheres No Brasil. 2015. Flacso Brasil. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf> Acesso em março de 2018.

Daniela Christina Klemz Eller Sityá

Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR e Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON (2019). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR (2007). Atua como Assessora de Juiz no Tribunal de Justiça de Rondônia na área criminal, com experiência em Execução Penal e Ações Penais Genéricas. Possui formação em Mediação Judicial pelo Tribunal de Justiça de Rondônia. Tem experiência de atuação como Diretora de Secretaria em Vara Criminal com competência em crimes dolosos contra a vida (Tribunal do Júri). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal (Especialização). É pesquisadora do Centro de Pesquisa e Publicações Acadêmicas (CEPEP) da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia.

Rudhy Marssal Bohn

Mestre em Educação pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR. Especialista em Docência e Metodologia do Ensino Superior e da Pesquisa pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Especialista em Segurança em Sistema de Informação pela União das Escolas Superiores de Cacoal - UNESC. Certificação em ITIL e COBIT. Técnico Judiciário, lotado na Coordenadoria de Informática do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Tem experiência na área de Ciência da Computação, com ênfase em Redes de Computadores, Gerência de Projetos, Sistemas de Informação, Educação à Distância.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO ESTADO DE RONDÔNIA: OS NÚMEROS DA JUDICIALIZAÇÃO E OUTROS APONTAMENTOS

**Daniela Christina Klemz Eller Sityá
Rudhy Marssal Bohn**

RESUMO

O trabalho visa apresentar o quantitativo de medidas protetivas, inquéritos e ações penais distribuídos em esfera judicial no Estado de Rondônia entre os anos de 2012 a 2017. Tem por finalidade identificar o cenário da violência doméstica contra a mulher no Estado de Rondônia, em termos estatísticos, notadamente das medidas judicializadas, ou seja, aquelas que ingressaram no poder judiciário, tanto para a eventual responsabilização criminal do agressor (por meio dos inquéritos e/ou ações penais), quanto para a aplicação das medidas preventivas e/ou de urgência, com previsão na Lei 11.340/06 — cognominada Lei Maria da Penha — por meio da análise do instrumento jurídico denominado “Pedido de Medidas Protetivas”. Foi realizada pesquisa quantitativa, na qual verificamos o número de processos distribuídos em todas as Comarcas do Estado de Rondônia entre os anos de 2012 a 2017, tanto de pedidos de medidas protetivas quanto de inquéritos, e desses quantos culminaram em ação penal em desfavor do agressor. Verificamos ainda casos em que o agressor voltou a figurar como parte passiva nas referidas ações/pedidos, sendo este um indicativo de possível falta de eficácia da decisão judicial e/ou da ineficiência do atendimento dos profissionais envolvidos e, portanto, da própria prestação jurisdicional. A importância do estudo se revela na medida que possibilita análises comparativas do Estado de Rondônia com os demais estados da federação, das Comarcas do interior com a Comarca da Capital (onde existe Juizado Especializado e acompanhamento dos casos por Equipe Multidisciplinar) bem como, com os dados demográficos e populacionais, de forma a possibilitar

um diagnóstico local do problema, que poderá servir de instrumento de análise para a elaboração, planejamento e implementação de políticas públicas (aqui incluídas as políticas institucionais) para o combate a este tipo de violência, tão complexa e singular quanto ainda marcadamente presente nas relações sociais, de raízes históricas e culturais. Convém mencionar, neste sentido, que o Estado de Rondônia está localizado numa região que enfrenta diversos problemas sociais, com baixo índice de desenvolvimento humano e taxas alarmantes de violência, além de marcante diversidade cultural, o que reclama ainda mais atenção na defesa dos direitos humanos, com atuação eficiente do Judiciário como garantidor desses direitos.

Palavras-chave: Violência Doméstica; Poder Judiciário; Estado de Rondônia; Judicialização; Lei Maria da Penha.

Introdução

Desde a promulgação da Lei 11.340/06, ou Lei Maria da Penha (LMP) muitas são as discussões, nos diversos setores da sociedade, acerca das iniciativas promovidas pelo Estado Brasileiro no enfrentamento à violência perpetrada contra mulheres em nosso país.

De acordo com o próprio texto legal, para a efetividade e eficácia dos direitos e garantias elencados pela Lei Maria da Penha, faz-se indispensável a articulação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse passo, tem-se como mote do presente estudo a importância do Poder Judiciário e de suas funções no processo de formulação e implementação de políticas públicas voltadas às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, e, para tanto, mister que se conheça o cenário estudado, as estatísticas (no caso, as judiciais) que evidenciam o problema.

Para que tais políticas sejam criadas ou se desenvolvam, é indispensável que haja o constante levantamento e monitoramento dos dados, neste caso, os relativos às demandas do Poder Judiciário, de modo a subsidiar planos de ação, avaliação, análises comparativas

e outros estudos, traduzindo a importância do presente trabalho, na medida que possibilita o acesso a tais elementos.

A pesquisa tem como *locus* o Tribunal de Justiça Rondoniense, localizado numa região que enfrenta diversos problemas sociais e de marcante diversidade cultural, o que reclama ainda mais atenção na defesa dos direitos humanos, com atuação eficiente do Judiciário como garantidor desses direitos.

O estudo é parte de pesquisa em andamento e tem por finalidade identificar o cenário da violência doméstica contra a mulher no Estado de Rondônia, em termos estatísticos, por meio de análise empírica, notadamente das medidas judicializadas, ou seja, aquelas que ingressaram no poder judiciário, tanto para a eventual responsabilização criminal do agressor (por meio dos inquéritos e/ou ações penais), quanto para a aplicação das medidas preventivas e/ou de urgência, previstas na Lei 11.340/06, cognominada Lei Maria da Penha, por meio da análise do instrumento jurídico denominado “Pedido de Medidas Protetivas”.

Verificou-se, por meio de pesquisa quantitativa, o número de processos distribuídos em todas as Comarcas do Estado de Rondônia, 23 (vinte e três) no total, entre os anos de 2012 a 2017, tanto de pedidos de medidas protetivas quanto de inquéritos, e desses, quantos culminaram em ação penal em desfavor do agressor.

Foram analisados ainda casos em que o agressor voltou a figurar como parte passiva nas referidas ações/pedidos, sendo este um indicativo de possível falta de eficácia da decisão judicial e/ou da eficiência do atendimento dos profissionais envolvidos e, portanto, da própria prestação jurisdicional.

A Lei Maria da Penha e o papel do Poder Judiciário

A elaboração de uma lei específica contra a violência de gênero surgiu no Brasil como expoente das conquistas obtidas pelos movimentos de mulheres, e vem regular aqui direitos assegurados internacionalmente (e internamente, no texto constitucional) como

integrantes dos Direitos Humanos, exigindo mudança de postura do Estado e das respostas deste para o que agora deve ser encarado como problema social, assumindo a difícil proposta de assegurar a todas as mulheres “as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social” (art. 2º, Lei 11.340/06).

A cognominada Lei Maria da Penha, surgiu como uma resposta legislativa à premente necessidade do Estado de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, configurando verdadeira ação afirmativa para assegurar os direitos humanos das mulheres, trazendo previsões promissoras de implantação de políticas e ações articuladas entre os diversos poderes e setores sociedade, daí a relevância de se analisar como o aparato judiciário — agente neste enfrentamento — vem cumprindo seu papel.

Reconhecendo a violência contra a mulher como grave violação aos direitos humanos, a Lei Maria da Penha definiu a violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (Art. 5º); trazendo em seu texto a previsão inovadora de aplicação de medidas protetivas às vítimas de violência doméstica e familiar, as quais são tratadas nos artigos 18 a 24, podendo ser divididas em medidas protetivas de urgência em geral, as que obrigam o agressor e as que se aplicam à ofendida.

Diversas outras inovações e previsões foram trazidas pela Lei Maria da Penha, entretanto, como objetivo deste trabalho, interessa tratar do instrumento jurídico denominado “Pedido de Medidas Protetivas” e das ações penais ordinárias advindas de crimes comuns praticados contra vítimas mulheres, no âmbito familiar.

Como dito acima, a Lei Maria da Penha convocou o Poder Judiciário, como parte do “braço” estatal, a tomar seu lugar no enfrentamento à violência contra a mulher, justamente pelo papel político e social que o exercício jurisdicional representa, ao “dizer o direito” e ao impor a punição.

Por outro lado, o compromisso do Poder Judiciário, é a garantia

às mulheres em situação de violência de um maior acesso à Justiça, preservando-lhes os direitos elencados na Constituição Federal e na Lei Maria da Penha.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atuando como órgão central da administração do sistema judicial brasileiro, bem como na conjectura de políticas de planejamento, coordenação e controle, definiu diretrizes e ações de prevenção à violência contra a mulher, reforçando o papel do Poder Judiciário no enfrentamento à violência de gênero e reconhecendo a importância de ações direcionadas e do aprimoramento da prestação jurisdicional, por meio da criação da “Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, instruída por meio da recente Portaria CNJ n. 15/2017 (CNJ, 2017).

Dentre as ações previstas, destacamos a realização periódica do mapeamento da estrutura as unidades judiciárias competentes para julgamento dos casos envolvendo violência contra a mulher, assim como dos dados sobre a judicialização das causas desta natureza, o que novamente revela a importância do presente estudo.

Os Números do Tribunal de Justiça de Rondônia

O Estado de Rondônia está localizado na região Norte, tendo como limites os estados do Mato Grosso a leste, Amazonas a norte, Acre a oeste e a República da Bolívia a oeste e sul. Conta com 52 (cinquenta e dois) municípios e ocupa uma área de 237.590,547 km². A capital Porto Velho é o município mais populoso, sendo o terceiro estado mais populoso da Região Norte, com 1.805.788 habitantes (IBGE, 2017).

A população rondoniense é uma das mais diversificadas do Brasil, composta de migrantes oriundos de todas as regiões do país, o que configura uma enorme gama de costumes e comportamentos culturais e sociais aglomeradas em um mesmo espaço. Além disso, embora tenha um dos melhores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) da Região Norte, esta possui o segundo menor IDH do país,

superando apenas a Região Nordeste.

Convém mencionar, neste sentido, que estes fatores contribuem para que o Estado de Rondônia enfrente diversos problemas sociais, que, por sua vez, contribuem com o crescimento das taxas de violência, o que reclama ainda mais atenção na defesa dos direitos humanos, com atuação eficiente do Judiciário como garantidor desses direitos. De acordo com o Mapa da Violência (2015) o Estado de Rondônia ocupa o sétimo lugar dentre as unidades federadas brasileiras com maior número de homicídio de mulheres¹.

A Litigiosidade da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher no Tribunal de Justiça de Rondônia

Em termos estruturais, o Poder Judiciário do Estado de Rondônia (PJ/RO), atualmente, conta com 23 (vinte e três) Comarcas. A Comarca da Capital Porto Velho dispõe de somente um juizado especializado (Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - JVD FM), sendo que este possui equipe multidisciplinar com atuação exclusiva, composto por com 2 (dois) assistentes sociais e 3 (três) psicólogos. Esses dados são relativos ao ano de 2017 e foram fornecidos pelo próprio Tribunal de Justiça de Rondônia (TJ/RO), ao CNJ, para a realização do estudo intitulado “A Atuação do Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha”, publicado todos os anos e consistente em um compilado de dados relativos ao monitoramento dos Tribunais Estaduais, tanto no que diz respeito à litigiosidade dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, como de estrutura física e humana destes no atendimento à mulher em situação de violência (CNJ, 2017).

A LMP atribuiu ao Poder Judiciário a criação de Juizados ou Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, tendo competência cível e criminal para processar, julgar e executar, de forma especializada, as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, devendo contar com uma

¹ Dados relativos ao ano de 2013, percentuais populacionais a cada 100 mil mulheres.

equipe multidisciplinar especializada nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde. Está prevista na já mencionada Portaria n. 15/2017 do CNJ, como objetivo da chamada “Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres no Poder Judiciário”:

Art. 2º São objetivos da Política Judiciária estabelecida nesta Portaria:

I - fomentar a criação e a estruturação de unidades judiciárias, nas capitais e no interior, especializadas no recebimento e no processamento de causas cíveis e criminais relativas à prática de violência doméstica e familiar contra a mulher baseadas no gênero, com a implantação de equipes de atendimento multidisciplinar, nos termos do art. 29 da Lei nº 11.340/2006;

A importância da existência de Juizados especializados é amplamente defendida por Pasinato (2012, p. 46) e Dias (2015, p. 34, 133, 172-173), que coloca a questão como necessária à segurança jurídica das partes, a fim de se evitar decisões contraditórias e falta de uniformidade nos procedimentos, bem ainda, para o desafogamento das varas criminais e de família. De outro norte, o tratamento especializado à mulher que sofre violência de gênero é uma questão de não se criar obstáculos para o acesso à justiça a essas mulheres, que, além de terem que lidar com a falta de serviços e de políticas que dêem cumprimento aos dispositivos de assistência e proteção integrais e intersetoriais previstos na lei, deparam-se com o atendimento não especializado, discriminatório, que desconsidera as especificidades da violência baseada no gênero, que as responsabiliza por sua situação e indecisão diante da queixa prestada à polícia (PASINATO, 2012).

Voltando à realidade do TJ/RO, com exceção da Capital Porto Velho, não existem juizados ou varas especializadas nas demais unidades judiciárias, inclusive na Comarca de Cacoal, onde esta pesquisadora exerce sua atividade profissional, de modo que a competência para julgamento das causas dessa natureza é do juiz (ou juízes) das varas criminais (ou varas genéricas) que acumulam competência para julgamento de ações criminais e, não há equipe psicossocial exclusiva para tais atendimentos.

No mais, como já mencionado, a Lei Maria da Penha, além de

contemplar aspectos jurídicos, políticos e sociais, previu novas normas procedimentais e técnicas, inclusive para a atuação de diversos profissionais não adstritos ao campo jurídico, os quais devem compor a chamada rede de atendimento à mulher, as equipes multidisciplinares. Em Rondônia algumas unidades judiciárias não dispõem de “equipe” multidisciplinar, mas têm somente um profissional, assistente social ou psicólogo, responsável pelo atendimento de toda a demanda judicial, ou seja, não atende exclusivamente casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Em alguns casos, o profissional do setor psicossocial está lotado em município diverso da residência da parte envolvida no processo. Tais situações denotam de modo objetivo uma diferença de tratamento entre jurisdicionados da capital e do interior e um possível obstáculo no acesso aos serviços do judiciário (em um sentido mais amplo, no acesso a direitos e à justiça) pela população. Em algumas comarcas se observa a inexistência mesmo de atendimento e acompanhamento das “partes” pela equipe psicossocial/multidisciplinar, seja pela omissão deste ponto na decisão judicial ou mesmo pela impossibilidade estrutural da unidade judiciária, e muitas das vezes a primeira é consequência da segunda.

A Judicialização da Violência Doméstica Contra a Mulher no Estado de Rondônia: a metodologia utilizada

Definindo “judicialização” como sendo a demanda judicial nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ou, noutras palavras, a litigiosidade de tais casos, ou o ingresso no poder judiciário de ações ou pedidos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, passamos a apresentar os dados do TJ/RO.

A fim de identificar o cenário da violência doméstica contra a mulher no Estado de Rondônia em termos estatísticos, notadamente das medidas judicializadas, seja para a eventual responsabilização criminal do agressor (por meio dos inquéritos e/ou ações penais), quanto para a aplicação das medidas preventivas e/ou de urgência, com previsão na Lei 11.340/06 — cognominada Lei Maria da

Penha — por meio da análise do instrumento jurídico denominado “Pedido de Medidas Protetivas”, apresentamos o quantitativo de tais instrumentos ou “remédios legais”, distribuídos em esfera judicial no Estado de Rondônia entre os anos de 2012 a 2017, em todas as 23 (vinte e três) comarcas: Alta Floresta do Oeste, Alvorada do Oeste, Ariquemes, Buritis, Cacoal, Cerejeiras, Colorado do Oeste, Costa Marques, Espigão do Oeste, Guajará-Mirim, Jaru, Ji-Paraná, Machadinho do Oeste, Nova Brasilândia do Oeste, Ouro Preto do Oeste, Pimenta Bueno, Porto Velho, Presidente Médici, Rolim de Moura, Santa Luzia do Oeste, São Francisco do Guaporé, São Miguel do Guaporé e Vilhena. Cabe ressaltar que, no casos das Comarcas que abarcam mais de um município, foi considerado no quantitativo populacional a soma das populações dos respectivos municípios, com base no Censo 2010 (IBGE).

No processo investigatório realizado, buscou-se a apresentação dos dados processuais de forma descritiva, partindo a uma análise da evolução dos processos de crimes contra as mulheres no período estabelecido. Os dados foram coletados com base nas informações processuais existente no TJ/RO.

Por meio de análise dos processos nos quais o requerido/agressor/réu voltou a figurar como parte passiva em pedidos de medida protetiva foi possível chegar a um indicativo de reincidência (aqui entendida apenas como casos em que o autor volta a cometer a ação violenta ou o delito, sem rigor à acepção técnico-jurídica do termo). Elegeu-se as medidas protetivas por entender que esse instrumento, *per si*, revela o cometimento da violência contra a mulher, sendo que de um mesmo fato que gerou o pedido de medidas protetivas, pode haver a instauração de inquérito policial, e este, após, se transformar em ação penal. Assim, as medidas protetivas configurariam um instrumento bastante representativo da ocorrência da violência, mesmo porque, mais informal, acessível e com menores rigores processuais no seu processamento.

Ainda, levando em consideração o período referente a abrangência da pesquisa (2012 à 2017), calculou-se a porcentagem com base na somatória dos anos, chegando a visualização do percentual de

reincidência por município.

O indicativo de reincidência serve de análise a possíveis falhas que possam ocorrer, sejam elas, de eficácia da decisão judicial, falta de atendimento profissional (psicológico e assistência social) adequado, e/ou políticas de prevenção a crimes contra a mulher, portanto, da própria prestação jurisdicional.

A Judicialização da Violência Doméstica Contra a Mulher no Estado de Rondônia: os números

De acordo com dados coletados, foi possível verificar que no período analisado, ou seja, do ano de 2012 a 2017, ingressaram no Poder Judiciário do Estado de Rondônia 23.882 (vinte e três mil, oitocentos e oitenta e dois) Pedidos de Medidas Protetivas de Urgência e 16.207 (dezesseis mil e duzentos e sete) inquéritos policiais, dos quais 7.763 (sete mil, setecentos e sessenta e três) tiveram a denúncia ofertada pelo Ministério Público recebida, iniciando a ação penal e passando a agressor a figurar como réu.

Cumprе salientar que não foi verificado no presente estudo quantas ações penais efetivamente tiveram sentença condenatória ou imposição de outra medida/pena em desfavor do acusado, apenas o quantitativo de ações penais iniciadas.

Analizando individualmente as comarcas, ano a ano, chegamos ao total das medidas protetivas no período estabelecido (2012 à 2017), e o total geral de inquéritos e ações penais no Estado. Em seguida, apresentaremos a evolução anual dos pedidos de medidas protetivas, agrupando as comarcas de acordo com o número de habitantes.

Tabela 1. Comarcas do PJ/RO e total de medidas protetivas de 2012-2017.

Alta Floresta do Oeste	427	Machadinho do Oeste	191
Alvorada do Oeste	302	Nova Brasilândia do Oeste	233
Ariquemes	2.532	Ouro Preto do Oeste	561
Buritis	217	Pimenta Bueno	694
Cacoal	1.878	Porto Velho	7.967
Cerejeiras	502	Presidente Médici	309

Colorado do Oeste	484	Rolim de Moura	1.149
COsta Marques	238	Santa Luzia do Oeste	278
Espigão do Oeste	566	São Francisco do Guaporé	274
Guajará-Mirim	926	São Miguel do Guaporé	425
Jaru	557	Vilhena	1.748
Ji-Paraná	1.424	TOTAL GERAL	23.882

Fonte: Elaboração dos autores.

Também se verificou o número de inquéritos policiais remetidos para análise judicial, e destes quantos foram transformados efetivamente em ação penal.

As tabelas apresentam o detalhamento ano a ano, possibilitando uma análise do aumento ou diminuição dos processos nas comarcas.

Tabela 2. Quantitativo de Inquéritos remetidos ao PJ/RO:

Municípios	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Alta Floresta do Oeste	23	28	37	36	37	41	202
Alvorada do Oeste	8	15	16	16	12	20	87
Ariquemes	154	268	439	109	75	34	1079
Buritis	24	9	24	23	19	26	125
Cacoal	106	132	199	178	195	186	996
Cerejeiras	76	24	32	37	73	44	286
Colorado do Oeste	71	95	112	54	32	34	398
Costa Marques	2	5	39	24	32	10	112
Espigão do Oeste	10	17	23	39	36	36	161
Guajará-Mirim	85	151	271	262	261	200	1230
Jaru	92	112	78	67	64	77	490
Ji-Paraná	166	249	197	265	288	257	1422
Machadinho do Oeste	51	29	39	30	68	68	295
Nova Brasilândia do Oeste	3	14	26	27	19	20	109
Ouro Preto do Oeste	59	33	39	62	51	76	320
Pimenta Bueno	89	73	58	101	125	133	579
Porto Velho	786	984	1323	1275	929	955	6252
Presidente Médici	44	57	64	72	68	74	379
Rolim de Moura	45	27	26	84	141	95	418
Santa Luzia do Oeste	12	12	14	10	14	17	79
São Francisco do Guaporé	1	4	2	16	12	5	40

São Miguel do Guaporé	16	31	49	38	52	69	255
Vilhena	122	105	104	89	262	211	893

Fonte: Elaboração dos autores

Tabela 3. Quantitativo de Ações Penais (inquéritos com denúncia recebida):

Municípios	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Alta Floresta do Oeste	13	13	12	20	19	16	93
Alvorada do Oeste	5	11	10	11	7	14	58
Ariquemes	82	88	112	20	10	4	316
Buritis	15	3	7	5	8	5	43
Cacoal	47	51	106	104	88	63	459
Cerejeiras	32	9	18	24	49	31	163
Colorado do Oeste	40	42	75	40	21	19	237
Costa Marques	1	3	11	7	6	4	32
Espigão do Oeste	8	13	18	32	24	16	111
Guajará-Mirim	54	76	121	89	69	44	453
Jaru	14	27	21	11	14	21	108
Ji-Paraná	55	44	52	52	22	26	251
Machadinho do Oeste	4	3	3	4	6	12	32
Nova Brasilândia do Oeste	3	11	20	19	12	8	73
Ouro Preto do Oeste	39	15	9	35	39	42	179
Pimenta Bueno	32	51	44	68	71	51	317
Porto Velho	564	621	836	948	708	592	4269
Presidente Médici	7	7	11	19	46	40	130
Rolim de Moura	17	12	12	41	28	18	128
Santa Luzia do Oeste	5	7	9	2	8	6	37
São Francisco do Guaporé	1	3	1	5	8	3	21
São Miguel do Guaporé	6	19	25	23	28	37	138
Vilhena	28	19	15	23	12	18	115

Fonte: Elaboração dos autores

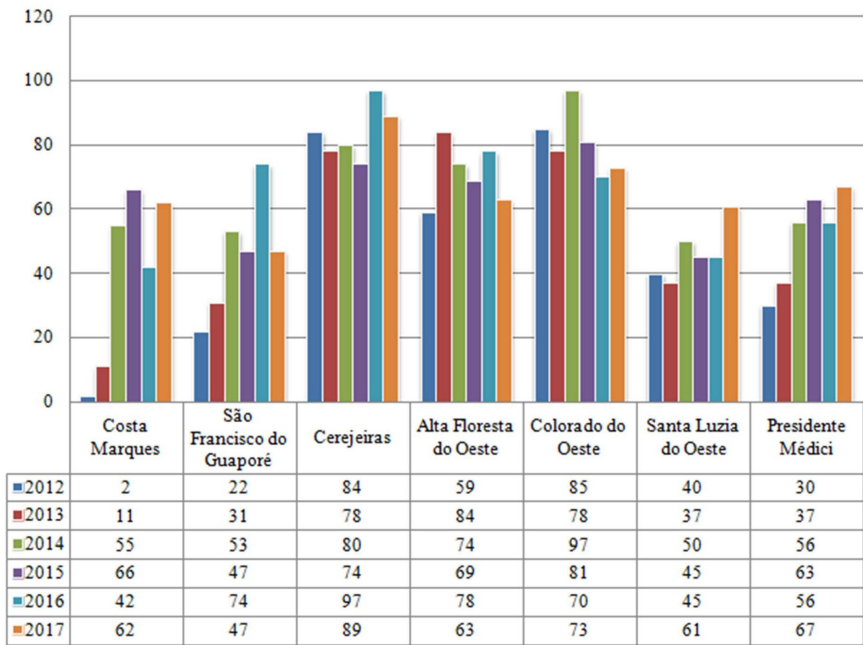
As ações penais correspondem aos casos em que o Ministério Público (MP) ofertou denúncia contra o autor/agressor nos inquéritos policiais instaurados e esta foi efetivamente recebida pelo juízo, dando início à ação penal e passando o autor/agressor a figurar como réu.

Com base nas tabelas acima, podemos verificar que no período observado em somente 10 (dez) comarcas o número de inquéritos policiais transformados em ação penal supera os 50% (cinquenta

por cento), ou seja, dos inquéritos instaurados, a metade ou mais foram transformados em ação penal. São elas: Alvorada do Oeste, Cerejeiras, Colorado do Oeste, Espigão do Oeste, Nova Brasilândia do Oeste, Ouro Preto do Oeste, Pimenta Bueno, Porto Velho, São Francisco do Guaporé e São Miguel do Guaporé. Em todas as outras temos percentuais inferiores, com destaque também para os baixos índices, nas Comarcas de Machadinho do Oeste e Vilhena.

Ainda quanto ao quantitativo de medidas protetivas, passamos a agrupar as comarcas com até treze mil habitantes do sexo feminino, sendo que a base foi a informação contida no Censo de 2010, referente à população.

Gráfico 1. Medidas Protetivas nas comarcas com até 13 mil habitantes mulheres.

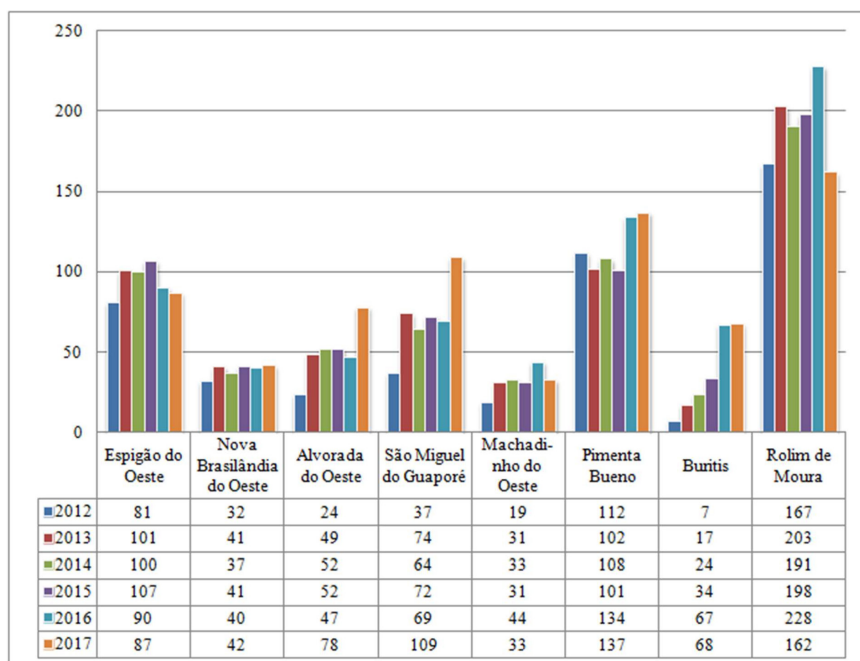


Fonte: Elaboração dos autores

No gráfico 1, é perceptível a evolução das ações que foram ingressadas no PJRO a partir de 2012. Das comarcas apresentadas, é possível verificar que somente em uma delas não houve aumento de casos no período analisado, qual seja, a Comarca de Colorado do

Oeste. Trataremos de forma particular essa Comarca logo abaixo, ao falar dos casos em que o autor volta a praticar violência contra a mulher (o que tratamos aqui por reincidência). A pesquisa não possibilitou neste momento um aprofundamento sobre a(s) causa(s) de tal evolução, porém, especialmente considerando que não houve considerável aumento populacional, é possível inferir que há a necessidade de ações de prevenção nos crimes contra as mulheres.

Gráfico 2. Medidas Protetivas nas comarcas com número de habitantes mulheres entre 14 e 26 mil.



Fonte: Elaboração dos autores

Agrupados por comarcas cujas populações dos municípios que as compõem possuem de 14 mil a 26 mil habitantes do sexo feminino (Espigão do Oeste, Nova Brasilândia do Oeste, Alvorada do Oeste, São Miguel do Guaporé, Machadinho do Oeste, Pimenta Bueno, Burity e Rolim de Moura), no período de 2012 a 2017, verificou-se uma diferença considerável entre eles: a Comarca de Rolim de Moura apresenta um total de 1.149 (um mil, cento e quarenta e nove pedidos de medidas

protetivas. Em segundo lugar com maiores números, está a Comarca de Pimenta Bueno com um total de 694 (seiscentos e noventa e quatro) pedidos de medidas protetivas, seguida da Comarca de Espigão do Oeste, que recebeu em juízo um total de 566 (quinhentos e sessenta e seis) procedimentos dessa natureza. No outro extremo, destacaram-se as Comarcas de Machadinho do Oeste e Buritis, com o menor número de procedimentos distribuídos, respectivamente, 191 (cento e noventa e um) e 217 (duzentos e dezessete).

A Comarca de Buritis, aliás, revela em sua evolução outro dado que chama a atenção: no ano de 2012 registrou um total de 7 (sete) pedidos de medidas protetivas; já no ano de 2017 registrou 68 (sessenta e oito) medidas, chegando a um percentual de 871% de evolução nas proposituras.

Tabela 4. Medidas Protetivas nas comarcas com população de mulheres acima de 26 mil a 50 mil habitantes.

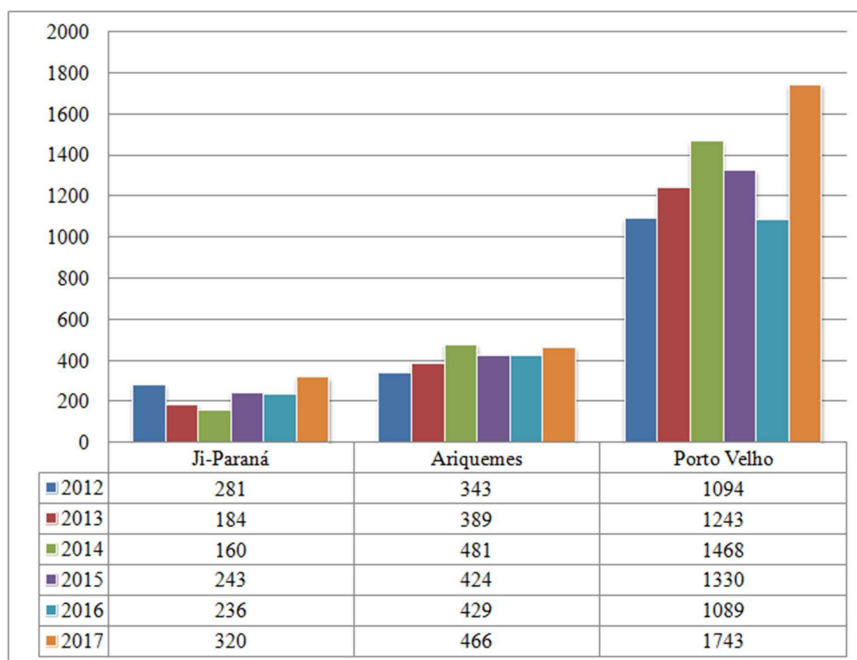
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total	% Evolução 2012 a 2017	Popu- lação Mulheres
Guajará-Mirim	81	87	120	197	213	228	926	181%	31.520
Ouro Preto do Oeste	60	93	106	97	110	95	561	58%	34.857
Jaru	107	94	85	74	91	106	557	-1%	36.043
Vilhena	301	388	269	280	266	244	1748	-19%	42.303
Cacoal	309	360	360	278	269	302	1878	-2%	44.494

Fonte: Elaboração dos autores

Natabela4, observa-se que houve uma diminuição nas proposituras de procedimentos nas Comarcas de Jaru, Vilhena e Cacoal, contudo, a Comarca de Guajará-Mirim registrou uma evolução do patamar de 181% (cento e oitenta e um por cento) de proposituras de ações.

Um comparativo que merece registro neste ponto é que, embora a Comarca de Vilhena registre um grande número de distribuição de pedidos de medidas protetivas, é a Comarca que percentualmente possui menos inquéritos transformados em ação penal em relação aos demais municípios apresentados na tabela.

Gráfico 5. Comarcas com mais de 50 mil habitantes.



Fonte: Elaboração dos autores

No gráfico 5, verificamos que as Comarcas de Ariquemes e Porto Velho, entre os anos de 2012 a 2014, tiveram crescimentos gradativos, contudo, a Capital do Estado teve um crescimento muito elevado no ano de 2017, chegando a taxa de 60,02%. Além disso, a Comarca de Ji-Paraná registrou oscilações entre os anos de 2012 e 2016, voltando a elevar o patamar de registros no ano de 2017 em relação ao início do período pesquisado.

Na tabela a seguir os dados apresentados foram dispostos de forma decrescente com relação ao percentual de reincidentes nas comarcas, levando em consideração o total de medidas protetivas nos anos de 2012 a 2017.

Tabela 5. Medidas Protetivas total (2012 a 2017) e Percentual de Reincidentes

Colorado do Oeste	484	16%
Costa Marques	238	14%
Cerejeiras	502	14%
Vilhena	1.748	13%
Porto Velho	7.967	13%
Rolim de Moura	1.149	13%
Presidente Médici	309	13%
Cacoal	1.878	13%
Espigão do Oeste	566	12%
Ariquemes	2.532	12%
São Francisco do Guaporé	274	12%
São Miguel do Guaporé	425	12%
Pimenta Bueno	694	11%
Ji-Paraná	1.424	11%
Alta Floresta do Oeste	427	11%
Santa Luzia do Oeste	278	10%
Ouro Preto do Oeste	561	10%
Guajará-Mirim	926	9%
Alvorada do Oeste	302	9%
Jaru	557	8%
Nova Brasilândia do Oeste	233	8%
Buritis	217	7%
Machadinho do Oeste	191	5%

Fonte: Elaboração dos autores

Observando os dados da tabela 5, optamos por analisar os dois extremos em termos percentuais. A Comarca de Colorado do Oeste figura com um índice de reincidência maior que todos os demais (16%), sendo que esta comarca possui um total de 12.316 mil habitantes mulheres (CENSO, 2010). Chamamos a atenção para os dados desta Comarca, ainda, quando da análise do gráfico 1, pois naquele se verificou que esta foi exatamente a Comarca que não registrou aumento do número de casos de medidas protetivas no período coletado, de modo que, embora os referidos casos não tenham aumentado, dos que houveram, grande parte configura situações em

que o agressor voltou a cometer delito que mereça tutela de medidas protetivas. Com esses dados é possível afirmar que possivelmente a medida judicial não seja suficiente ou efetiva para coibir a violência, havendo necessidade de intervenção por meio de outras medidas ou políticas a serem implementadas.

No outro extremo temos a Comarca de Machadinho do Oeste, com uma população de 18.977 mil habitantes mulheres (CENSO, 2010), com o percentual de apenas 5% (cinco por cento) de reincidência.

Considerações Finais

A pesquisa realizada nos permitiu identificar, com o levantamento dos dados estatísticos, a vultuosidade do problema da violência contra a mulher no Estado de Rondônia, sendo ainda possível perceber que este se instaura de modo sistêmico no Estado, a exemplo, aliás, dos demais estados brasileiros, razão pela qual o tema tem sido considerado amplamente como um problema social, que merece atenção de todas as esferas e setores da sociedade, bem como a conjugação de esforços para o enfrentamento desse tipo de violência, de raízes históricas e culturais.

Dos números apurados foi possível observar, como explicitado no decorrer do trabalho, que 23.882 (vinte e três mil, oitocentos e oitenta e dois) Pedidos de Medidas Protetivas de Urgência ingressaram no poder judiciário rondoniense entre os anos de 2012 a 2017, uma média anual de pouco mais de 3.980 (três mil, novecentos e oitenta) casos, ou média mensal superior a 331 (trezentos e trinta e um) casos.

Ainda, verificamos que dos 16.207 (dezesesseis mil e duzentos e sete) inquéritos policiais instaurados no período, apenas 7.763 (sete mil, setecentos e sessenta e três) foram transformados em ação penal. Se considerarmos este dado, aliado à ideia de que apenas parte deste quantitativo de ações penais tiveram efetivamente sentença condenatória ou imposição de outra medida/pena em desfavor do acusado, temos que, unicamente **sob a perspectiva de punição penal do agressor**, apenas uma pequena parte das medidas em

ingressam em juízo tem resposta do Estado (resposta penal, vale repetir) para a ação criminosa. Se pensarmos, noutra ótica, que os dados aqui apurados correspondem a apenas parte dos casos que efetivamente ocorrem, vez que alguns não chegam ao conhecimento da autoridade policial, quiçá do poder judiciário, temos um fator ainda mais preocupante. Esta não é, entretanto, a discussão que se pretende inaugurar, neste momento, no presente trabalho.

Alguns dados levantados sugerem a necessidade de aprofundamento das pesquisas para se responder a algumas indagações surgidas, dentre elas as suas causas, no decorrer da presente pesquisa. Como exemplo, citamos 1) na análise das Comarcas com até 13 mil habitantes do sexo feminino, o fato da Comarca de Colorado do Oeste não ter apresentado crescimento no número de Pedidos de Medidas Protetivas no período estudado, porém, revelar o maior percentual de casos em que o agressor volta a cometer violência doméstica contra a mulher (o que tratamos por reincidência); 2) a disparidade existente no número de casos entre as Comarcas com até 26 mil habitantes do sexo feminino, estando de um lado as Comarcas de Rolim de Moura e Pimenta Bueno, com números altos, e de outro lado, as Comarcas de Machadinho do Oeste e Buritis, com o menor número de procedimentos distribuídos; 3) a evolução superlativa das medidas na Comarca de Buritis no período estudado, na casa dos 871%; 4) o fato de que a Comarca de Vilhena registra um grande número de distribuição de pedidos de medidas protetivas, porém, é a Comarca que percentualmente possui menos inquéritos transformados em ação penal em relação às demais municípios; e 5) o crescimento elevado na Capital Porto Velho no ano de 2017.

No mais, há indicativos de que nas comarcas com alto índice de reincidência a medida judicial não seja suficiente ou efetiva para coibir a violência, ou a reiteração da violência, havendo necessidade de intervenção por meio de outras medidas ou políticas a serem implementadas.

Desse modo, em que pesem ações afirmativas por parte do Poder Público e como parte deste, do Poder Judiciário, que vem sendo implementadas após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, o

combate à violência doméstica e familiar contra a mulher requer, ainda, a implementação de outras políticas públicas (e institucionais) mais eficientes, eficazes e efetivas.

Referências

ALMEIDA, Suely Souza de Almeida (Org.). Violência de gênero e políticas públicas. Rio de Janeiro. UFRJ, 2005.

BRASIL. Lei nº. 11.340, de 07/08/2006. Disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em 12 jul de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria n. 15, de 08 de março de 2017. Disponível em <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/03/48676a321d03656e5e3a4f0aa3519e62.pdf>; acesso em 25 jul de 2018.

. O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha. Brasília, 2017. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.p df](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf), acesso em 01 jul 2018.

CUNHA, Rodrigo Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: www.ibge.com.br. Acesso em 15 jul 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/por-cidade-estado-estatisticas.html?t=destaques&c=11>, Acesso em 15 jul 2018.

PASINATO, Wânia. Acesso à Justiça e violência contra a mulher em Belo Horizonte. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2012.

PASINATO, Wânia. Acesso à Justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. Revista Direito FGV, São Paulo, 11 (2), p. 407/428, jul/dez, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth I. B.; ALMEIDA, Suely de Souza. Violência de Gênero: poder e impotência. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. Violência doméstica: questão de polícia e da sociedade. Gênero e Cidadania – PAGU/ Núcleo de Estudos de Gênero – UNICAMP, CAMPINAS, p. 59-69, 2004.

WASELSELFIZ, Julio Jacobo. Mapa da violência. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br>, acesso em: 05 jul 2018.

Cátia Cristina da Silva

Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR e Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON (2019). Especialista em Violência Doméstica Contra Crianças e Adolescentes pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-Graduada em Metodologia e Didática do Ensino Superior pela Faculdade de Ciências Biomédicas de Cacoal - FACIMED. Graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Formada em Terapia Familiar Sistêmica e Terapia de Casal pelo Instituto de Terapia e Centro de Estudos da Família - INTERCEF. Atualmente é Analista Judiciário/Assistente Social no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

DIREITOS HUMANOS: DO PRAGMATISMO JURÍDICO À SENSIBILIDADE PERANTE A DOR HUMANA

Cátia Cristina da Silva

RESUMO

Apresento neste artigo reflexões acerca da utilidade instrumental do direito positivo e seus impactos na vida humana. Trata-se de uma pesquisa de cunho bibliográfico, no qual perpasso pela análise de que as desigualdades sociais, a pobreza e a exclusão são fenômenos resultantes de políticas de “inclusão social perversa” que se manifestam nas relações sociais. Neste sentido, parto da premissa de que a universalidade dos direitos (legitimadas pelo discurso positivista da lei de proteção da liberdade e igualdade), paradoxalmente, abrange e exclui pessoas e grupos sociais, gerando formas de regulação civilizada que coisificam o Outro e se naturalizam nos espaços de cidadania. Neste contexto, destaca-se o Estado de exceção enquanto mecanismo que produz políticas de inclusão precária e marginal legitimadas pelo próprio Estado de Direito. Ao final, partindo referencialmente da obra “O fim dos direitos humanos” do filósofo Costas Douzinas, apresento a perspectiva da sensibilidade perante a dor humana, representada pela ética da alteridade e pelo signo do rosto do Outro, como uma possibilidade de resgate da matriz transcendental dos direitos humanos que, em essência, constitui o elemento utópico dos direitos legais sendo, aliás, exatamente esta utopia que justifica e mantém sua originalidade.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Exclusão. Neoliberalismo. Alteridade.

Introdução

O processo subjacente à construção legal dos direitos individuais e sociais no Estado neoliberal traz em seu escopo um engendramento político de raízes conservadoras e elitistas que, pautadas num discurso de inclusão, implicou na naturalização da questão social e responsabilizou o indivíduo por não ter condições de responder a lógica do capital. Trata-se de um ordenamento político e social do sistema capitalista que, paradoxalmente, expandiu e limitou o exercício da cidadania, ou seja, estruturado em um viés de interesses de classe, esse fenômeno implica uma dialética de exclusão/inclusão que, não apenas admite a desigualdade social, como também, a sustenta e repõe.

Perpassando pela temática dos direitos humanos, este estudo busca apreender o caráter contraditório do direito quando, pautado na óptica positivista, é produzido e reproduzido numa retórica discursiva de interesses elitistas. Parte do princípio de que a proteção, efetividade e garantia dos direitos humanos é uma questão que envolve todas as dimensões dos direitos e que, no aparato jurídico, factualmente, tem prevalecido o princípio da mera legalidade.

A partir das obras pesquisadas, o estudo aborda temas que conversam entre si, dentre eles: a juridicidade da lei (na concepção instrumentalista do direito positivo); a exclusão (interpretada como um processo de inclusão social perversa) e o estado de exceção. Ao final, remete a reflexão a partir de uma perspectiva humanística dos direitos humanos que, fundamentada na ética da alteridade, envolve compreender e respeitar a dor humana através da singularidade do rosto do Outro que, não sendo o homem universal do liberalismo nem o sujeito formalista da lei, é uma pessoa única, que tem lugar, tempo, gênero, história, necessidades e desejos.

Estado, políticas e direitos

A palavra política possibilita uma definição dúbia do ponto de vista conceitual, que vai desde seu significado clássico referente a parlamento, eleições, voto e poder, até o de sua relação às demandas

e necessidades da sociedade na ótica intervencionista do Estado. No campo das políticas públicas, em que governantes e governados convivem paralelamente numa mesma sociedade, ambos os conceitos se encontram engendrados e permite concluir que, desde sua origem, a política possui um caráter inerentemente conflituoso (GRAMSCI, 1990).

Trata-se de um espaço de coexistência entre diferentes, que se organizam para atingir objetivos comuns e, desta forma, fugir da desordem que seria se cada um defendesse unicamente seus próprios interesses. Logo, na busca de consensos, a política não está intrínseca à natureza dos homens, mas é o resultado da convivência entre eles que se diferem não apenas na idade, sexo, etnia, etc., mas principalmente em seus valores, crenças e ideologias que, desigualmente, estão situadas na estrutura social em que vivem (ARENDT, 1998 apud BOSCHETTI, 2008, p. 89).

Logo, os conflitos inerentes ao desenvolvimento político exigem mediações que geram formas de regulação civilizada que, em nome da democracia, se materializam por meios arbitrários e opressivos. Disto, emergem na história da sociedade dois padrões distintos e interligados de regulação: a coerção, direta e simples como ocorre nas ditaduras; e a política, como mecanismo de conformidade e negociação entre partes conflitantes. A regulação coercitiva é antidemocrática e dificulta o desenvolvimento de relações construtivas. Já a regulação política, apesar de pautar-se em regras, de certa forma, coercitivas, possibilita procedimentos democráticos no processo de resolução de conflitos. (BOSCHETTI, 2008).

Embora o Estado seja o condutor das políticas públicas, originalmente, a palavra pública não tem identificação exclusiva com o Estado, e sim com o que em latim se denomina *res publica*, ou seja, *res* (coisa) e *publica* (de todos). Assim, a natureza da política pública, essencialmente, é o fato de ser pública, de todos, e não porque seja estatal, o que justifica sua relação intrínseca com a política social (BOSCHETTI, 2008).

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que os direitos com os quais essas políticas se identificam, em essência, são os direitos sociais, cuja

efetivação é operacionalizada através dos serviços e programas de atendimento às demandas de educação, saúde, habitação, cultura, dentre outras. Contudo, sendo os direitos sociais uma conquista posterior aos direitos individuais – constituídos num contexto de ideologia burguesa herdada do iluminismo – sua construção não ocorreu de forma simples e, muito menos, homogênea.

Os direitos individuais (civis e políticos) conquistados no século XVIII, tinham um caráter libertador e revolucionário, cujo ideário liberal denotava a autonomia do indivíduo frente ao Estado. Já os direitos sociais (econômicos e culturais), de natureza coletiva, implicavam numa atuação efetiva do Estado como principal condutor da promoção social e da organização da economia, contudo, na prática, esse viés foi muito mais no sentido de estabilização econômica do que social. Em verdade, as políticas sociais, no âmbito da questão social, emergiram num contexto de contradição da sociedade capitalista que tinham como objetivo corrigir os efeitos perversos produzidos naquele sistema de governo, no entanto, foram incapazes de promover uma real melhoria de vida das classes subalternizadas. Estas gerações de direitos (civis, políticos, econômicos, culturais e, por último, difusos) representam um esforço contínuo e ininterrupto da humanidade para conquistar direitos à liberdade, à participação e à igualdade, transitando de valores liberais para valores socialdemocratas (ou socialistas) sem, entretanto, renunciar a nenhum deles. De fato, enquanto os direitos sociais pautavam-se no princípio de igualdade, os direitos civis e políticos (direitos individuais) tinham como princípio a liberdade, porém, uma liberdade que legitimava interesses de classe, ou seja, uma liberdade que tinha cara, nome e cor.

Os direitos civis admitem a desigualdade social (o domínio da dimensão econômica sobre as dimensões política e social) ao mesmo tempo em que requerem a proteção do Estado por meio de instituições responsáveis por defendê-los, a exemplo dos Tribunais de Justiça. Já os direitos sociais, paradoxalmente, expandiram e limitaram o exercício da cidadania, haja vista que no modo de produção capitalista concretizá-la significa lutar permanentemente contra um problema que lhe é intrínseco: a divisão da sociedade em classes. (NOGUEIRA, 2001).

O surgimento do Welfare State, por exemplo, configurou-se numa forma de alargamento das funções econômicas e sociais do Estado que passou a financiar a acumulação do capital através de mecanismos como: subsídios à produção, financiamento dos excedentes agrícolas, pesquisa e tecnologia, etc., visando atender reivindicações aceitáveis para o grupo dominante e, conseqüentemente, para o capital. Assim, embora instituído como um mecanismo de organização societária justa, o Estado de Bem-Estar Social estruturou-se muito mais em uma lógica classista, pautado numa dinâmica de controle econômico, social e político que acarretou a naturalização da questão social e responsabilizou o indivíduo por não ter condições de responder a lógica do capital (OLIVEIRA, 1998). Ainda, para o autor, a própria crise do Estado de Bem-Estar no final do século XX, quando as teses em defesa da liberdade de mercado e da redução de intervenção Estatal no campo social e econômico retornaram, foi uma tentativa de:

[...] manutenção do fundo público como pressuposto apenas para o capital: não se trata, como o discurso da direita pretende difundir, de reduzir o Estado em todas as arenas, mas apenas naquelas onde a institucionalização da alteridade se opõe a uma progressão do tipo “mal infinito” do capital. (OLIVEIRA, 1998, p. 44)

De fato, na realidade brasileira, nunca houve um Estado de Bem-Estar. Até 1930 a pobreza foi considerada disfunção social ou problema de polícia e quando o Estado resolveu enfrentar institucionalmente os problemas decorrentes da questão social, o fez por meio de políticas que visavam regular o mercado de trabalho. Como exemplos, têm-se a legislação sobre acidentes de trabalho, as Caixas de Aposentadorias e Pensões, dentre outras, que englobavam apenas a população formalmente inserida naquele mercado. Aos que não se encaixavam nesta categoria se manteve a assistência paternalista, com caráter de ajuda aos necessitados, complementaridade e excepcionalidade desenvolvida através de programas pontuais (BOSCHETTI, 2008).

As políticas sociais, materializadas pelas políticas públicas, carregam traços conservadores e autoritários da formação social, cultural e econômica brasileira que, desde sua origem, perpassam

por relações que privilegiam o favor, o clientelismo, o paternalismo e a privatização do público. Esse fenômeno o quanto a universalidade dos direitos, para muitos, é apenas simbólica, sem expressão na materialidade das políticas públicas (BOSCHETTI, 2008).

Em verdade, o acesso aos direitos sociais impõe condições e burocracias que submetem o universalismo jurídico à lógica do mercado, de modo que existem cidadãos bem mais atendidos do que outros. A prestação precária dos serviços sociais básicos por parte das instituições responsáveis tem impelido o judiciário a intervir na resolução de conflitos que, não raro, resultam de um direito muito anterior violado pelo próprio Estado.

Neste sentido, assinala IANNI (1992),

[...] ainda ressoa no pensamento social brasileiro a suspeita de que a vítima é a culpada. Há estudos em que a “miséria”, a “pobreza”, e a “ignorância” parecem estados de natureza, ou da responsabilidade do miserável, pobre, analfabeto. Não há empenho visível em revelar a trama das relações sociais que produzem e reproduzem as desigualdades sociais. [...] Em vários estudos sobre aspectos da problemática social, subsiste a impressão de que os “indicadores sociais” não acompanham os “econômicos” devido à negligência ou incapacidade dos setores sociais “carentes”, “marginalizados”, “periféricos” [...] (IANNI, 1992, p. 97)

Direitos humanos, pragmatismo jurídico e controle da vida humana

Ruiz (2010), assevera que os direitos humanos guardam em si um paradoxo: fundamentados na defesa da vida humana, esses direitos podem, muitas vezes, se voltar contra ela. Isso ocorre quando são utilizados ideologicamente pelos dispositivos de poder para justificar o controle social e sua instrumentalização estratégica. Segundo o autor, tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto a Constituição Federal do Brasil, marcos jurídicos das relações

sociais interconectados no texto legal, traduzem o autoritarismo de sociedades totalitárias.

A Declaração dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira, assim como todos os textos jurídicos, são a cristalização de uma reação política. É no contexto político (e consequentemente econômico e social) que se há de procurar o sentido da reação do texto. Se todo texto é um discurso, todo discurso é correlativo às relações de poder que o produziram. [...]. Ambos os textos têm como pré-texto político experiências trágicas de totalitarismo. A Declaração dos Direitos Humanos remete ao horror da barbárie nazista, enquanto a Constituição Brasileira reage contra as arbitrariedades e torturas dos mais de vinte anos da ditadura militar (RUIZ, 2010, p. 50).

Para o autor, tanto o nazismo quanto a ditadura militar tiveram como objetivo comum (implícito) o controle sobre a vida humana que, longe de serem atos irracionais de barbárie, configuraram-se numa racionalidade estratégica incutida às estruturas de poder. Nesse prisma, ressalta que as formas jurídicas de exceção (estado de exceção) são utilizadas como técnicas de controle de pessoas e grupos, neutralizando-os, de modo que os direitos são retirados total ou parcialmente da vida humana, expondo-a à arbitrariedade soberana.

Todavia, esta estratégia de controle não é privilégio dos Estados totalitários, mas sim, sombra do próprio mercado capitalista, aonde a vida humana é manipulada pela lógica do lucro. Tendo como escopo a eficiência, o governo do mercado reduz a vida humana à mercadoria e essa mercantilização legitima o controle dos indivíduos como objetos e não como sujeitos. Assim, o autoritarismo moderno fica velado sob o manto da racionalidade instrumental em que tudo e todos, incluída a vida humana, tornam-se elementos materiais dos processos de gestão cujo valor é correlativo à eficiência que dele se afere. Para Ruiz, o extermínio massivo nazista e a supressão de milhares de opositores nos porões das cadeias das ditaduras foram formas eficientes de controle de populações indesejadas.

Neste sentido, nas sociedades modernas, os novos autoritarismos

distinguem-se dos marcos jurídicos dos Estados ditatoriais quando conferem um sentido de normalidade às técnicas de dominação, inerentes à lógica do governo instrumental sobre a vida humana. Para tanto, tornam-se preocupações políticas voltadas à gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade, dos costumes, dentre outras, estabelecendo uma forma de legalidade institucional que envolve a população num processo de adaptação e normatização por meio de diferentes ordens.

Ao longo da existência do Estado moderno, o discurso dos direitos humanos se emancipou como um discurso político que defende a vida humana do mesmo poder que a inseriu na lógica da eficiência, submetido aos jogos de poder nos quais as verdades se constroem segundo interesses em conflito:

A entrada da vida humana nas estratégias do poder [...] transformou-a numa categoria política. Antes da modernidade não se encontravam referências da vida humana como categoria política. As categorias políticas são a liberdade, a justiça, a igualdade etc., porém a vida humana, por ser considerada algo privado, não era pensada politicamente. [...] A inserção da vida humana na arena política se origina pela criação de verdades e discursos sobre ela, e é nesse ponto que o discurso dos direitos humanos se emancipou como um discurso político moderno que defende a vida humana no mesmo poder que a inseriu na lógica da eficiência (RUIZ, 2010, p. 59).

Ao abordar sobre o estado de exceção, o autor destaca que é especialmente paradoxal para a população socialmente oprimida (os excluídos), haja vista que esta vive dentro de uma ordem que lhe reconhece e garante formalmente os direitos fundamentais para uma vida digna, porém, essa mesma ordem nega efetivamente o exercício desses direitos, ou seja, ainda que juridicamente esta população esteja inserida nesta ordem, por sua negação prática, se encontra fora dela. Trata-se de um fenômeno social em que a suspensão do Estado de Direito ocorre através do próprio direito. Perpassa pela ideia de que é preciso suspender a constituição em momentos de crise, naqueles

casos em que, embora a legislação preveja determinados direitos, o indivíduo (geralmente) não pode contar com eles.

São formas jurídicas que funcionam como técnica de dominação social que, com base em interesses de classe elitistas, são utilizadas para controlar pessoas e grupos perigosos.

Embora a Constituição Federal não preveja o emprego das forças armadas (Arts. 142 e. 144) para cuidar da segurança pública, um decreto presidencial (3.897/2001) autoriza o uso dessas forças para garantia da lei e da ordem (estado de exceção), o que ocorreu no final de 2010 quando as Forças Armadas do Rio de Janeiro ocuparam o Complexo do Alemão no Rio de Janeiro para conter a guerra do tráfico¹. Será que esta mesma exceção aconteceria caso este problema ocorresse numa área nobre do mesmo Estado? Provavelmente não, pois esta possibilidade (guerra entre traficantes) é remota nos espaços burgueses cuja realidade é totalmente diversa.

Nas comunidades pobres, o estado de direito (em relação aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente) é exceção, enquanto nos bairros elitizados a efetividade desses direitos (na prática) é indiferente haja vista que a sobrevivência (social) não é uma demanda. Em tese, os direitos negados são de caráter social, econômico e cultural, sendo o principal responsável por sua negação o mercado capitalista, que produz a exclusão como parte do controle social. Contudo, por ser o mercado uma entidade abstrata, nenhuma das suas instituições ou corporações assume a responsabilidade direta pela (des)ordem, embora todas elas usufruam suas vantagens. Disso, surge novamente uma grave incoerência jurídica: uma exceção que nega os direitos básicos da vida humana sem que ninguém possa ser responsabilizado por ela e, não havendo responsáveis, a exceção se converte em norma.

Na vida excluída, a suspensão real dos direitos coexiste com a vigência formal da universalidade da lei e sua aplicação igualitária para todos os indivíduos. É uma suspensão que o direito não reconhece formalmente e, portanto, não se constitui em uma transgressão a

1 Disponível em <https://blogdaboitempo.com.br/2013/12/20/estado-de-excecao-o-que-e-e-para-que-serve/>. Acesso em 16/02/2018.

ele. A vigência formal de todos os direitos desconhece a suspensão de fato que opera na vida excluída, isso torna a exclusão uma exceção implícita, mas não uma exceção formal (RUIZ, 2010, p. 79).

A maior parte da população oprimida vive uma situação de exceção de fato sem que se tenha proclamado um estado de exceção por direito, de forma que a negação gradual dos direitos fundamentais, produto dos dispositivos de poder, dispõe o indivíduo a uma vida de sofrimento desumano legalizado pelo próprio Estado. Trata-se de um processo de marginalização que a lei não contempla nem assume, de forma que a vida excluída, por não existir nenhuma transgressão formal do direito, está incluída na ordem social e jurídica como uma vida normal que desfruta de todos os direitos.

Esta é uma contradição jurídica e política em que a exclusão é legitimada pelo próprio aparato da justiça formal, contudo, no estado de exceção, aparece como uma forma de normalidade excepcional e não como uma negação de direito.

A dor do outro no escopo dos direitos humanos: o pensamento de Costas Douzinas

Para o autor, os direitos humanos encontram um lugar desconfortável no texto da lei na medida em que, incorporados no discurso jurídico positivado, compartilham o intento de sujeitar a sociedade a uma lógica única e dominante que, necessariamente, viola a demanda da justiça. Ele assinala que o universalismo dos direitos tem engendrado em suas raízes uma crença exagerada na ideia do Eu Soberano e que a lei da modernidade, ao universalizar os direitos com base no direito do Eu e no império do sujeito, é perversa e imoral visto que, ao mesmo tempo, assimila e exclui o outro.

Douzinas assevera que o discurso da universalidade é uma mitologia branca e que o livre-arbítrio, princípio da legislação universal, é obtido somente por meio da exclusão e da sujeição do outro, desconsiderando sua livre subjetividade. Nesse contexto, os pobres são tidos como seres humanos inferiores; os perseguidos, em virtude

de sua opção sexual ou de sua raça, são vistos como defeituosos e assim incessantemente. Ressalta que os direitos humanos não podem ser categorizados ou classificados em condições ideais de existência devido à humanidade apresentar muitas tonalidades e tipos, existindo singularmente no rosto de cada pessoa, em seu caráter único e subjetivo. No positivismo da lei, entretanto, não há espaço para subjetividades e singularidades, de modo que a humanidade é avaliada e classificada em muitas sombras e camadas. Há o Ocidente, “super-humano”, branco, heterossexual masculino em uma extremidade, e o não-humano na outra. Assim, tornar-se mais ou menos humano por meio da legalização e distribuição vigiada dos direitos foi o jeito moderno de criar o sujeito como animal social. Em termos históricos, o sujeito dos direitos é uma ideação histórica, resultado da lei sobre o corpo, sendo o sujeito continuamente dividido entre livre e subordinado, desejante e oprimido, “o representante cosmopolita da espécie humana e o cidadão de um Estado” (DOUZINAS, 2009, p. 376 e 377, grifo do autor).

Neste prisma, o Soberano, concebido de acordo com características e desejos de interesses próprios, tem a capacidade (empiricamente negada aos indivíduos) de frustrar todo desejo humano e de render as pessoas aos horrores contra os quais, teórica e supostamente, deveria protegê-las. Disto, assinala o autor:

O sujeito jurídico é a criação da lei positiva e da obediência a suas regras, o jogo soberano e sua crítica em potencial, o centro autônomo do mundo, assim como o dissidente e o rebelde. Seu contorno pode se modificar como resultado de luta política, elementos de diferença podem ser introduzidos ao desenho deformado, mas sua integridade imaginária estará assegurada somente no futuro [...] esse futuro imaginário inscreve-se como o horizonte da pessoa e da república, uma prefiguração de um estado de graça sempre ainda por vir, mas também já presente como um traço naquilo que passa. Em termos psicanalíticos, este é o resultado do embuste da lei; vemos isso também [...] como o elemento paradoxal e utópico dos direitos humanos (DOUZINAS, 2009, p. 377).

Para o autor, uma política que efetivamente proteja os direitos humanos não deve fixar identidades individuais e de grupo, estabelecer fronteiras ou limitá-los em torno de alguma autoridade ou lei, mas sim, pautar-se em sua singularidade e transcendência contínua pelo mais particular. A justiça dos direitos humanos não oferece uma definição ou descrição de uma sociedade justa, tampouco prescreve suas condições de existência, de modo que “essa falta de definição, que também é a definição da falta é logicamente necessária e eticamente inevitável” (DOUZINAS, 2009, p. 374).

Na prática institucional positivada, os direitos humanos muitas vezes expressam a idealização de uma sociedade de cima para baixo, única e homogênea, que se mobiliza em nome de uma cultura global cujos valores e princípios visam enclausurar sociedades e impô-las uma lógica ímpar. Todavia, Douzinas chama atenção ao fato de que, paradoxalmente, os direitos humanos também representam um poderoso imaginário popular aberto a identidades diversas, a tradições heterogêneas e reprimidas, minando a tentativa de policiar algumas identidades sociais e sancionando outras.

Deste modo, a indeterminação reversa dos direitos humanos faz com que as incompatibilidades da sociedade sejam sempre contestadas e jamais coincidam com as cristalizações que o poder e as prerrogativas legais impõem. Assim sendo, a individualidade e as diferenças configuram-se como um processo contínuo, sempre presentes no mundo futuro. Logo, “[...] o futuro possui uma influência dinâmica. A realidade jamais está completa e todo realismo honesto inclui o ainda não, o futuro ou a utopia no seu centro” (DOUZINAS, 2009, p. 380). Isso, segundo o autor, é o cerne dos direitos humanos que, em essência, estão diretamente vinculados ao Direito Natural:

Os direitos humanos descendem dessa tradição, eles constituem o elemento utópico por trás dos direitos legais. Entretanto, ao contrário das utopias clássicas, eles não extraem sua força de uma perfeição futura prevista e descrita, mas da dor e do desprezo sentidos por cidadãos dos Estados que proclamaram seu triunfo. [...] Eles extraem sua força do sofrimento do passado e das injustiças do presente (BLOCH, 1970 apud DOUZINAS, 2009, p. 383).

Na perspectiva de resgatar a essência transcendental e metafísica dos direitos humanos, o autor aponta a possibilidade (e necessidade) de uma ética da alteridade que começa com o Outro, que não é a extensão nem a negação do Eu, todavia, embora não seja similar ao Eu, é a condição da existência da linguagem, da lei e do Eu. Ele (o Outro) não pode ser o homem universal do liberalismo nem o sujeito formalista da lei, mas uma pessoa única, singular, que tem lugar e tempo, gênero e história, necessidades e desejos.

Na ética da alteridade, o meu eu é controlado/obrigado com o Outro, ou seja, sou eu em dívida com a outra pessoa antes mesmo de quaisquer acordos ou contratos.

O imperativo proveniente do Outro e a minha obrigação de responder representam a “essência” da ética da alteridade. Porém, essa “essência” baseia-se no caráter não-essencial do Outro que não quer ser transformado na instância de um conceito, na aplicação de uma lei ou na particularização do ego universal”. (DOUZINAS, 2009, p. 355, grifos do autor)

Douzinas destaca que o signo do Outro é o rosto, que é único em sua singularidade e me controla com um domínio ético. Na modernidade, porém, compreender significa tornar algo minha propriedade, mas o rosto do Outro não pode ser domesticado ou consumido. Assim, a alteridade continua fora, quase transcendental, única e frágil como o rosto de uma criança que demanda que eu aceite minha responsabilidade e que se transforma em um fato ético ao dirigir-se a mim. Trata-se de uma interpelação direta e pessoal que, contrariando a filosofia moral, não depende da razão absoluta ou da lei universal, mas do concreto encontro histórico – aqui e agora – e empírico com o Outro.

Nesse fundamento de total singularidade, que nada tem a ver com o egoísmo do indivíduo ou com a segurança e a certeza da comunidade, tanto o universalismo abstrato quanto o relativismo particular encontram seu limite inescapável. [...] Minha singularidade é o resultado da interpelação direta e pessoal que o Outro realiza em mim e da minha sujeição, não a lei, mas ao Outro. É a mim a quem

o Outro se dirige e não a um ego universal ou a uma personalidade legalizada. [...] Essa passividade radical precede minha liberdade ontológica e a torna ética (DOUZINAS, 2009, p. 356).

Em verdade, a ética da alteridade é uma poderosa metafísica como todo humanismo, mas um humanismo da outra pessoa que, ao contrário da ênfase ontológica do liberalismo e da natureza abstrata do sujeito jurídico, carrega um compromisso histórico com as necessidades concretas do Outro. Assim, a humanidade é eclipsada pelo rosto do Outro que se torna seu representante único, de modo que os direitos humanos representam a concretização do direito da outra pessoa e do meu dever, pautados na responsabilidade e fraternidade.

Neste contexto, porém, além da responsabilidade do Eu e do direito do Outro, um “terceiro” entra em cena: “No mundo social, meu semelhante está diante de seu próprio semelhante que também está próximo de mim; o Outro se torna um eles, e um limite à responsabilidade deve ser introduzido para resolver as demandas conflitantes” (DOUZINAS, 2009, p. 358, grifos do autor). Ou seja, o Outro, até então singular, é transformado em um cidadão e colocado na balança da justiça aonde suas demandas são sincronizadas em categorias e comparadas às de outros. Toda ponderação, entretanto, ao reduzir a singularidade do Outro constitui um ato de injustiça.

A injustiça jamais é removida da ação da lei do Estado e da implementação legal dos direitos humanos. “Justiça”, diz Levinas, “significa constante revisão da justiça, expectativa de uma melhor justiça”, e o mesmo pode ser aplicado aos direitos humanos. O paradoxo dos direitos humanos emerge em uma nova formulação: direitos humanos são, ao mesmo tempo, a criação desse primeiro dever ético fundamental e a distorção do imperativo moral, um reconhecimento da singularidade do Outro que, entretanto, revela a necessidade de acomodar os muitos (LEVINAS, 1997 apud DOUZINAS, 2009, p. 358, grifos do autor).

Por fim, Douzinas conclui que os direitos humanos, seja nos regimes democráticos ou totalitários, são, no sentido ético,

companheiros universais da natureza humana e que, embora os contratos sociais, as legislações e os tribunais constituam expressões de seu caráter histórico, sua força não depende de sua legislação e não se enfraquece pelos desvios históricos ou contingências geográficas. Eles se referem àquilo que é próprio dos seres humanos não devido à sua humanidade abstrata, mas sim, à sua dignidade concreta, inaugurada através da submissão ética, manifestada em forma de responsabilidade e fraternidade humana. Esta sensibilidade de ênfase no Outro representa a substância moral da pós-modernidade, uma substância que está sempre em movimento, que acompanha as fronteiras não estáticas do social e responde às demandas singulares do Outro que sofre.

Considerações Finais

O estado de exceção é particularmente paradoxal para população oprimida que, juridicamente inserida na ordem constitucional, está fora dela na prática. A condição formal da normalidade jurídica legitima a vida excluída que, desconhecendo a própria condição de exceção que sobre ela impera, se reconhece como uma vida normal no estado de direito. Essa realidade expõe o “cidadão” (grifo meu) a uma vida marginal e evidencia como o estado de exceção tornou-se um instrumento específico de dominação. Esse fenômeno termina por segregar uma parcela significativa da sociedade que, marginalizada, torna-se impossibilitada social e economicamente de usufruir uma vida digna, ainda que sob parâmetros mínimos.

Compreender esse fenômeno implica captar o enigma da coesão social na sua forma subjetiva, física e mental, o que envolve três aspectos fundamentais: a dimensão objetiva da desigualdade social, a dimensão ética da injustiça e a dimensão subjetiva do sofrimento. Trata-se de um fenômeno complexo, que não é subjetivo nem objetivo, individual nem coletivo, racional nem emocional, mas resultado de uma construção sócio-histórica configurada pelos recalcamientos em todas as esferas da vida social, vivida como necessidade do eu e

permeada de sentimentos, significados e ações (SAWAIA, 2014).

Em verdade, o pragmatismo jurídico, próprio dos dispositivos de poder, apropriouse do discurso dos direitos humanos numa perspectiva reversa à sua essência que, originalmente, está vinculada a dor humana, no entanto, embora o positivismo jurídico tenha transformado a justiça numa enciclopédia de regras, a característica metafísica dos direitos humanos, representada pela ética da alteridade e pela singularidade única do rosto do Outro, pode resgatar a essência transcendental e utópica destes direitos. Assimilar essa reflexão envolve compreender o sofrimento do Outro, valorizar suas necessidades sociais, psicológicas, éticas e afetivas buscando, nos espaços de cidadania, possibilitar aos indivíduos uma perspectiva de vida pautada, de fato, na dignidade da pessoa humana.

Referências

BOSCHETTI, I., et al. Política Social no Capitalismo – Tendências Contemporâneas. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GRAMSCI, A. Poder, política e partido. São Paulo: Brasiliense, 1990.

IANNI, O. A ideia do Brasil moderno. São Paulo: Brasiliense, 1992.

_____. Teorias da globalização. 4ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

NOGUEIRA, M. A. Em defesa da política. São Paulo: SESC, 2001.

OLIVEIRA, F. Os direitos do antivalor. A economia política sob a hegemonia imperfeita. Petrópolis: Vozes, 1998.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Os regimes de exceção e o controle da vida humana: uma questão para os direitos humanos. In LUNARDI, Giovani.; SECCO, Márcio. (Orgs.). Fundamentação filosófica dos direitos humanos. Florianópolis: Editora UFSC, 2010, pp. 4982.

SAWAIA, B., et al. As artimanhas da exclusão – Análise Psicossocial e ética da desigualdade social. 14. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

Juliana Lima Braga Braga

Especialista em Direito para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON. Graduada em Direito pela Faculdade de Rondônia – FARO. Advogada no Conselho Regional de Enfermagem do Estado de Rondônia. Estagiou na Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia e em escritórios privados de advocacia.

Jorge Luiz dos Santos Leal

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestrado Profissional em Poder Judiciário (2011) e MBA em Poder Judiciário (2007), ambos pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Rio. Especializações em Direito Civil e Direito Penal. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (1990). Juiz de Direito em Rondônia. Professor de Direito Processual Civil na Escola da Magistratura do Estado de Rondônia e no Centro Universitário São Lucas - UNISL. Juiz Eleitoral.

A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Juliana Lima Braga Braga
Jorge Luiz dos Santos Leal

RESUMO

Este trabalho focaliza os institutos da conciliação e da mediação no Novo Código de Processo Civil através de uma breve evolução histórica e dos dispositivos que as regulam, leis extravagantes e doutrina acerca do tema. Tem por objetivo analisar o contexto em que tem crescido o incentivo à conciliação e à mediação na solução da crise por que passa o Poder Judiciário, e o seu papel na solução dos litígios em observância ao princípio da razoável duração do processo. Procura ainda abordar os motivos que conduziram à instituição de um Novo Código de Processo Civil, fazendo uma análise comparativa da evolução da conciliação e da mediação desde sua vigência, em relação ao Código anterior. Utiliza-se da pesquisa bibliográfica, bem como análise de dados através de estatísticas da conciliação após a vigência do Novo Código de Processo Civil. Pretende-se analisar afinal se o Novo Código de Processo Civil, através dos novos instrumentos da conciliação e da mediação, garante a eficácia na prestação jurisdicional, através do acesso à justiça, efetivando o princípio da razoável duração do processo e apresentando sugestões para aprimorar o sistema.

Palavras chave: Conciliação e Mediação. Código de Processo Civil. Razoável duração do processo.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu conteúdo normas que disciplinam o amplo acesso à justiça,

especialmente o artigo 5º, inciso XXXV, que dispôs: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”*.

Não só este dispositivo, mas todo o contexto trazido com a redemocratização do país resultou em uma multiplicação de processos, e como consequência grande morosidade na resolução de causas em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro.

Embora o Código de Processo Civil de 1973 contivesse em seus dispositivos inúmeros estímulos à conciliação, até alguns anos depois da CRFB/88 a ciência do processo e os tribunais pouco se dedicavam ao estudo e aprofundamento desses institutos, sendo que somente após a criação Juizados Especiais, é que a conciliação e a mediação se tornaram mais praticadas.

Como alternativas para solucionar os conflitos no meio social e tornar a Justiça mais célere, o Poder Judiciário e a sociedade se utilizam dos Juizados Especiais, da Justiça Itinerante, da Conciliação, da Mediação e da Arbitragem.

O Novo Código de Processo Civil, tornou obrigatória, além da busca da conciliação ou a mediação em todas as fases, uma audiência específica inicial de conciliação ou mediação, antes mesmo de se iniciar o prazo para contestar (art. 334).

Para incentivar o instrumento da conciliação como método de solução rápida e definitiva dos conflitos, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Resolução nº 125/2010.

Neste trabalho, busca-se mostrar que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, trouxera os instrumentos da conciliação e da mediação com obrigatoriedade da tentativa de conciliação, enquanto que o CPC de 1973 era faculdade do juiz, e assim, veio a ampliar as possibilidades de soluções de conflitos em relação ao Código de 1973, oportunizando uma maior interação do Poder Judiciário com a comunidade jurídica, impondo uma conduta conciliatória a todos atores do processo.

A autocomposição constitui-se em instrumento adequado e satisfatório para solução de controvérsias, tanto judicial como extrajudicialmente, falo aqui da conciliação e mediação pré-processual, de modo a evitar o processo e a sobrecarga do Judiciário.

Assim, justifica-se o presente trabalho pela sua aptidão para delimitar a dimensão da conciliação e da mediação, para a solução dos litígios, antes e durante o processo, a demonstrar o avanço entre o Código de Processo Civil de 1973 e a forma de tratamento dada aos institutos no Novo Código de Processo Civil, com suas alargadas perspectivas jurídicas e sociais.

A pesquisa tem como objetivo geral realizar uma análise científica do tratamento jurídico dos institutos da conciliação e da mediação no Novo Código de Processo Civil, em face do tratamento dado no código anterior, e como objetivos específicos, analisar a dimensão social, e por fim, apresentar sugestões que possam trazer melhoria e evolução para o sistema.

Como forma metodológica adotou-se a revisão bibliográfica, na qual se utiliza a análise de legislação, livros e artigos jurídicos, além de outros recursos doutrinários, bem como a análise de dados, através da pesquisa estatística dos números do Poder Judiciário, efetuando uma análise comparativa entre os números das sentenças homologatórias de conciliação ou mediação, antes e depois da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

O conflito no desenvolvimento e na evolução do Direito

Segundo Paulo Nader, o ser humano foi programado para conviver e se completar com outro ser de sua espécie, entretanto, tal relacionamento é capaz de gerar não só a amizade, a colaboração e o amor, mas também a discórdia, a intolerância e as desavenças.¹

Entende-se que o conflito, inerente ao ser humano, é como um nexo que se estabelece entre as pessoas, que ao considerarem o bem como um objeto de pretensão de alguém resistida por outrem, transmuta-se num choque de força pela busca da satisfação de seus respectivos interesses, e se não houver uma solução com a subordinação de uma parte e a resistência de outra, pode-se estar diante de uma pretensão resistida, fato este que dará origem à instauração de um litígio capaz

1 NADER, Paulo, Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 25.

de comprometer a paz social.²

Em razão disso, exsurge o Direito com seu conjunto de normas de conduta abstratas e obrigatórias, acompanhadas de sanção, cuja finalidade é proporcionar o bem-estar da sociedade por meio da prevenção e composição de conflitos³.

Formas de solução de conflitos

O conflito, tido pela existência de interesses opostos, resistidos ou não satisfeitos, admite sua solução pelos instrumentos da autodefesa ou autotutela, autocomposição e heterocomposição.

Autotutela

A autotutela ou autodefesa é a mais antiga forma de solução dos litígios, cujo surgimento se dá com as primeiras civilizações, quando inexistia o Estado a regular a vida em sociedade e impor o Direito com suas sanções, sendo que o uso da força pelos próprios particulares, e sem critério, era o único meio empregado à sua defesa. Valia a lei do mais forte e não o império da lei.

O abuso da força através da autotutela e a evolução da vida em sociedade exigiu que o Estado impusesse a limitação do uso da própria força para evitar os excessos.

Em alguns ordenamentos jurídicos, proíbe-se a prática da autotutela, o que ocorre no Brasil, mas não de forma absoluta, admitindo-se exceções. Destacam-se no Direito Brasileiro, assim, três exemplos de práticas que são consideradas exceções da proibição da autotutela, como são os casos: fazer justiça com as próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite (artigo 345, do Código Penal); esbulho possessório (artigo 1.210, § 1º, do Código Civil); a consignação da quantia ou da coisa devida (artigo

2 NOGUEIRA, Juliana Lima Moura e LEMOS, Vinicius Silva. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil. p. 3.

3 NOGUEIRA, Juliana Lima Moura e LEMOS, Vinicius Silva. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil. p. 3.

539, do Novo Código de Processo Civil).

Autocomposição

Na autocomposição os litigantes procuram analisar o objeto da lide, os direitos de cada um, e esforçam-se para atingir uma solução para o litígio de uma forma consensual.

A autocomposição pode se dar antes ou no curso do processo. Quando no curso do processo, resulta na resolução do mérito (artigo 487, NCPC), o que traz a possibilidade da solução consensual pelas partes, seja por meio da desistência (renúncia), submissão ou transação.

A conciliação, pode ser judicial ou extrajudicial, admite um terceiro facilitador e tem por característica fulcrar um acordo entre as partes interessadas.

A mediação é a prática administrada por um terceiro imparcial, que pode ser do âmbito jurisdicional ou não – que se propõem a auxiliar as partes, viabilizando em consequência o acordo a ser realizado antes do processo, se a mediação é pré-processual ou, se já ajuizada a causa, homologada pelo juiz.

Heterocomposição

A heterocomposição pode se dar pela forma da arbitragem ou do processo.

Na arbitragem, os litigantes podem escolher uma ou mais pessoas de sua confiança, as quais passam a receber poderes para decidirem sobre a lide sem a intervenção do Estado, e a decisão do árbitro passa a ter a efetividade de uma sentença judicial, e não comporta recorribilidade (artigo 18, da Lei de Arbitragem).⁴

Para Juliana Nogueira, o processo deve ser relegado para a posição de última alternativa a se recorrer visando a solução de um conflito, haja vista que se trata de submeter ao Estado-Juiz, pessoa imparcial,

4 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis, 2015.

investida de jurisdição, a resolução de determinado litígio, através de um ato de força imposto às partes que se denomina sentença.⁵

O Estado como ente responsável pela solução de conflitos: breve evolução histórica

Nem sempre foi papel do Estado solucionar os conflitos de interesses na sociedade, entretanto, em virtude do desenvolvimento evolutivo da sociedade, com ênfase no Direito Romano, exsurgiu uma nova modalidade de solução dos conflitos, a jurisdição.

As Ordenações Filipinas, de 1595, traziam no seu Livro 3º, T. 20, § 1º a importância da conciliação, levando as partes ao meio conciliatório.

A Constituição de 1824 (artigos 151 e 161 e 164), e o Código Comercial de 1850 (artigo 23) preconizavam a necessidade de incentivo da conciliação antes de se iniciar efetivamente um processo, e passou assim a ser prévia e obrigatória.⁶

Através da Lei Orgânica das Justiças de Paz, de nº 0-026, de 15 de outubro de 1827, surgiu o juiz de paz, tendo como função realizar a conciliação entre as partes, fato este também reforçado pelo Código Criminal em 1832.⁷

O Decreto nº 359, de 26 de abril de 1980, aboliu a conciliação, sendo que as Constituições de 1891 e 1946 e o Código de Processo Civil de 1939 nada dispuseram a respeito, e, somente voltou a ser tratada com o CPC/1973, que a trouxe sem caráter prévio e obrigatório.⁸

Em 7 de Novembro de 1984 foi criado o Juizado Especial de Pequenas Causas, para a solução consensual de conflitos em demandas de baixa complexidade e pequeno valor.

Em 1988, a CRFB/88 previu a Justiça de Paz, institucionalizou os

5 NOGUEIRA, Juliana Lima e LEMOS, Vinicius Silva. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil. p. 5

6 SILVA, Érica Barbosa. Conciliação Judicial. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013. p. 154, apud NOGUEIRA, Juliana Lima Moura e LEMOS, Vinicius Silva. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil. p. 5-6.

7 SILVA, Érica Barbosa. Conciliação Judicial. p. 154. p. 155, apud NOGUEIRA, Juliana Lima Moura e LEMOS, Vinicius Silva. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil. p. 6.

8 SILVA, Érica Barbosa. Conciliação Judicial. p.158 apud NOGUEIRA, Juliana Lima Moura e LEMOS, Vinicius Silva. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil. p. 6.

Juizados Especiais e estabeleceu a obrigatoriedade de sua criação em todas as unidades da federação.⁹

O Conselho Nacional de Justiça em 2006, implantou o Movimento da Conciliação para incentivar os meios consensuais de solucionar conflitos e em 2010, criou a Resolução nº125, onde destacou o nivelamento nacional das práticas voltadas aos meios consensuais.¹⁰

O legislador seguiu esse caminho, introduzindo verdadeira evolução da conciliação no estatuto processual, em razão da experiência das Varas de Família, que demonstrou ser possível realizar a conciliação antes mesmo da defesa.

Os Juizados Especiais Estaduais

Na tentativa de proporcionar uma justiça menos formal e mais rápida, a CRFB/88, determinou a criação dos Juizados Especiais, que por falta de regulamentação, não foram instituídos de imediato após a promulgação da Carta Cidadã.

Os Juizados de Pequenas Causas

Os Juizados de Pequenas Causas se constituíram para proporcionar às partes meios não adversariais de solução dos litígios – no caso ainda apenas das lides cíveis, desde que limitadas a 20 (vinte) salário mínimos.

A introdução da figura do conciliador, e do instrumento da conciliação como padrão de funcionamento da instituição, era totalmente novidade no âmbito do Poder Judiciário e houve um tratamento novo ao dobrar alçada para quarenta salários mínimos.

9 SILVA, Érica Barbosa. Conciliação Judicial. p. 162.

10 SILVA, Érica Barbosa. Conciliação Judicial. p. 165.

A Justiça Itinerante

A implementação da Justiça Itinerante tem como justificativa a extensão territorial de comarcas e circunscrições judiciárias e possibilita um elo entre o Poder Judiciário e a sociedade mais desassistida e distante.

Em Rondônia, a Justiça Itinerante existe desde a criação do Estado e instalação do Tribunal de Justiça.¹¹

Na Justiça Federal, a Justiça Itinerante, mostra-se extremamente importante como canal de distribuição de justiça e de realização da cidadania igualmente em rincões longínquos e de difícil acesso, sendo prática altamente.

Das reformas pontuais no CPC de 1973 e dos motivos que resultaram na decisão por um Novo CPC

Antes da decisão de se promover a edição de um novo Código de Processo Civil, buscou-se por microrreformas do Código de Processo Civil de 1973 e, à medida em que surgiam novas necessidades, foram sendo implementadas novas reformas, que culminaram na proposição de um novo Código.

O Código de Processo Civil de 1973, inspirado na ciência do Direito Processual italiano, não era estruturado, não amparava os princípios do acesso à justiça e da razoável duração do processo, sendo que a justiça sequer conhecia o computador, e a lei do processo eletrônico de 2006.

Assim, o Novo Código de Processo Civil pretendeu garantir a efetividade da prestação jurisdicional através de instrumentos que garantam um justo equilíbrio das partes, sem prejuízo da celeridade processual, de modo a atender as necessidades do processo incorporando as transformações sociais dos últimos anos, entronizando no estatuto processual civil os instrumentos eletrônicos disponíveis na sociedade do século XXI.

O Acesso à Justiça e ao Judiciário: obstáculos a serem superados e

¹¹ Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/menu-justica-rapida>. Acesso em 05.03.2018.

os princípios constitucionais aplicáveis

A realização da justiça não se confunde com a obtenção de Justiça perante o Poder Judiciário, pois o acesso à justiça é uma função do Estado e da sociedade, desde antes dos litígios serem jurisdicionalizados.

Os princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário e do acesso à justiça

O acesso à Justiça previsto no artigo 5º inciso XXXV, da CRFB/88 apresenta-se como crítica à realidade do mundo jurídico e apogeu para a crise enfrentada pelo Judiciário, gerando proliferação de demandas.

Capelletti e Garth no Livro Acesso à Justiça aprofundaram-se acerca dos obstáculos ao efetivo acesso à justiça que devem ser enfrentados, concluindo pela existência de três ondas renovatórias.

Os sucessos em prol do acesso à Justiça conduzem à evolução do processo de democratização do acesso ao Poder Judiciário, englobando o instituto da gratuidade judiciária e da ida das estruturas do Judiciário às pessoas que dela necessitam (Primeira Onda Renovatória); da evolução pelos autores do processo quanto à visão de causas cujos interesses transcendem aqueles meramente individuais, abrangendo os interesses difusos e os direitos coletivos, (Segunda Onda Renovatória), bem como as formas conciliatórias e admissão de terceiros como autores da satisfação da pacificação social (Terceira Onda Renovatória).¹²

Os princípios da efetividade da prestação jurisdicional e da razoável duração do processo

A emenda 45/2014 criou o Conselho Nacional de Justiça ao lado da instituição do princípio da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB) para garantir aos cidadãos a celeridade processual

12 CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. p. 81.

e o resultado útil do processo, mas essa responsabilidade exige a cooperação das partes envolvidas no processo.

A quantidade de litígios da sociedade marcadamente moderna que a todos garante o acesso, rumo à uma suposta justiça universal, acarreta o congestionamento do sistema judicial, e atinge a celeridade dos processos já existentes e dos posteriores.¹³

A crise decorre da falta de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses com a solução de conflitos através de sentença, e assim, impõe-se superar a cultura de sentença como meio de justiça, pois o Judiciário deve ser o último meio para solucionar os conflitos e a autocomposição entre as partes como método prevalente e prioritário.

A Resolução nº 125 do CNJ: modernização e descentralização da justiça

A centralização da atividade jurisdicional do sistema judiciário brasileiro sobrecarrega o Poder Judiciário, que necessita melhorar a efetividade da prestação jurisdicional para evitar o acúmulo de processos, motivo pelo qual, impõe-se a desburocratização e a descentralização da atividade jurisdicional através dos meios alternativos de solução de conflitos.¹⁴

Institui-se, assim, verdadeira política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, definida pelo Professor Kazuo Watanabe como assunção da própria responsabilidade atribuída pela Constituição ao Conselho Nacional de Justiça, conforme dispõe o artigo 103-B, § 4º, da CFB/88.¹⁵

Em agosto de 2006, o Conselho Nacional de Justiça, criou, com fundamento na cultura da pacificação social, o Movimento Nacional pela Conciliação, a qual envolve os tribunais, para verificarem

13 NOGUEIRA, Juliana Lima Moura e LEMOS, Vinicius Silva. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil. p. 9.

14 NOGUEIRA, Juliana Lima Moura e LEMOS, Vinicius Silva. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil. p. 11.

15 WATANABE Kazuo. Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2011. p. 4.

processos com possibilidade de conciliação.¹⁶

Mas não se limitou o CNJ a criar campanhas de conciliação, foi além na proposta de organizar e difundir projetos, instituindo estruturas jurídicas para a continuidade de uma postura não adversarial de solução dos conflitos, aprovando a Resolução n. 125, de 29.11.2010.

Conciliação e a Mediação

A autocomposição seja pela mediação, seja pela conciliação constitui-se num dos principais meios de solução dos conflitos perante o Poder Judiciário.¹⁷

Da conciliação

Consiste a conciliação num meio utilizado para a solução de um litígio, com a finalidade de buscar a pacificação social por meio de um acordo, em que as partes litigantes buscam o diálogo para superar o conflito, podendo haver ou não o auxílio de um terceiro imparcial.¹⁸

A figura do conciliador se constitui em pessoa isenta, imparcial e confiável, que não possui poder de decisão e jamais pode se associar ao interesse de qualquer dos litigantes, cujo papel é proporcionar colaboração e segurança às partes.

O NCPC não deixou de regular a possibilidade de conciliação nos conflitos de família, regulando o papel a ser desempenhado pelo Judiciário nessas questões nos artigos 694, 695 e 696 do NCPC. Assim, cabe ao juiz empreender todos os esforços necessários e usar dos meios disponíveis a fim de que a controvérsia seja solucionada de

16 CNJ, Semana Nacional da Conciliação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/semana-nacional-de-conciliacao>. Acesso em: 27.02.2018.

17 A principal fonte de solução de conflitos perante o Poder Judiciário ainda é a sentença. O índice de autocomposição, por todas as formas, ainda é muito inferior ao número de sentenças. Todavia, os métodos autocompositivos resolvem os litígios com caráter de definitividade, encerrando as lides, enquanto as sentenças são sujeitas aos recursos cabíveis.

18 NOGUEIRA, Juliana Lima Moura e LEMOS, Vinicius Silva. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil. p. 12.

modo pacífico e mediante autocomposição, podendo a audiência de conciliação ou mediação dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias.

Da mediação

Historicamente, a mediação está ligada ao movimento de acesso à justiça nas décadas de 1970 e 1980, uma vez que nessa época clamava-se para uma melhoria de atendimento por parte do Judiciário, que culminou, no âmbito oficial, com a criação dos Juizados de Pequenas Causas.¹⁹

A mediação é um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte, neutra ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição..²⁰

O principal objetivo da mediação é solucionar o conflito entre os litigantes, mediante o estímulo de acordo, para que assim, possa haver uma solução satisfatória para as partes.

No Direito Brasileiro, a mediação pode ser um meio utilizado em diversos conflitos, dentre os quais podemos citar como exemplo: nos conflitos empresariais, nos conflitos familiares e os nos conflitos trabalhistas.

Se as partes, mediante concessões mútuas, optarem pelo fim do litígio, o juiz, observando a legalidade do ato, bem assim a disponibilidade do direito e a capacidade de o réu ser parte, homologará a composição, resolvendo o mérito.²¹

19 AZEVEDO, André Goma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. p. 21.

20 AZEVEDO, André Goma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. p. 41.

21 MOUZALAS, Rinaldo de Souza Silva. Processo Civil (Vol. Único). Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

Distinção entre mediação e conciliação

A conciliação e a mediação podem ser realizadas antes da instauração do processo judicial, na forma pré-processual, tendo o conciliador ou mediador como incentivador da negociação do litígio.²²

O mediador não necessita ser conhecedor do campo de discussão das partes, mas o conciliador, ao contrário, só poderá ajudar as partes se souber o que está sendo discutido no e, se necessário, propor soluções para o problema.

A diferença básica entre a conciliação e a mediação está ligada na ideia de que na primeira o objetivo pleno é o acordo. Já na mediação, cabe ao mediador orientá-las a compreenderem as questões da discussão existente, sendo que o acordo vem a ser a consequência do diálogo.

Ante o exposto, segue um quadro comparativo de distinção entre mediação e conciliação:

MEDIAÇÃO	CONCILIAÇÃO
O mediador tenta fazer com que as partes possam elaborar suas próprias respostas.	O conciliador auxilia as partes a elaborarem suas respostas.
Plano Jurisdicional e Extrajudicial (pré-processual).	
Incentivar a negociação, sendo que a decisão decorre da vontade das partes.	
Não precisa ser conhecedor da discussão das partes. Apenas facilita o processo de aproximação e discussão.	Interfere na solução do conflito. Precisa ter conhecimentos específicos para propor soluções, acordo, recomendações, advertências e apresentar proposições sugestivas e consequências.
O acordo é mera consequência, sendo que é dever do mediador apenas orientar as partes para que compreendam as questões envolvidas.	O objetivo é o acordo, podendo o conciliador sugerir soluções para o litígio.

22 DIDIER JR. Fredie, Curso de Direito Processual Civil. p. 209 e FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil (PSL 166/2010). p. 288; SILVA, Érica Barbosa. Conciliação Judicial. p. 136-137.

Princípios da conciliação e da mediação

Os princípios que regem a conciliação e a mediação, estão preconizados no artigo 166, do Novo Código de Processo Civil, e são eles: independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Os conciliadores e mediadores não podem ser interferidos em suas atuações perante as partes, pois os mesmos têm autonomia para conduzir o conflito da melhor forma.²³

Aos conciliadores e mediadores, faz-se necessário esquecerem dos seus valores, convicções e preconceitos, uma vez que não podem influenciar de maneira negativa na solução do conflito a ser firmada pelas partes²⁴.

Na conciliação como na mediação, prevalece a autonomia da vontade das partes, pois são as mesmas que, pelo diálogo, estabelecem a melhor solução para o litígio.

Os envolvidos devem manter o sigilo do conteúdo abordado, devendo ser alertados e assumir compromissos sobre isso.²⁵

Na atividade dos conciliadores e mediadores predomina-se a linguagem da fala e a sessão não necessita seguir regras ou quaisquer formalidades.

Pelo princípio da decisão informada espera-se que o jurisdicionado esteja plena e completamente informado em relação aos seus direitos e deveres tanto no que tange ao direito material discutido, como em relação ao procedimento de conciliação ou mediação.

23 FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil (PSL 166/2010). p. 295.

24 FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil (PSL 166/2010). p. 295.

25 FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil (PSL 166/2010). p. 296.

Os centros judiciários de solução consensual de conflitos

O CNJ determinou que os tribunais, estaduais e federais, instituíssem centros judiciários de solução consensual de conflitos (artigo 165, NCPC).

Nesse mister, podem os tribunais optarem pela criação de quadro próprio de conciliadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos (artigo 167, parágrafo único, do NCPC).

Do registro, da escolha, da remuneração, dos impedimentos e da exclusão de conciliadores e mediadores

O conciliador e o mediador são considerados como auxiliares da Justiça (artigo 149), sendo determinada a inscrição em cadastro no âmbito do tribunal em que cada um terá seu registro profissional (artigo 167), e deverão obedecer aos princípios impostos (artigo 166).

As partes poderão escolher o seu mediador e também o seu conciliador, cadastrados ou não no tribunal, e, havendo controvérsia e/ou inexistindo a escolha, haverá distribuição entre os cadastrados no tribunal (artigo 168, parágrafos 1º e 2º), podendo ser excluídos se agirem com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação (artigo 173).

Há previsibilidade de atuação de advogados que sejam conciliadores e mediadores, no entanto, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem tal função (artigo 167, parágrafo 5º).

Os conciliadores e mediadores receberão pela atividade laborativa desempenhada, prestação pecuniária prevista a ser fixada perante o tribunal de que fizer parte, salvo no caso de ser servidor do quadro, quando a remuneração é mediante pelo cargo público; contudo, também pode ser realizada de forma voluntária (artigo 169 e parágrafos 1º e 2º).

No caso de atuação do conciliador ou mediador em determinado litígio, os mesmos estarão impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano,

contado do término da última audiência em que atuarem, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes (artigo 172).

Aplicam-se aos mediadores e conciliadores os mesmos impedimentos e causas de suspeição do juiz (artigo 170 e parágrafo 1º).

Da audiência de conciliação ou mediação no Novo Código de Processo Civil

A conciliação e a mediação devem ser estimuladas pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (artigo 3º, § 3º, NCPC).

Conforme o art. 319, inciso VII, do NCPC, a parte autora ao ajuizar uma demanda deverá indicar se não possui interesse na audiência de conciliação ou mediação, e a ausência de indicação acarreta não preenchimento de requisito da petição inicial, podendo o juiz determinar a emenda, e em caso de descumprimento, julgar extinto o processo sem resolução do mérito.

Recebida a petição inicial pelo magistrado, a audiência será designada, e a parte ré será citada, devendo, se for esse o caso, informar seu desinteresse na autocomposição até 10 (dez) dias úteis anteriormente à audiência (artigo 334, § 5º, NCPC).

Há possibilidade da audiência ser realizada por mais de uma sessão em um lapso temporal de até sessenta dias (334, § 2º).

Uma novidade no Novo Código de Processo Civil, contida no parágrafo 7º do artigo 334, é a possibilidade da realização de audiência por meio eletrônico, (como o uso dos aplicativos WhatsApp, Skype e Hangout), sendo que algumas técnicas já eram adotadas pelos tribunais como a videoconferência.

A lei estabelece que uma vez designada a audiência de conciliação, se houver a ausência de comparecimento injustificada, seja pelo autor ou pelo réu, tal ato é tido como atentatório à dignidade da justiça, motivo pelo qual, o § 8º, do artigo 334, traz como sanção, a aplicabilidade

de multa de 2% sobre a vantagem econômica pretendida ou do valor da causa.

Essa disposição protetiva da dignidade da Justiça e do Poder Judiciário se faz necessária em observância à imposição de respeito aos trabalhos precedidos pelos auxiliares da Justiça e à compreensão da importância da audiência de conciliação como forma de solução das controvérsias. 26

Cabe uma adequada discussão sobre a organização de estrutura humana e material aos novos postulados do sistema proposto pelo Novo CPC, a fim de que haja uma maior adaptação dos operadores da justiça como um todo, o que pode ser obtido por meio de programas de cursos e campanhas, e demais medidas que os Tribunais entenderem adequadas.

Ademais, é importante um maior vínculo e incentivo do Poder Judiciário às soluções autocompositivas de justiça e cidadania, como PROCONs e Defensorias Públicas, uma vez que muitos não dispõem de orientação jurídica necessária.

Com o impacto da previsão legal da audiência de conciliação ou mediação a ser adotada espera-se que o Juízo de primeiro grau tenha um resultado significativo de solução de conflitos, e uma redução da sobrecarga nos tribunais intermediários e superiores.

A conciliação pré-processual tende a ser uma nova fórmula para as autossoluções de conflitos no seio social, com menor custo e a liberação do Judiciário para soluções de problemas que jamais teriam outra forma de resolver.

A conciliação e a mediação no código de processo civil de 1973

No Código de Processo Civil de 1973, a conciliação já era estimulada e poderia ser exercida no âmbito Jurisdicional e Extrajudicial, sendo que no Jurisdicional era dever do juiz, conforme preconizava o artigo 125, IV, do CPC, na qual poderiam ser praticadas a qualquer tempo, seja em audiência preliminar, antes da audiência de instrução e

26 Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/indice-de-noticias-ultimas-noticias/19546-audiencia-por-videoconferencia-o-proximo-passo>. Acessado em 27/02/2018.

julgamento, e até mesmo nos embargos à execução.

No procedimento sumário, a audiência de conciliação era tida como obrigatória, diferentemente do que ocorria no procedimento ordinário.²⁷

O Código de Processo Civil de 1973 não regulava expressamente a forma do procedimento da mediação e as funções e a atuação do mediador.

O art. 331 foi talvez o dispositivo do CPC de 1973 que tenha sofrido maior número de alterações, o que demonstra a evolução do sistema de autocomposição no direito processual brasileiro.

Ademais, embora a Lei não utilizasse os vocábulos mediação e mediador, estimulava o magistrado em todo o corpo do Código – nesses e em outros dispositivos acerca do tema – a exercer esse papel de mediador:²⁸

Assim, a atividade do mediador não encontrava, no sistema do Código de Processo Civil de 1973, respaldo direto na lei, mas sim em outras ciências.

A Conciliação e Mediação pré-processual – autocomposição antes da propositura de ação perante o Poder Judiciário

A mediação judicial ou extrajudicial, processual e pré-processual, que pode resultar em conciliação antes ou depois do processo, encontra-se regulamentada pela Lei 13.140, de 26.06.2015.

Vale dizer, a pesquisa permitiu constatar que já existe a conciliação e a mediação judicial e pré-processual em iniciativas isoladas e não sistematizadas no âmbito do Poder Judiciário.

Em 2015, o Juiz Federal Dimis da Costa Braga, da Seção Judiciária de Rondônia, foi um dos três finalistas do Prêmio Inovare na categoria Juiz, com a Prática: Mediação judicial e policial: Reintegração humanizada com realocação de famílias carentes ocupantes de

27 NOGUEIRA, Juliana Lima Moura e LEMOS, Vinicius Silva. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil. p. 14.

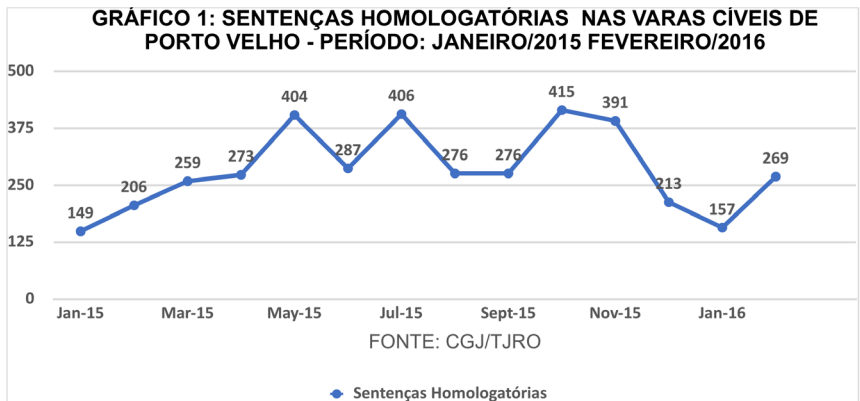
28 AZEVEDO, André Goma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. p. 189.

extensa área urbana (RO).²⁹

No ano de 2016, a Justiça Federal participou com a Caixa Econômica Federal do Projeto de Conciliação Pré-processual em relação a créditos daquela empresa a serem ajuizados.³⁰

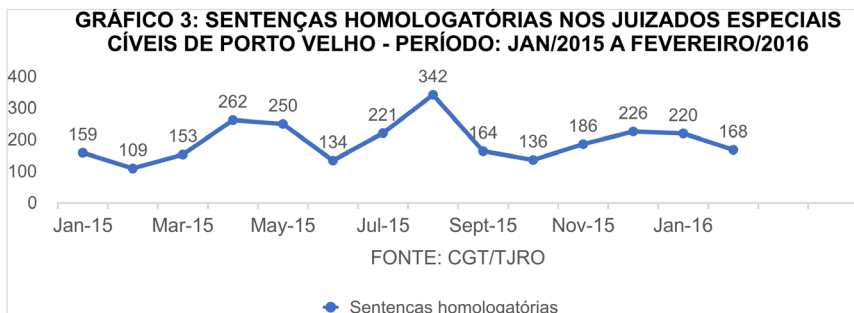
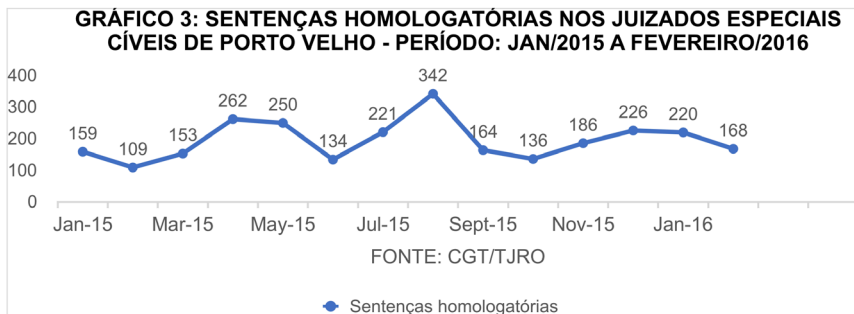
A conciliação e a mediação pré-processual são cruciais para a sustentabilidade do Poder Judiciário, além de econômicas para partes, que terão a oportunidade de resolverem o conflito evitando o processo judicial.

Acordos homologados antes e depois da vigência do Novo Código de Processo Civil nas varas cíveis e juizados especiais cíveis da comarca de Porto Velho – TJRO



29 Disponível em: www.premioinnovare.com.br/praticas/l/mediacao-judicial-e-policial-re-integracao-humanizada-com-realocacao-de-familias-carentes-ocupantes-de-extensa-area-urbana-finalidadesocial-construcao-da-primeira-estacao-de-tratamento-publica-de-efluentes-da-cidade-20150514235218034322. Acesso em: 13.02.2018.

30 Disponível em <https://www.portaljipa.com.br/blog/geral-15/mutirao-para-conciliacao-e-realizado-pela-caixa-economica-em-rondonia-21145>. Acesso em 12.03.2018.



Se não se pode afirmar que o Novo Código causou um grande impacto positivo, também não se pode dizer que fora negativo pois, como grandes mudanças sempre geram uma retração decorrente da necessária adaptação ao novo sistema, imagina-se que com o tempo os números ainda podem melhorar.

Não se pode afirmar, ainda, que a instituição do Novo CPC tenha sido responsável pelo aumento considerável de acordos no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, mas não se pode afirmar. Fato é que no âmbito dos Juizados as partes e as questões discutidas já são mais propícias à conciliação, e a vinda de um código que o estimula ainda mais pode ter sido um fator preponderante nessa notável ampliação do número de autocomposições.

Por fim, ainda é muito cedo para se fazer quaisquer conjecturas acerca da efetividade do Novo Código nos quesitos celeridade e redução de acervos, o que demanda um tempo maior de adaptação

e análise de outras variantes para se ter um diagnóstico preciso do resultado de sua aplicação.

Considerações Finais

Uma das conquistas mais destacadas da Constituição da República de 1988 foi a estruturação dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Concretizada pelo amplo acesso à justiça, a busca ao Judiciário se tornou cada vez maior, gerando multiplicação de causas e exigindo dos Poderes como um todo, e da sociedade, respostas que viessem a tornar exequível a missão de julgar com celeridade, efetividade e presteza.

Desde antes da Constituição de 1988, iniciativas do legislador apontavam para a autocomposição como uma forma efetiva e definitiva de solucionar as demandas. Surgiram os Juizados de Pequenas Causas, substituídos na Carta de 1988 pelos Juizados Especiais, instituídos pela Lei 9.099/95.

E antes mesmo que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) trouxesse a obrigação de criar a justiça itinerante, tribunais de Estados com vastas distâncias como o de Rondônia, instituíram e estruturaram a justiça itinerante, num programa efetivo e contínuo de prestação jurisdicional.

A EC 45 criou, ainda, o princípio da razoável duração do processo e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu a necessidade de aprimorar as estruturas para conciliação e mediação através da Resolução 125/2010.

Nesse contexto, foram iniciadas as discussões para a edição de um novo Código de Processo Civil, e a expectativa era que o surgimento de um novo macrossistema processual possibilitaria que fossem superados os gargalos ainda observados no andamento processual, colaborando para que a Justiça atingisse uma celeridade e efetividade de excelência.

O Novo Código de Processo Civil, além de constitucionalizar o processo civil, absorveu a mediação e a conciliação em seu texto,

tornando-a obrigatória antes mesmo do início do prazo da contestação pelo réu.

Vale anotar que não só a instituição de contagem de prazos do novo CPC, em dias úteis, como a impropriedade para evitar conflitos do sistema por ele introduzido através do art. 277, que incentiva o ajuizamento de ação para só então ser designada audiência de conciliação ou mediação, geraram grande resistência nos membros da magistratura e nos atores do processo (exceto advogados em geral, que solicitaram a mudança do regime de prazos).

Essas medidas, a princípio, não foram suficientes para reduzir a conflituosidade, que ao contrário, se ampliou, com o aumento dos números de processos trazidos ao âmbito do Poder Judiciário.

Nesse mister, surgem iniciativas isoladas visando melhores dias no âmbito da conciliação e da mediação, como a conciliação e a mediação pré-processual. A pesquisa permitiu constatar que, em iniciativas isoladas e não sistematizadas, já existe e está sendo adotada no seio do Poder Judiciário.

Os números do Poder Judiciário de Rondônia – Varas e Juizados Cíveis da Capital demonstraram que após a entrada em vigor do NCPC houve um crescimento nos números da Conciliação, embora não tão vigoroso. Assim, pode-se concluir que há muito espaço para crescer.

Vê-se que ainda não houve a adequada institucionalização de mediadores conforme previstos em lei. A mediação pré-processual é uma medida das mais saudáveis para evitar demandas em excesso no seio do Poder Judiciário – são muitas as demandas que poderiam ser solucionadas sem bater nas portas da Justiça.

Sugere-se como forma de reduzir a litigiosidade e o volume de causas que são deduzidas junto ao Poder Judiciário, a ampliação e evolução do sistema de mediação junto aos tribunais estaduais e federais, com maior participação da sociedade e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), viabilizando a ampliação da solução dos conflitos por autocomposição pré-processual entre as partes.

Pode-se concluir que uma das causas de aumento da conciliação é que os advogados não mudaram a sua forma de pensar sobre o assunto e seria de bom alvitre que eles assumissem essa iniciativa

de tentar, antes de propor novas ações, conciliar as partes. O próprio CNJ poderia assumir o papel de, preferencialmente por ocasião da Semana Nacional de Conciliação, para aproveitar a publicidade da campanha que é realizada, incentivar essa prática.

Poder-se-ia tornar necessariamente obrigatória a conciliação pré-processual, para que se pudesse propor a ação judicial. A excelente estrutura dos CEJUSCs, por sua vez, poderia ser aproveitada para fazer tentativas de conciliação sem processo.

Assim, poderia ser colocada gratuitamente à disposição dos interessados, no âmbito dos CEJUSCs, equipe de mediadores e conciliadores para tentativa de realização de solução autocompositivas antes da distribuição do processo.

Uma vez existentes esses profissionais nessas estruturas, emerge outra sugestão, a de condicionar o recebimento da petição inicial, ainda que já distribuído o processo, à realização de uma primeira audiência de conciliação ou mediação com esses profissionais assim disponibilizados, ou mesmo à comprovação da tentativa de conciliação prévia em outra instância social ou governamental, como o PROCON – Programa de Proteção e Defesa do Consumidor.

As instituições existentes no âmbito do Poder Executivo, com suas estruturas próprias, como as estaduais e municipais do PROCON, também poderiam ser melhor utilizadas no sentido das soluções autocompositivas.

O avanço tecnológico que hoje facilita o encaminhamento eletrônico de documentos é grande aliado do acesso à Justiça, incrementando o incentivo das partes às soluções autocompositivas.

A realização de protocolos de acessibilidade e interoperabilidade entre os PROCONs e a Defensoria Pública ou comissão de atendimento gratuito da OAB, e entre estas e os Tribunais, facilitando o encaminhamento eletrônico dos casos não solucionados para ajuizamento de ações judiciais junto ao Poder Judiciário em caso de não realização de acordos pré-processuais, poderia aumentar o percentual de soluções no âmbito daqueles órgãos.

Nesse contexto, destaca-se que já existe no âmbito do TJ/RO, desde junho de 2016 à disposição dos jurisdicionados, um serviço de

comunicação direta entre consumidor e empresas, o qual tem por objetivo facilitar o acesso à solução alternativa de conflitos de consumo por meio da internet, com interação e compartilhamento de dados monitorada pelo PROCON e pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, recebendo grande apoio da sociedade.³¹

Enfim, é de se reconhecer que são muitos os avanços obtidos no campo das soluções autocompositivas, especialmente proporcionados pelas iniciativas do Poder Judiciário e agora mais recentemente, com o Novo Código de Processo Civil.

Todavia, a cada novo avanço, emergem novos desafios que nos impelem na busca de soluções mais inovadoras e proativas na busca da efetividade do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil e, assim, colaborar para a construção de uma sociedade menos litigiosa, mais justa e solidária.

Referências

AZEVEDO, André Goma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2019.

CAPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. Revista Forense nº 318, abr./jun. 1992. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DIDIER JR. Fredie, Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Jus Podvim, 2014.

DUARTE, Melina. A Lei do Talião e o princípio da igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos. Ano 6, nº 10.06.2009. Disponível em: <http://www.>

31 <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1522677525045>

hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf. Acesso em 01.03.2018.

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil (PSL 166/2010). Revista de Processo. Ano 36. Vol. 1984. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Abril/2011.

LEMOS, Vinicius. Audiência de Conciliação e Mediação no Novo CPC: uma mudança de paradigma via uma obrigatoriedade em um código democrático. 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito. PPGSD-UFF, 14 a 16 de outubro de 2015, ISSN 2236-9651, n.5. Niterói: UFF, 2015.

MOUZALAS, Rinaldo de Souza Silva. Processo Civil (Vol. Único). Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

NOGUEIRA, Juliana Lima Moura e LEMOS, Vinicius Silva. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Porto Velho: FARO – Faculdade de Rondônia, 2015.

SILVA, Érica Barbosa. Conciliação Judicial. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. São Paulo: Editora Método, 2008.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. São Paulo: Editora Método, 2015.

WATANABE Kazuo. Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2011.

Sites pesquisados:

BRAGA, Dimis da Costa; Meneses, Carlos Roberto; BARBOSA,

Henrique da Silva; CORRÊA, Marcelo Victor Duarte (Autores). Prêmio Innovare. 12ª Edição. Mediação judicial e policial: reintegração humanizada com realocação de famílias carentes ocupantes de extensa área urbana. Instituto Innovare, 2015. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//mediacao-judicial-e-policial-reintegracao-humanizada-com-realocacao-de-familias-carentes-ocupantes-de-extensa-area-urbana-finalidade-social-constitucao-da-primeira-estacao-de-tratamento-publica-de-efluentes-da-cidade-20150514235218034322>. Acesso em 13.02.2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Semana Nacional da Conciliação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/semana-nacional-de-conciliacao>. Acesso em 27.02.2018.

Legislação citada:

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (Senado Federal). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Senado do Império. Lei Orgânica das Justiças de Paz, nº 0-026, de 15 de outubro de 1827.

BRASIL. Senado do Império. Lei de 29 de novembro de 1832: Código de Processo Criminal do Império.

BRASIL. Senado do Império. Lei nº 261, de 3.12.1841: Reforma do Código de Processo Criminal do Império.

BRASIL. Senado Federal. Decreto nº 359, de 26.04.1890.

BRASIL. Senado Federal. Decreto Lei nº 737, de 25.11.1850: Código Comercial.

BRASIL. Senado Federal. Lei nº 7.244, de 7.11.1984.

BRASIL. Senado Federal. Lei 5.869 de 11.01.1973. Código de Processo Civil.

BRASIL. Senado Federal. Lei nº 9.307, de 23.09.1996

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29.11.2010

BRASIL. Senado Federal. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BRASIL. Senado Federal. Lei nº 13.140, de 26.06.2015.

ANEXO A – TABELA 1: ACORDOS HOMOLOGADOS NAS VARAS CÍVEIS DA COMARCA DE PORTO VELHO -TJ/RO

B – TABELA 2: ACORDOS HOMOLOGADOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA COMARCA DE PORTO VELHO/RO

Zeno Germano de Souza Neto

Doutorando em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/RS) em parceria com a Faculdade Católica de Rondonia (FCR) e pela Universidade de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires - UCES. Mestre em Estudos Literários pela Universidade Federal de Rondonia - UNIR. Especialista em Direito de Família pela FCR, em Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade de Educação de Colorado do Oeste - FAEC e em Psicologia Clínica e Psicologia Jurídica pelo Conselho Federal de Psicologia. Graduado em Psicologia pela Universidade Federal de Rondônia (1999). É psicólogo das Varas de Família do Tribunal de Justiça de Rondônia e psicoterapeuta psicanalítico. Professor de Psicologia Psicanalítica e Psicologia Jurídica no Centro Universitário São Lucas - UNISL. Professor de Psicologia Jurídica e Métodos adequados de Resolução de Conflitos na FCR. Membro da Associação Brasileira de Ensino da Psicologia - ABEP. Membro da Associação Brasileira de Psicologia Jurídica - ABPJ e membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família -IBDFAM. Mediador de Conflitos pela Clínica de Psicologia - CLIP e Instituto de Mediação de Porto Alegre/RS. Áreas e temas de interesse: Psicanálise. Psicologia Jurídica e Forense. Mediação de conflitos. Direito de Família. Psicopatologia psicanalítica. Literatura comparada. Teoria e Crítica literária. Estudos pós-coloniais em Literatura.

ENTRE A PERÍCIA PSICOFORENSE E A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ATUAÇÃO PSICOLÓGICA DIANTE DA DISPUTA JUDICIAL DE FILHOS

Zeno Germano de Souza Neto

RESUMO

A Vara de Família possui como atribuição julgar processos que envolvam os direitos civis de pessoas em relações entendidas como “familiares”, seja em parentesco biológico ou socioafetivo. No Brasil, o desenvolvimento da atuação do psicólogo na Vara de Família está diretamente relacionado ao chamado Direito de Família, área do Direito Civil que por sua vez possui como marco legal a Constituição Brasileira de 1988, o Estatuto da criança e do adolescente de 1990 e mais recentemente as Leis de Guarda Compartilhada de 2008 e da Alienação Parental de 2010. É importante que o psicólogo esteja atento às transformações culturais e legais ocorridas nas últimas décadas quanto ao entendimento do que é família, uma vez que atualmente homens e mulheres possuem os mesmos direitos e obrigações quanto à organização familiar. Na caracterização do trabalho psicojurídico junto a famílias, uma das demandas mais frequentes é o caso de disputa de guarda em que, geralmente, os genitores entram na Justiça para a definição de com quem seus filhos passarão a residir quando estes pais nunca formaram um casal ou quando deixaram de ser casal, constituindo os casos de divórcio. Em se tratando de intervenção, já é possível perceber um movimento incipiente por parte dos psicólogos para que a contribuição da Psicologia à Justiça possa ir além do meramente avaliativo e daquilo que se denomina “atuação pericial” e que a intervenção psicológica aconteça no sentido de transformar o conflito existente entre as pessoas envolvidas. A mediação de conflitos aparece como esta possibilidade.

Palavras-chaves: Guarda de filhos. Psicologia forense. Mediação. Psicanálise.

Introdução

A Vara de Família dentro dos Tribunais possui como atribuição julgar processos judiciais que envolvam os direitos civis de pessoas em relações que se enquadram como “familiares”, independente de ser um parentesco biológico ou socioafetivo. Nesse contexto, o profissional psicólogo atua tanto para contribuir na tomada de decisão dos magistrados por meio da avaliação psicológica forense, como também intervém junto às famílias por meio da mediação de conflitos e outros procedimentos de cunho psicológico e psicossociais em parceria com profissionais do Serviço Social.

No Brasil, o desenvolvimento da atuação do psicólogo na Vara de Família está relacionado a processos que remetem ao chamado Direito de Família (SHINE, 2010), área do Direito Civil que por sua vez possui como marco legal a Constituição Brasileira de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e mais recentemente as Leis de Guarda Compartilhada de 2008 e da Alienação Parental de 2010.

É importante, assim, que o psicólogo esteja atento às transformações culturais e legais ocorridas nas últimas décadas quanto ao entendimento do que é família. O que estamos chamando hoje de “novas configurações familiares” destitui a compreensão de que a entidade familiar somente poderia ser reconhecida com o casamento, como também desconstrói a ideia do homem como “cabeça da família”, questiona um “instinto materno” que justificava a escolha da mãe como sendo sempre a melhor guardiã de um filho (Em 2002, o Código Civil brasileiro passou a determinar que a guarda possa ser dada também ao pai.), defende o conceito de paternidade socioafetiva, dentre outras previsões legais.

O psicólogo jurídico diante dos conflitos de família

Na caracterização do trabalho psicojurídico junto a famílias em litígio, uma das demandas mais frequentes dentro da Vara de Família é o caso de disputa de guarda em que, geralmente, os genitores

entram na Justiça para a definição de com quem seus filhos passarão a residir quando estes genitores nunca formaram um casal ou quando deixaram de ser casal, constituindo os casos de separação e divórcio.

Tendo como foco central a atuação do psicólogo diante desta problemática, Shine (2010) escreve que o alto índice de casamentos desfeitos nos últimos anos têm chamado a atenção não apenas de profissionais da área psicossocial, mas também dos operadores do Direito, pois isto se configura em mudanças na estrutura familiar com repercussões diretas na vida dos filhos.

O autor chama a atenção para o número de divórcios em países como Estados Unidos, França, Argentina e Brasil, todos com aumentos consideráveis indicando menos casamentos e mais separações judiciais e divórcios depois dos anos 1950. No Brasil, estudos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2002 revelam que entre 1991 e 1998, "(...) o número de divórcios e separações judiciais cresceu 32%, enquanto o de casamentos caiu 6%" (SHINE, 2010, p.07)

Shine (2010) efetuou pesquisa sobre a atuação do psicólogo diante das demandas de guarda e coloca que, dentre as "armas" utilizadas pelos pais na batalha pela guarda dos filhos, está a avaliação psicológica para determinação de guarda de crianças. Ao mesmo tempo então que a avaliação é um recurso ao magistrado no exercício de sua função e uma das mais importantes e complexas modalidades de atuação do psicólogo, é uma arma para os pais que fantasiam poder derrotar o outro genitor na disputa.

Não entrar em uma armadilha em que a avaliação possa ser utilizada para aumento das posturas e sentimentos bélicos dos pais, deve ser então, uma das preocupações que o psicólogo precisa ter como foco em seu trabalho. Lago e Bandeira (2008) chamam a atenção para que o psicólogo tenha em mente que a questão que precisa nortear sua avaliação em casos de disputa de guarda é necessariamente o "o que é melhor para a criança", mesmo porque, conforme exposto por Silva (2012), é preciso estar atento quando existem filhos envolvidos em um litígio porque as crianças são capazes de perceber facilmente os efeitos nocivos de uma situação de desequilíbrio familiar, pois estas sofrem os maiores prejuízos, emocionais e comportamentais.

A psicanálise alerta para uma impossibilidade de responder ao juiz na mesma proporção das perguntas feitas pelo sistema judicial. O que faz um psicólogo que trabalha com a Psicanálise diante do sujeito que não quer estar ali? Nesta perspectiva, o perito mantém seu lugar de observador e reproduz discursos enquanto que o psicanalista propõe uma escuta das questões latentes que marcam o discurso e tenta levar o indivíduo a um questionamento sobre o que o mantém ali na cena jurídica. (MIRANDA JUNIOR, 2010)

Este questionamento guiado pelo não dito do discurso coloca o psicanalista diante da diferença entre disputa e conflito. A disputa, ou litígio, resume-se ao tema do processo judicial, por exemplo; a guarda dos filhos, já o conflito é mais amplo e envolve aspectos afetivos inconscientes ou pré-conscientes que não aparecem naquilo que o sujeito avaliado apresenta em suas falas e nos autos processuais. (GERMANO, 2017). Trabalhar esta diferença é importante para a crítica do modelo pericial como norteador do trabalho do psicólogo forense.

Em se tratando de intervenção, já é possível perceber um movimento cada vez mais frequente por parte dos psicólogos para que a contribuição da Psicologia à Justiça possa ir além do meramente avaliativo e daquilo que se denomina “atuação pericial”. A crítica ao modelo pericial que perpassa o trabalho do psicólogo forense pode ser pensada a partir da ideia psicanalítica de demanda e de conflito. A demanda que chega ao psicólogo perito é essencialmente uma ordem para responder aos interesses judiciais e Miranda Junior (2010) chama a atenção para os possíveis desencontros entre o que chama de “cena jurídica” e “cena psicanalítica”. O sujeito periciado não quer estar com o psicólogo, o fazendo basicamente por uma ordem processual e isto tem reflexos na forma como este mesmo sujeito se expressa diante do psicólogo.

De acordo com o manual de referências técnicas para a atuação do psicólogo nas Varas de Família (BRASIL, 2010), vários estudos apontam que existe uma expectativa de profissionais do Direito para que a intervenção psicológica aconteça no sentido de alterar o ânimo bélico existente muitas vezes, entre as pessoas envolvidas. Verdi (2012), por exemplo, escreve que a Mediação de conflitos aparece exatamente

como possibilidade ao psicólogo de realizar outras intervenções que não apenas a pericial. Verdi ressalta em seu texto, que grande parte das disputas de guarda não resulta de discordâncias entre os genitores a respeito do que seria melhor para seu filho, mas sim dos ressentimentos sobreviventes à convivência e ao desenlace conjugal. Assim, o conflito é, quase sempre, de outra ordem. Por isso mesmo, o objetivo da Justiça, e por extensão da psicologia jurídica, não pode ser apenas o de identificar o “melhor” genitor para conceder-lhe a guarda. A questão é bem mais complexa.

Diante desta complexidade a atuação do psicólogo nas demandas de disputas de filhos em âmbito jurídico, pode e deve se munir da mediação. Através dela, temos a possibilidade de trabalhar os conflitos que envolvem a relação destes pais com seus filhos para que estes não sofram (ao menos em demasia) a carga de angústia advinda da situação. Mesmo não sendo uma psicoterapia, a mediação pode produzir efeitos terapêuticos quando consegue estabelecer comunicações antes infrutíferas.

O lugar do mediador, como alternativa ao trabalho do perito, pode ser pensado a partir do conceito de lugar do analista tal como aparece na literatura psicanalítica em Lacan e Nasio. (GERMANO, 2017). As aproximações entre os conceitos permitem ao psicanalista o manejo de situações de intervenção junto ao sujeito periciado que irão movê-lo em direção ao questionamento de suas motivações. Ao psicanalista mediador cabe a sustentação de um lugar de escuta e de provocações quanto aos interesses reais do sujeito que podem levá-lo a criar um novo sentido para o processo judicial, principalmente com a possibilidade de uma comunicação saudável com a outra pessoa envolvida, como as situações de pais disputando os filhos.

Mediação de conflitos familiares e a Psicologia

Filpo, Lupeti e Nunes (2015) definem mediação como um método autocompositivo de resolução de conflitos por meio do qual as partes em litígio são auxiliadas por um terceiro neutro e imparcial para que elas próprias possam chegar a uma solução adequada. O termo “autocompositivo” diz respeito ao protagonismo das partes na definição do que é melhor para si mesmas. A mediação visa ser um procedimento informal em que as partes aderem voluntariamente, e é realizada em espaços confidenciais aos quais somente têm acesso os mediandos e os mediadores.

A aplicabilidade da mediação é ampla e também é estendida ao judiciário. A partir do exposto por Trentin e Trentin (2016), a resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) formalizou o deslocamento dos processos judiciais para os centros de mediação dos Tribunais, com o intuito de permitir que os conflitos (judicializados) pudessem ser resolvidos a partir do consenso entre os envolvidos.

Em outras palavras, a atividade decisória do Juiz foi deslocada para as próprias partes. Inclusive, conforme frisam os mesmos autores, o artigo 3º da Lei 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil, versa que a mediação deve ser estimulada no curso do processo judicial, também introduzindo a audiência de mediação como ato processual obrigatório. (TRENTIN e TRENTIN, 2016). Ademais, em 2015, foi sancionada no Brasil a Lei de Mediação (Lei 13.140) que institui a mediação judicial e extrajudicial. (Brasil, 2015).

Existem no Brasil entendimentos diferentes a respeito dos chamados métodos alternativos de resolução de conflitos. O próprio termo alternativo é usado em contrapartida aos trâmites usais em um processo judicial e faz com que haja opiniões quanto se a mediação deve ou não ser praticada no Judiciário. Para quem comunga da ideia de que ela não deveria ser praticada no espaço dos Tribunais, o termo alternativo é entendido como uma possibilidade de tratar de conflitos fora do referido espaço, antes da abertura de um processo. (TRENTIN e TRENTIN, 2016)

Quanto a mediação de conflitos familiares, Parkinson (2005) a define como um processo no qual uma terceira pessoa imparcial

ajuda aos envolvidos em uma situação de disputa como resultado de uma ruptura familiar. Enfatiza especialmente os casos de divórcio como fenômenos em que a mediação familiar poderá proporcionar condições de uma melhor comunicação para que as partes envolvidas possam encontrar as melhores formas de lidar com questões fundamentais como filhos e patrimônio por exemplo.

Parkinson (2005) enfatiza diferentes modelos de mediação familiar escrevendo que os mediadores com formação na área jurídica tendem a se aproximar da chamada mediação voltada para o acordo, enquanto os mediadores oriundos da psicologia, terapias de família ou similares, se aproximam com maior frequência da chamada mediação transformativa. A mediação voltada para o acordo parece agradar mais aos operadores do Direito porque permite uma medição mais objetiva dos resultados e proporciona condições de uma postura mais ativa do mediador, dirigindo as partes para o acordo.

A partir da compreensão de que a mediação pode ser exercida também pelo psicólogo dentro do judiciário, propomos um debate sobre o que vem a ser uma mediação em uma instituição judiciária; se é um trabalho que precisa apenas levar as pessoas de encontro a um consenso que seja homologado pela figura do Juiz, o acordo judicial, ou se o importante em uma mediação é a capacidade das pessoas em, através do diálogo, conseguirem transformar uma animosidade em um estado empático e que proporcione, não apenas uma harmonia interna ao indivíduo como também um equilíbrio na relação interpessoal. (GERMANO, 2016; GERMANO, 2017; SOUZA NETO, 2018)

Uma mediação voltada para o acordo, perfeitamente compatível com as demandas dos Tribunais, é um procedimento em que o que está em jogo é uma disputa externa. Luta-se por algo, a partir das posições e interesses de cada pessoa envolvida no processo, sendo o elemento da disputa, sempre algo da ordem da consciência. No princípio de uma mediação orientada para o acordo, está o sistema de negociação conforme exposto por Fisher e Ury (1996), que trabalhavam a partir dos conceitos de posição e interesse nas pessoas envolvidas em uma disputa.

Para Fisher e Uri (1996) posição é uma declaração do que se pretende alcançar, ou seja, qual o resultado preferido por uma e outra

parte. Entendemos a posição como a reação imediata ao problema. Aqui, não se está na capacidade de negociar, pois cada um defenderá sua posição. Já no interesse, existe uma necessidade subjacente ou uma meta que tem que ser satisfeita. Fisher e Uri propõem que se separem as pessoas do problema e que elas possam se centrar em seus interesses e não em suas posições, criando opções para o benefício mútuo. O trabalho do mediador é criar tais condições que favoreçam a mudança da posição para o interesse, favorecendo assim a capacidade de negociação. (FISHER e URI, 1996; AZEVEDO, 2015; GERMANO, 2017; SOUZA NETO, D'AVILA e HONORATO, 2018)

Na mediação dita transformadora, ganham importância os sentimentos e emoções apresentadas pelas pessoas envolvidas na mediação como fatores determinantes da concretização ou não do diálogo. Folger e Bush (1996) enfatizaram que a primeira premissa desta orientação é que a mediação possibilite o potencial de gerar efeitos transformadores nas pessoas envolvidas no processo, melhorando a comunicação sobre o conflito e consequentemente construindo uma relação mais saudável entre elas.

A proposta da mediação transformadora defende que o acordo não é o objetivo principal a ser alcançado e que mais importante é que haja a possibilidade de mudança na relação entre os envolvidos. Aqui, pensamos que o interesse da mediação transformadora são os conflitos latentes e não apenas a disputa judicial consciente das partes em litígio e neste sentido, torna-se uma abordagem muito próxima das questões emocionais de cada participante. Teoricamente, o mediador com formação em psicologia teria maiores chances de conduzir de forma eficaz este trabalho. (BRANDÃO, 2014; GERMANO, 2015; GERMANO, 2016)

Os mediadores que possuem formação em Psicologia tendem a ter maior facilidade na condução da resolução dos conflitos, considerando que possuem vasto repertório de habilidades, técnicas e conhecimentos específicos para lidar com as questões emocionais dos envolvidos. Em mediação familiar tratam-se de questões mais delicadas, como separação, guarda e a comunicação entre o mediador e as partes deverá ser mais cuidadosa. A falta de comunicação ou a comunicação não apropriada tornam ainda mais difícil a realização da

mediação e podem gerar mais conflitos. Dessa forma, a comunicação deve ser direta, autêntica e desprovida de artifícios e jogos de poder. (BARBIERI e LEÃO, 2013)

Barbieri e Leão (2013) apontam que dentre as técnicas de mediação, a escuta ativa, é uma das primeiras e principais técnicas a serem utilizadas no processo de mediação pelo psicólogo nesta função. Facilita o processo e promove a participação das partes. A repetição, outra técnica bastante utilizada, em que o mediador repete o que escutou da parte com suas próprias palavras, a fim de assegurar que a compreensão ocorreu. A técnica da percepção/sensação diz respeito a captar as emoções que estão por trás das palavras e é de grande importância no processo de mediação; o profissional de psicologia deve estar atento aos não-ditos.

Outra técnica utilizada pelo psicólogo é fazer perguntas acolhedoras e empáticas, para a busca e compreensão de informações pelas partes e a consequente apresentação de novos caminhos para a solução do conflito. As perguntas também podem ser reflexivas, induzindo os indivíduos a se auto questionarem a respeito do que foi dito por eles. Por fim, a técnica de análise e síntese tem o objetivo de estabelecer uma compreensão geral do que está se passando no processo, evitando distorções. Na síntese se fará um resumo de todos os pontos trazidos pelas partes na mediação. O resumo é seguido de confirmações, para que seja compreendido o que de fato cada um quis expressar.

Para Barbieri e Leão (2013), muitas das habilidades e técnicas citadas acima – as quais devem pertencer a qualquer profissional que atue no processo de mediação – correspondem ao exercício profissional do psicólogo. Assim, com as supracitadas técnicas, bem como com os aspectos da imparcialidade e neutralidade, e principalmente com o aspecto do sigilo, o psicólogo enquanto mediador deve atuar de forma ética, respeitando assim os preceitos morais inerentes a profissão. O psicólogo que exerça essa função tem que estar bem preparado prático e teoricamente, assim como em contínua capacitação e aperfeiçoamento para mediar questões de família, o que implica levar em consideração os aspectos emocionais da relação e saber, minimamente, lidar com elas.

Barbieri e Leão (2013) mostram a importância do profissional formado em Psicologia atuando como mediador nos conflitos familiares, mas relembram a necessidade da interdisciplinaridade no êxito do processo de mediação. A partir deste escopo, as autoras enfatizam que conflito está inerente às relações humanas, e pode muitas vezes promover o crescimento pessoal, assim como por outro lado, pode também trazer sofrimento para os envolvidos. Os conflitos de família em especial, estão acompanhados de intensos sentimentos e muitas vezes necessitam-se da continuidade da relação entre as partes, mesmo após o divórcio ou separação. A mediação é um dos métodos para que sejam resolvidos os conflitos de forma consensual.

Brandão (2014) escreveu que o trabalho com elementos emocionais que ultrapassam o discurso objetivo, manifestando a subjetividade e aquilo que em psicanálise ficou conhecido como o inconsciente, transferências e contratransferências presentes na conduta e no discurso dos participantes, tornam a mediação realizada por psicólogos, bastante distinta de quando são conduzidas apenas por profissionais que não dominam estes fenômenos, como no caso dos operadores do direito.

Ademais, a indicação do psicólogo como um profissional com perfil para a prática da mediação, também foi ressaltada por Parkinson (2006). A autora chama a atenção para o risco do profissional de saúde confundir a mediação com terapia e assim, se afastar dos reais objetivos propostos. Nesse sentido, o psicólogo estaria mais predisposto a cometer tal erro devido as características específicas de sua graduação.

Conclusão

Este artigo explorou a ideia de transição do trabalho do psicólogo dentro das Varas de Família. Partindo de um trabalho essencialmente pericial por meio de estudos que subsidiam as decisões por sentença judicial, o profissional psicólogo também passou a trilhar um caminho que envolve a prática de intervenções psicológicas diante das demandas judiciais. A prática aqui enfatizada foi a mediação

de conflitos, uma intervenção necessariamente interdisciplinar que comporta também a atuação do psicólogo como facilitador do diálogo entre pessoas que se encontram em conflitos, ajudando a que elas cheguem a uma resolução da divergência. As duas formas de atuação caracterizam hoje o psicólogo jurídico.

Em que pese que o psicólogo no exercício de suas funções de cunho “pericial” dentro das Varas de Família, esteja na prática, normalmente acompanhado pelo profissional do Serviço Social, a especificidade do psicólogo não depende desta parceria. Na mediação, a prática realizada precisa incluir aspectos interdisciplinares vez que as matérias trazidas para a mediação, por mais que envolvam sentimento das pessoas, também comportam elementos sociais e principalmente jurídicos. O psicólogo então constrói obrigatoriamente, um novo lugar enquanto mediador e que o diferencia da sua condição original oriunda da graduação.

Referências

AZEVEDO, A. G. Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição. Brasília. Brasil, 2015. Lei nº 13.140. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm

BARBIERI, C. M e LEÃO, T. M. S. O papel do psicólogo jurídico na mediação de conflitos familiares, 2013. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0660.pdf>

BRANDÃO, E. P. A interlocução com o direito à luz das práticas psicológicas em Varas de família. In: GONÇALVES, H. S e BRANDÃO, E. P. (Orgs). Psicologia jurídica no Brasil. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2014.

BRASIL. Normas técnicas para atuação do psicólogo nas Varas de Família. 1º ed. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2010.

FILPO, K. P. L, LUPETTI, B & NUNES, T. B. C. Formalidade e Confidencialidade da Mediação de Conflitos em Perspectiva Comparada. Experiências Empíricas no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. IV ENADIR. Grupo de Trabalho número 15 – Processo, Construção da Verdade Jurídica e Decisão Judicial, 2015. Disponível em: <http://www.enadir2015.sinteseeventos.com.br>

FISHER, R. URY, W. Obtenga el sí: El arte de la negociación sin ceder. Barcelona: Ed.Gestión, 1996.

FOLGER, J; BUSH, B. Transformative mediation and Third-Party Intervention. Mediation Quaterly, vol 13, nº 04, 1996. Disponível em

GERMANO, Z. Psicologia jurídica e psicanálise: Reflexões teóricas e práticas. São Paulo: Baraúna, 2017.

GERMANO, Z. Pensando a mediação judicial em casos de alienação parental. Revista Saberes da Amazônia. Porto Velho, volume 01, nº 03, 2016.

LAGO, V. M; BANDEIRA, D. R. As práticas em avaliação psicológica envolvendo disputa de guarda no Brasil. Revista Avaliação psicológica, 7 (2), p. 223-234, 2008.

LIMA, V. V. Espiral construtivista: uma metodologia ativa de ensino-aprendizagem. Interface. (Botucatu) [online], vol.21, n.61, pp.421-434, 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1414-32832017000200421&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acessado em julho/2017.

MIRANDA JUNIOR, H. C. Um psicanalista no tribunal de família: a prática na interface Direito e Psicanálise. Belo Horizonte: Artesã, 2010.

PARKINSON, L. Mediación Familiar Teoría y Práctica: Principios y estrategias operativas. Barcelona: Gediza Editorial, 2005.

SHINE, S. K. A espada de Salomão: A Psicologia e a disputa de guarda de filhos. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

SILVA, D. M. P. Mediação e Guarda Compartilhada: Conquistas para a Família. Curitiba: Juruá Editorial, 2012.

SOUZA NETO, Z. G; D'AVILA M.; HONORATO, B. G. O conflito familiar atendido em mediação judicial: um estudo de caso. In: BATISTA, E. C e SOUZA NETO, Z. G. Psicologia e interdisciplinaridade na Amazônia: educação, saúde e sociedade. Curitiba: CRV, 2018.

TRENTIN, T. R. D e TRENTIN, S. S. Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ, 2016. Disponível em: <http://ambitojuridico.br>

VERDI, M.S. A Mediação e a contribuição da psicologia à justiça. Revista Barbarói, Santa Cruz do Sul. Ed esp, p. 31-41, jan/jun, 2012.

Débora Cândida de Paula Rubira

Advogada. Especialista em Direito para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Graduada em Direito na Faculdade de Rondônia - FARO. Atua como advogada

Úrsula Gonçalves T. F. Souza

Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR e Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON (2019). MBA em Gestão em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2010). Especialista em Direito Material e Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2004). Graduada em Ciências Jurídicas pela Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso - FUCMT (1992). Atuou como Defensora Pública no Mato Grosso do Sul (1993/5) e desde 1995 é juíza do Tribunal de Justiça de Rondônia, atuando em Varas Cíveis, Juizado da Infância e Juventude e Juizado da Violência Doméstica contra a Mulher. É Coordenadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CEJUSC) de Porto Velho (2018/19). Professora de Direito Civil II da pós-graduação em Direito para a Carreira da Magistratura - EMERON (2015/2019) e de Processo Civil III da Faculdade Católica de Rondônia - FCR (2018/2019). Instrutora interna do Tribunal de Justiça de Rondônia em gestão de unidade jurisdicional, em gestão de pessoas e em mediação e conciliação. Formadora certificada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, com ênfase em Mediação e Conciliação e Gestão de Pessoas. Tutora em EaD - Ensino à Distância. Formação em Constelação Familiar com abordagem de Bert Hellinger.

MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JÚRICO BRASILEIRO

Débora Cândida de Paula Rubira
Úrsula Gonçalves T. F. Souza

RESUMO

Os recentes progressos da biotecnologia, especialmente, no campo da Reprodução Humana Assistida, seguem possibilitando a renovação das esperanças tanto de homens quanto de mulheres com problemas de infertilidades e esterilidade, de tornarem realidade o sonho de serem pais. No entanto, o advento das técnicas reprodutivas suscitou diversos questionamentos ético-jurídicos, notadamente em razão da sua interferência no tradicional processo de criação natural do homem, ao permitir a procriação sem relação sexual. Uma das questões de maior dificuldade, emanada pela utilização das técnicas é a determinação da maternidade dos filhos resultante da técnica de reprodução assistida, envolvendo a maternidade de substituição. Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo verificar as nuances que envolvem a problemática da maternidade de substituição no nosso ordenamento jurídico brasileiro. Procurar limites que possam ser estabelecidos através de normas existentes e estabelecer critérios para exemplificar a necessidade de uma lei específica para os casos.

Palavras chaves: Reprodução Humana Assistida. Maternidade de substituição. Regulamentação específica. Biotecnologia.

Introdução

A humanidade vem presenciando inúmeros avanços científicos e na seara da biomedicina não poderia ser diferente. Antigamente, a

única possibilidade para os casais inférteis ou estéreis de alcançar a maternidade e a paternidade era através da adoção.

No entanto, a partir do desenvolvimento das tecnologias reprodutivas, a reprodução assistida permitiu a esses casais, a possibilidade de realizar o desejo de ter filhos, provenientes de seu patrimônio genético.

Dentro da técnica de reprodução assistida encontra-se a maternidade de substituição, que acontece através da fertilização in vitro do óvulo da mãe com os espermatozoides do pai, que é implantado diretamente no útero de uma doadora, que servirá como abrigo para o crescimento e desenvolvimento desse embrião.

Acontece que este procedimento trouxe confrontos em conceitos que são basilares no direito de família, como: maternidade, paternidade, filiação e, conseqüentemente, a responsabilidade parental.

No nosso ordenamento jurídico não existe uma legislação específica que verse a respeito da maternidade de substituição. Existe apenas a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina que dispõe sobre possíveis parâmetros para sua incidência. Mas esta resolução não possui força normativa e nem dispõe sobre possíveis sanções.

E o direito tem o dever de acompanhar as transformações sociais e tecnológicas ocorridas no seio da sociedade. Desta forma, mostra-se necessário avaliar de que forma o sistema jurídico deve agir diante desses casos.

Com isso, o trabalho objetiva analisar as preocupações frente aos aspectos éticos, morais, sociais e jurídicos com relação à prática da maternidade de substituição; verificar as experiências do direito comparado; pontuar os principais questionamentos relacionados à filiação, comercialização de útero e demonstrar a necessidade de uma legislação específica.

Desta forma, esclarecer-se-á no primeiro capítulo o que é a reprodução humana medicamente assistida, assim, como as técnicas mais conhecidas e utilizadas. O segundo e o terceiro capítulo trazem um estudo sobre os aspectos técnicos da prática da maternidade de

substituição e seus principais conceitos.

Nos capítulos seguintes serão abordadas as experiências do direito comparado, bem como, os principais limites e marcos regulatórios no ordenamento jurídico brasileiro envolvendo esta prática, incluindo as resoluções do Conselho Federal de medicina e jurisprudências.

Para o desenvolvimento deste artigo optou-se pela pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a, livros, artigos científicos, endereços eletrônicos, jurisprudência ao jornalismo, bem como às legislações estrangeiras.

Aspectos Técnicos da Prática da Maternidade de Substituição

A reprodução humana sempre foi um tema em destaque, devido à necessidade do homem em dar seguimento à descendência familiar, de transmitir sua tradição, seu nome e seus valores.

Atualmente com o avanço da tecnologia e da medicina, os casais estéreis e inférteis que desejam superar a impossibilidade de procriação natural têm à sua disposição um meio legítimo de satisfazer o seu desejo através das técnicas de reprodução humana assistida.

E dentre essas técnicas, Torres (2009) diz que se encontra a maternidade de substituição que é realizada por um médico especializado em reprodução assistida, e é indicada para mulheres que possuem problemas médicos que a impeça ou contraindique de conceber um filho, tais como: a perda de útero, miomas grandes, malformações, sinéquias inoperáveis, endométrio que não se desenvolve, útero infantil, Rh negativo com sensibilização ao fator Rh, doenças transmissíveis ao bebê durante a gravidez e etc.

Através desse procedimento, a mulher poderá ter um filho formado a partir de seu óvulo e do espermatozoide de seu marido, tornando-se mãe genética de um filho gerado no útero de uma outra mulher (doadora de útero).

Conforme explica Torres (2009) após conseguir os gametas, o médico aplica a fertilização em laboratório para unir as duas células

e formar o zigoto (primeira célula do corpo humano, com o material genético completo para o desenvolvimento e nascimento de um indivíduo). O zigoto, na etapa seguinte, é transferido para a doadora de útero onde se desenvolverá até o nascimento.

Através da transferência de embriões para o útero, devem ser observados critérios bastante delicados. Mas só a transferência de um embrião não garante uma gravidez, sendo menor a possibilidade de sucesso quando a mulher estiver em idade avançada. Por isso são transferidos mais de um embrião para o útero. “[...] É necessário calcular o número adequado a uma razoável probabilidade de êxito. Quanto maior o número de embriões transferidos, maior a possibilidade de uma gravidez múltipla” (TORRES, 2009, p.11).

Os primeiros casos clínicos relativos à maternidade de substituição foram constatados em 1978 no Japão e em 1975 nos Estados Unidos. Esse procedimento gerou muita polêmica e trouxe várias indagações, passando a ser conhecido popularmente como “barriga de aluguel” (GOULART, 2014).

Pessini & Barchifontaine (2000), conceituam; a maternidade de substituição da seguinte forma “[...] nos casos em que a mulher não pode ou não quer engravidar, existe a possibilidade de recorrer a “mães de aluguel”, as quais se comprometem a suportar a gravidez, e depois do parto, a entregar a criança ao casal”.

Já para Silva (2003) “[...] esta técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do zigoto ou quando a gravidez apresenta risco para a mãe”.

Dias (2011) afirma que: “[...] a gestação por substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a mãe de aluguel obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho”.

Através desses conceitos é possível perceber que a maternidade de substituição se apresenta como um tema complexo e bastante delicado, pois envolve questões éticas, psicológicas, jurídicas, financeiras e morais. Existem aqueles que condenam a prática e aqueles que reconhecem ser totalmente possível a utilização e

regulamentação dessa técnica em nosso ordenamento jurídico.

Experiências do Direito Comparado

Diferentemente da legislação pátria, vários outros países dispõem de dispositivos legais coercitivos acerca do tema em questão, relacionando-o, não só com o Direito Civil, mas também com as esferas administrativas e até mesmo criminais.

Na Espanha, por exemplo, a maternidade de substituição (maternidad subrogada) é considerada ilícita, pois é vedada à mulher que renuncie da maternidade em prol de outrem, levando em conta que o corpo humano não pode ser utilizado, de nenhuma forma, como objeto de um contrato, ou seja, está fora do comércio jurídico. Assim, qualquer documento que dispuser de parte do corpo humano será cominado de nulidade conforme prevê os artigos 1.305, 1.306, 1.271 e 1.275, todos do Código Civil Espanhol.

Conforme relata Luz (2009), na Espanha, a maternidade de substituição é vedada, mas se caso ocorrer um nascimento desse tipo, a filiação será determinada pelo parto, conforme prevê o artigo 10 da Lei nº 35/1988.

Em Portugal, a maternidade de substituição também é considerada ilícita, sua vedação está expressamente prevista no artigo 8º, da Lei nº 32/2006, de 26 de Julho. Há inclusive em seu artigo 39 determinações acerca da punição para aqueles que desrespeitarem o disposto no artigo 8º, quais sejam:

“1 – Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2 – Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias”. 1

1 PORTUGAL, 2006, ob. cit.

Na Itália, não há uma legislação expressa a respeito da prática da maternidade de substituição, mas em razão da grande influência que sofre da Igreja Católica, que é contra a reprodução assistida, é necessária uma autorização do Juizado de Menores para a realização da inseminação, não sendo permitido a sua comercialização, e o casal pretendente deve demonstrar a capacidade para educar e manter o filho. Quando os pais pretendentes já tiverem dois filhos não será permitida a inseminação heteróloga, mesmo sendo estes filhos adotados.

Nos Estados Unidos a maternidade de substituição surgiu há mais de trinta anos, logo depois do nascimento, na Inglaterra do primeiro bebê concebido por fertilização *in vitro*. E cada estado possui seu próprio regulamento acerca da reprodução humana assistida. Na Geórgia e Oklahoma, por exemplo, é necessária a autorização expressa do cônjuge ou companheiro e não há possibilidade de vínculo do doador com a criança. Já em relação à maternidade de substituição, a mulher que conceber a criança será considerada mãe e o casal pretendente deverá adotá-la.

Aposição mais liberal, em que se admite abertamente a contratação da maternidade de substituição de forma gratuita e onerosa, é encontrada nos estados americanos de Arkansas e Nevada” Abreu (2008), e na Índia, que aliás, tem posição de destaque em relação à maternidade de substituição, pois a liberdade de contratação é bem ampla, admitindo, inclusive, o estabelecimento de deveres anexos de conduta para a gestante, como por exemplo de permanecerem durante toda a gestação em alojamentos vinculados à clínica, onde convivem com uma rotina criteriosa até o nascimento e entrega da criança aos pais contratantes. Entretanto, Borges (2012) afirma que a contratação na Índia só é permitida para casais formados por homem e mulher, que sejam casados há pelo menos dois anos, pessoas solteiras e homossexuais estão excluídos da prática.

Já no Reino Unido, Borges (2010) assinala que só é admitida a maternidade de substituição de forma gratuita, e desde que o consentimento da gestante se aperfeiçoe seis semanas após o parto. Nos países: Canadá e Grécia, Otero (2010) diz que, adotam a mesma

regra, condicionando a contratação à gratuidade e ao consentimento qualificado que, no Canadá, pode ser aperfeiçoado somente após os vinte e um anos de idade da gestante e, na Grécia, mediante autorização judicial.

Na Argentina também não há uma regulamentação específica, sobre a prática da maternidade de substituição, segundo Valente (2013). Mas essa situação está prestes a mudar graças a um projeto de lei que iniciou o trâmite no Congresso.

O Brasil não proíbe e tampouco admite expressamente negócios jurídicos envolvendo a maternidade de substituição. Não há uma lei específica sobre o tema em vigor, o que há são resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) e um provimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Os dois instrumentos infralegais tratam da chamada “barriga solidária”, e serão aprofundados no tópico seguinte.

Os Limites e Marcos Regulatórios do Ordenamento Jurídico Brasileiro

Critérios que devem ser observados segundo as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM)

Nos últimos anos o desenvolvimento biotecnológico e biomédico aumentou consideravelmente trazendo implicações para o indivíduo e para a sociedade, criando inúmeras possibilidades no sentido de solucionar, ainda que paliativamente, a infertilidade. As mudanças são notadas e influenciam não somente as relações privadas, mas trazem consequências sociais onde é necessário ter como base paradigmas de dignidade humana, moral social e ética a fim de que se possa lidar de uma maneira adequada com o desenvolvimento para que não traga consequências prejudiciais para a sociedade atual.

Como dito anteriormente, não há no Brasil uma legislação específica que regule a prática da maternidade de substituição, existem apenas projetos de lei no Congresso Nacional a esse respeito, mas nenhum chegou a ser devidamente aprovado para acabar com a

ausência normativa.

Atualmente, dispomos apenas da resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM) e o provimento nº 52 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e, por essa razão, para julgar os conflitos decorrentes desse tipo de gestação, os juízes e os tribunais utilizam técnicas de integração, como, por exemplo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito; bem como da referida resolução.

Apesar da resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina ser a única que trata do tema hodiernamente em vigor, existiram outras antes dela.

Em 1992, o Conselho Federal de Medicina na tentativa de estabelecer critérios para as técnicas de reprodução assistida, publicou no dia 19 de novembro a resolução nº 1.358/92.

Essa norma explanava a respeito da maternidade de substituição em seu capítulo VII.

RESOLUÇÃO nº 1.358/1992

Capítulo VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

1 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. 2

Segundo esta resolução, as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana poderiam utilizar as técnicas de reprodução humana assistida para criar a gestação de substituição, nos casos em que a mãe dona do projeto parental (mãe genética) apresentasse

2 - BRASIL, R. C. (19 de 11 de 1992). RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992 Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Acesso em 17 de 10 de 2017, disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm

problema de saúde que a impedisse ou contraindicasse de conceber filhos de forma natural ou através de outras técnicas de reprodução.

Ademais, estipulou que as doadoras temporárias do útero deveriam pertencer à família da mãe genética, num parentesco até segundo grau, ou seja, apenas a mãe, a irmã ou a avó da mãe genética é que poderiam ser doadoras de útero, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. Também instituiu que a cessão temporária do útero não poderia ter caráter lucrativo ou comercial. (MACHADO, 2013).

Após 18 anos em vigência, o Conselho Federal de Medicina decidiu alterá-la devido aos avanços técnico-científicos e modificações de comportamento da sociedade, dando origem a resolução nº 1.957/10.

Embora, tenham ocorrido várias mudanças com relação às técnicas de reprodução humana assistida, na resolução nº 1.957/10, não houve alteração em relação à maternidade de substituição. E diferentemente da resolução nº 1.358/92, permaneceu em vigor por apenas 3 anos, sendo, revogada no dia 9 de maio de 2013 pela resolução nº 2.013/13.

A resolução de 2.013/13, ao contrário da resolução anterior, trouxe significativas alterações no que diz respeito à utilização da técnica de reprodução assistida, principalmente no tocante a maternidade de substituição. Uma delas foi a permissão do uso das técnicas em prol dos relacionamentos homoafetivos.

Além disso, determinou que mulheres acima de 50 anos não pudessem ser submetidas a técnica de reprodução assistida. E ampliou a lista das pessoas que podem fazer a doação temporária do útero, estendendo para até o 4º grau de parentesco, ou seja, podem ser doadora de útero as mães, irmãs, avós, tias e primas, bem como, poderá ser da família de qualquer um dos parceiros.

A Resolução 2.013/13 acrescentou ainda um último inciso muito importante que deve ser seguido pelos interessados (pais genéticos) em participar da maternidade de substituição e pelas clínicas que realizam esta técnica de reprodução assistida. “Para que ocorra a realização da técnica de gestação de substituição é necessário que ambos os partícipes assinem o termo de consentimento, demonstrando que houve o devido esclarecimento sobre todo o

procedimento a ser realizado” Machado (2013).

Em relação à doadora de útero a referida resolução, estabeleceu que esta deverá apresentar a clínica responsável pelo procedimento, um relatório médico com o seu perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional para a realização da gestação de substituição. Estipulou também a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, caso a doadora de útero necessite, até o puerpério.

Em se tratando da filiação Machado (2013) salienta que:

A respeito da filiação, a Resolução 2.013/13 enfatizou que deve ser constituído um contrato entre as partes envolvidas esclarecendo a respeito da mesma. Ainda, para que não ocorra nenhum problema referente à maternidade e paternidade é necessário que durante a gestação o registro civil da criança já seja providenciado.

Desse modo, podemos afirmar que a resolução nº 2.013/13 no âmbito médico social sanou muitas dúvidas existentes acerca da maternidade de substituição. Mas no dia 24 de setembro de 2015, foi revogada pela resolução nº 2.121/15 que trouxe singelas modificações a respeito da maternidade de substituição.

A resolução nº 2.121/2015 permitiu que as mulheres com mais de 50 anos pudessem engravidar utilizando as técnicas de reprodução assistida, sem depender da autorização dos Conselhos Regionais de Medicina, desde que, junto com seu médico, assumam os riscos de uma gravidez tardia. E manteve as regras quanto ao grau de parentesco, substituindo o termo “contrato” por “termo de compromisso” entre os pacientes e a doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

Entretanto, esta resolução, foi revogada pela resolução nº 2.168/17, que atualmente é a resolução do Conselho Federal de Medicina que prevalece em vigor.

Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina atualizou as novas regras para utilização das técnicas de Reprodução Assistida no Brasil, por meio da Resolução 2.168/17, publicada no dia 10 de novembro 2017 e fez algumas alterações a respeito da maternidade de substituição.

A resolução ampliou a possibilidade de cessão temporária do útero por familiares em grau de parentesco consanguíneo. Antes, somente familiares ascendentes (como avó, mãe e tia) poderiam receber o óvulo da doadora genética.

Agora, descendentes (como filhas e sobrinhas) também podem ceder o útero para a realização da gestação de substituição. Segundo Calente (2017), esta mudança “[...] foi adotada, porque as famílias estão cada vez menores o que dificultaria a reprodução com a utilização da barriga solidária”.

Ademais, através da nova resolução, pessoas solteiras (homens ou mulheres) também passam a ter o direito de utilizar esse recurso.

A resolução, também substituiu a terminologia “doação temporária de útero” por “cessão temporária de útero”.

Entretanto, embora tenha feito todas essas modificações, a resolução atualmente vigente, não tem força vinculante (norma infralegal), tem natureza meramente deontológica, não implica em nenhuma sanção, revela-se ainda uma norma precária no intuito de suprir a ausência de disposições legais.

Filiação com relação à maternidade de substituição segundo o direito civil brasileiro

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a maternidade, é tradicionalmente presumida através dos sinais de gestação e posteriormente pelo parto.

Entretanto, com bem ressaltou Amorim (s.d.) “[...] a maternidade e a paternidade biológica estão cedendo espaço para a verdadeira parentalidade, que pode decorrer ou não do fator biológico, mas que

está fundamentalmente assentada num ato de vontade, derivado do desejo de ter filhos”.

Segundo Diniz (2007), filiação é o vínculo existente entre os pais e filhos, decorrente de uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial.

Quando se trata da maternidade, para o autor Rizzardo (2011) “[...] tradicionalmente, ou segundo as leis vigentes, a verdadeira mãe é aquela que dá a luz a criança, ou a que pariu. A criança que é parida seria a evolução, em seu ventre, de um óvulo produzido e fecundado em seu próprio corpo”.

No entanto com o avanço tecnológico da reprodução humana assistida, sobretudo na maternidade de substituição, mudanças ocorreram no processo natural da gestação, haja vista que, certas funções acabam sendo distribuídas a mais de uma mulher.

Neste mesmo sentido Silva (2017) afirma que:

As técnicas de reprodução humana medicamente assistida possibilitam a utilização de meios que alteram a base do vínculo de filiação [...] Mãe é normalmente a mulher que, desejando ter um filho, o concebe e dá à luz uma criança, entretanto a ciência trouxe a dissociação desses fatores, tornando necessário o conhecimento de outras circunstâncias, para afirmar quem é a mãe.

Sem uma lei específica, a maternidade de substituição dá origem a diversas dúvidas e, uma delas, deriva da dificuldade de determinação da maternidade. Considera-se mãe biológica, a mulher que doou o material genético responsável pela formação da criança ou a mulher que gestou por nove meses esta criança.

A paternidade também pode ser questionada, pois, se considerado que a verdadeira mãe é aquela que gestou a criança e não aquela quem forneceu o óvulo responsável pela sua formação, de acordo com o artigo 1597 do Código Civil, presume-se que o pai é o marido daquela que concebeu a criança.

Entretanto, quando a maternidade de substituição for concretizada, de acordo com Gama:

“(...) Nesse sentido, considerando a existência da relação sexual entre o homem e a mulher, mas verificando que a conjunção carnal foi substituída pela vontade vinculada a determinados outros pressupostos, como o projeto parental, é fundamental reconhecer que, para o Direito, apenas será mãe a mulher que desejou procriar e não a mulher que engravidou (GAMA, 2003, p. 94).

A I Jornada de Direito Civil, de 2002, tratou acerca da filiação quando há intervenção científica na maternidade. O enunciado de número 129 da referida Jornada, dentre outras coisas, estabeleceu que:

Justificativa: [...]

Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada (CASTRO, 2014)

A gestação de substituição faz parte das técnicas de reprodução assistida, e, sendo assim, conforme o enunciado, é considerada mãe aquela que doou o material genético, e não aquela que emprestou o útero e gestou a criança.

“Apesar de não possuir força de lei, o enunciado 129 pode ser utilizado pelos magistrados para o fim de resolver conflitos que surjam entre a doadora do material genético e a doadora do útero no que corresponder à filiação da criança” Castro, (2014).

Provimento nº 52, de 14 de março de 2016 do Conselho Nacional de Justiça

A Corregedoria Nacional de Justiça publicou no dia 14 de março de 2016, o provimento nº 52, que regulamenta a emissão de certidão de

nascimento das crianças cujos pais optaram pela técnica de reprodução assistida, inclusive mediante maternidade de substituição.³

Antes do referido provimento, não havia no nosso ordenamento jurídico uma norma que regulamentasse o registro de nascimento das crianças geradas por meio da reprodução assistida. “Era necessária uma decisão judicial, para que os casais que utilizassem dessa técnica pudessem conseguir que seus nomes constassem no registro de nascimento de seus filhos” Dias (2011).

De acordo com o provimento é necessário que os pais estejam cientes da relação de documentos exigidos para o registro de nascimento de seus filhos, os quais diferem da fertilização in vitro e da maternidade de substituição.

Segundo Assumpção & Assumpção (2016), a relação de documentos é exigida tanto para casais heteroafetivos quanto homoafetivos, diferenciando-se apenas no método de reprodução assistida. Além disso, no registro homoparental não haverá distinção de ascendência paterna e materna, informação que se mantém no registro de filhos de casais heteroafetivos.

Ainda segundo o provimento, poderão comparecer ao cartório ambos os pais, ou ambas as mães, ou o pai e a mãe, ou apenas um, se forem casados ou conviverem em união estável desde que apresentem certidão de casamento ou certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

Ressalta Assumpção & Assumpção que “[...] para comprovar a manutenção do estado de casado ou a união estável quando do registro do nascimento da criança, será exigida certidão atualizada de casamento ou da escritura de união estável, expedida após o nascimento e há não mais de 90 dias”.

Quando se tratar de maternidade de substituição, não constará no registro o nome da parturiente, ou seja, aquele informado na Declaração de Nascimento Vivo, constando, apenas, o nome dos pais ou mães declarantes. Isso deixa claro que a doadora do útero não terá

3 CNJ. (15 de 03 de 2016). Corregedoria regulamenta registro de criança gerada por reprodução assistida. Acesso em 23 de 01 de 2018, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81780corregedoria-regulamenta-registro-de-crianca-gerada-por-reproducao-assistida>

qualquer direito sobre o nascituro e/ou o bebê, tais como: direito a filiação ou mesmo direito sobre guarda, visita ou pensão alimentícia.

A certidão de nascimento é um direito básico e fundamental, que não pode ser negado a qualquer pessoa que seja, independentemente, da forma de como se deu sua concepção. E através do provimento nº 52 esse direito tornou-se possível e simplificado de ser exercido por aqueles que forem concebidos através das técnicas de reprodução humana assistida.

Vedação da Comercialização de Útero

O fato de não existir uma legislação específica e que impeça diretamente a comercialização de útero, não significa dizer que essa conduta é plenamente aceita pela sociedade ou que não necessite de regulamentação. Pelo contrário, dentre as técnicas de reprodução assistida a da maternidade de substituição é a que mais gera polêmicas quanto à sua utilização.

Para Pedroso (2013):

Acredita-se que a questão mais controvertida, no tocante à maternidade substitutiva, é a jurídica, pois a possibilidade de uma mãe ceder seu útero para gestar o filho de outra, mediante pagamento estipulado por um contrato, não se adapta facilmente aos valores ou às noções convencionais. É difícil apontar com certeza o que perturba as pessoas no que se refere à utilização dessa técnica.

Há aqueles que defendem que oferecer o serviço de maternidade de substituição de forma onerosa se enquadraria no que dispõe o artigo 15 da Lei nº 9.434/97, que prevê que a compra ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano é crime com a pena de reclusão de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias.^{4 5}

Também existem aqueles que entendem que o fato não se

4 BRASIL. 1997. LEI Nº 9.434. (1997). LEI Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997. Acesso em 02 de

5 de 2018, disponível em.: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm

enquadraria no conceito de comprar ou vender tecidos.

A maioria dos doutrinadores concorda que o pacto estabelecido com a finalidade de contratar um útero é ilícito.

Para Miranda (200): “[...] a contratação de gestação tem como objeto a comercialização de parte do corpo humano, visto que no negócio jurídico será utilizado o útero da mãe substituta, não sendo admitido qualquer negociação”.

Apesar da resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina proibir a prática da maternidade de substituição de forma onerosa, através da internet é possível encontrar mulheres dispostas a negociarem o aluguel do útero em fóruns e comunidades para quem não pode ter filhos. Os valores dos contratos de gestação chegam a custar em torno de R\$ 120 mil e o acordo é firmado através de e-mail, e os encontros marcados por telefone.⁶ Segundo os autores Saigg & Barros (2009):

Nos diálogos virtuais, os anúncios prometem sigilo absoluto e oferecem facilidades como o parcelamento do aluguel da barriga em até três vezes: a primeira parcela na confirmação da gravidez, a segunda no quinto mês de gestação, quando normalmente a contratada mostra ultrassonografias do bebê, e a última na entrega do neném. Há candidatas a mães de aluguel que aceitam até ter relações sexuais para engravidar de pessoas estranhas, sem ter que recorrer a clínicas de fertilização.

Afirma a Dra. Karla Zacharias, especialista em medicina reprodutiva da Huntington: “[...] Quando ilegal a situação é ainda mais complicada porque a mãe substituta pode não receber as consultas pré-natais e toda a assistência médica necessária, além do acompanhamento psicológico que é importante para todas as envolvidas”.

Em contrapartida, existem aqueles que defendem a comercialização do útero e, acerca disso, afirma a autora Pedroso (2013) que:

Os que defendem essa prática contratual, rebatem as alegações

6 SAIGG, Mohamed e BARROS, Maria Luísa. (21 de 03 de 2009). Aluguel de útero é negociado por até R\$ 120 mil na internet. Acesso em 17 de 01 de 2018, disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/aluguel-de-utero-e-negociado-por-ate-r-120-mil-na-internet,b61a68f40d94b310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>

supracitadas, sustentando, em síntese, que (a) a remuneração não se refere à venda da criança, mas sim ao serviço prestado pela mulher que teve o útero utilizado para gestar o filho que não é dela; (b) a exploração da pobreza e da ignorância ocorre em todas as esferas das atividades humanas; (c) a falta de cuidados também é comum em mães e pais que geram seus próprios filhos, além disso, é preciso saber que há um contrato de gestação, onde estarão estipuladas obrigações das partes contratantes; (d) os pais que contrataram o serviço da mãe de aluguel pelo contrato são obrigados a assumir a criança, até porque ela não é uma coisa que possa ser devolvida em caso de defeito ou insatisfação; e (e) a mãe de aluguel é uma profissional que presta serviços a casais que não podem gestar seus filhos.

Um dos argumentos utilizados por aqueles que defendem a prática da comercialização do útero é que na maioria das vezes, o processo para conseguir adotar uma criança é muito complexo e burocratizado e que nem todos os casais conseguem ser compatíveis para a adoção.

Além disso, Pedroso (2013) assinala que a prática visa proteger o direito a procriação e a proteção ao direito de livre contratar. Outro motivo para legitimar essa prática seria encarar essa cessão de útero como um “trabalho de amor”, como um ato altruísta da mãe substituta que deseja realizar o sonho de outra mulher, e por essa razão a prática, além de ser permitida, deve ser encorajada. Ademais, tem-se que esse procedimento não é muito diferente de outras práticas já aceitas, como, por exemplo, as demais técnicas de reprodução humana assistida.

Contudo, Castro (2014) acredita que grande parte da doutrina definiria o contrato gestacional ilícito, posto que seu objeto imediato seria a criança gerada pela mãe de aluguel, não obedecendo, portanto a uma das condições para a validade do contrato, qual seja, o objeto lícito. Sendo assim, indiferente se houvesse convenção entre as partes que acarretasse onerosidade ou não, o contrato ainda assim seria nulo perante a justiça brasileira.

Tratamento Jurídico Relacionado à Maternidade de Substituição em Casos Concretos

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso contra a decisão do juiz auxiliar da corregedoria, José Marcelo Tossi Silva, que autorizou a lavratura de assento de nascimento de criança com imputação da paternidade aos fornecedores de materiais genéticos.

Em seu parecer o juiz declarou que o procedimento da maternidade de substituição não é vedado por lei, isso ocorre somente nos casos de caráter comercial. Ademais, afirmou que sua decisão tomou como base o fato de que a doadora de útero, não demonstrou interesse na criança. In verbis:⁷

PARECER Nº 82/2010 PROCESSO Nº 2009/104323

REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS - Assento de nascimento - Filha gerada mediante fertilização in vitro e posterior inseminação, artificial, com implantação do embrião em mulher distinta daquela que forneceu o material genético - Pretensão de reconhecimento da paternidade pelos fornecedores dos materiais genéticos (óvulo e espermatozóide) - Cedente do óvulo impossibilitada de gestar, em razão de alterações anatômicas - “Cedente do útero”, por sua vez, que o fez com a exclusiva finalidade de permitir o desenvolvimento do embrião e o posterior nascimento da criança, sem intenção de assumir a maternidade - Confirmação, pelo médico responsável, da origem dos materiais genéticos e, portanto, da paternidade biológica em favor dos recorridos - Indicação da presença dos requisitos previstos na Resolução nº 1.358/88/1992 do Conselho Federal de Medicina, em razão das declarações apresentadas pelos interessados antes da fertilização e inseminação artificiais - Assento de nascimento já lavrado, por determinação do MM. Juiz Corregedor Permanente, com consignação da paternidade reconhecida em favor dos genitores biológicos - Recurso não provido.

7 SP, Associação dos registradores de pessoas naturais de. (2010). CGJ-SP profere decisão sobre Reprodução Assistida - Processo nº 2009/104323. Acesso em 10 de 02 de 2018, disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2199440/cgj-sp-profere-decisao-sobre-reproducao-assistidaprocesso-n-2009-104323>

Em outro caso, a Juíza Vânia Jorge da Silva, da 6ª Vara de Família Sucessões e Cível (GO), autorizou um casal doador de material genético, a registrar em seu nome uma criança gerada através da gestação de substituição. A autora não podia engravidar, mas conseguiu que sua cunhada concebesse a criança em seu lugar.

“A juíza entendeu que, apesar de não haver uma legislação genérica ou específica sobre o assunto, existem normas de caráter administrativo e ético sobre a cessão de útero, que foram cumpridas integralmente pelos envolvidos no processo” Silva (2017).

Da mesma forma decidiu o Juiz de Direito Luís Antônio de Abreu Johnson, da Vara de Família de Lajeado (RS), autorizando o registro de nascimento de criança concebida através da maternidade de substituição, no nome dos pais doadores do material genético. O juiz relatou “[...] ter o Conselho Federal de Medicina editado a Resolução nº 1.358/92 considerando o avanço do conhecimento científico e a relevância do tema fertilidade humana, com todas as implicações médicas e psicológicas decorrentes”.⁸

Já o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, através da primeira turma, proferiu acórdão que manteve a sentença que concedeu 180 dias de licença maternidade à autora doadora do material genético, sob o fundamento de que se tratava de filiação biológica, o que é diferente da situação de filiação por adoção.

De acordo com o MM. Relator “[...] a autora é, efetivamente, mãe biológica, não importa se a fertilização foi “in vitro” ou com “barriga de aluguel”. Os filhos são sanguíneos e não adotivos. A autora faz jus à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, o que se justifica, sobretudo, por serem 03 (três) os filhos”. in verbis: ⁹

8 TJRS, T. d. (14 de 03 de 2011). BARRIGA DE ALUGUEL – Filho gerado em útero de terceira pessoa deve ser registrado por casal que forneceu material genético. Acesso em 13 de 02 de 2018, disponível em: <http://www.direitolegal.org/primeira-instancia/barriga-de-aluguel-filho-gerado-em-utero-de-terceirapessoa-deve-ser-registrado-por-casal-que-forneceu-material-genetico/>

9 JUDICIÁRIO, P. (2011). APELAÇÃO CÍVEL Nº 534999 PE (0004161-23.2011.4.05.8300). Acesso em 07 de 02 de 2018, disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dir-Familia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>

APELAÇÃO CÍVEL Nº 534999 PE (0004161-23.2011.4.05.8300)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. PRAZO DE 180 DIAS. FERTILIZAÇÃO “IN VITRO” EM “BARRIGA DE ALUGUEL”. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA.

1. Hipótese em que a autora tendo realizado fertilização “in vitro” e gestação em “barriga de aluguel”, em virtude das dificuldades em engravidar, pretende seja reconhecido o seu direito à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta dias) dias e não de 150 (cento e cinquenta) dias como deferido pela UFPE, bem como indenização por danos morais. 2. Devem ser computados aos prazos previstos nos artigos 207 e 210, da Constituição Federal, os prazos estabelecidos nos Decretos nº. 6.690/2008 e 6.691/2008, resultando o benefício de 180 (cento e oitenta) dias para a mãe gestante e 150 (cento e cinquenta) dias para a mãe adotante. 3. A autora é, efetivamente, mãe biológica, não importa se a fertilização foi “in vitro” ou com “barriga de aluguel”. Os filhos são sanguíneos e não adotivos. A autora faz jus à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, o que se justifica, sobretudo, por serem 03 (três) os filhos. 4. Quanto ao pedido de indenização por danos morais, conforme posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o mero dissabor não gera o direito à indenização por danos morais. 5. “O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige”

É possível observar através dessas jurisprudências, que ao decidirem processos que envolvam a maternidade de substituição, os magistrados tomam como base aquilo que demonstra ser o melhor para a criança, como por exemplo, garantir o direito de serem registradas por aqueles que já idealizaram um projeto parental, no caso os pais biológicos.

Necessidade de uma Legislação Específica

Desenvolvidas novas técnicas que alteram conceitos relacionados

a concepções de vida, morte, início e fim da vida, cabe ao direito através de seu legislador buscar se adaptar e regulamentar essas práticas.

Através das técnicas de reprodução assistida, em destaque a maternidade de substituição, a procriação que era um ato complexo e íntimo, tornou-se dissociada. O que antes era algo consumado entre casais, passou a ter a participação de terceiros.

Com a utilização das técnicas de reprodução assistida, segundo Leite (1995) “[...] o pai genético pode ser o marido da mulher que recorre ao procedimento, ou da mãe de substituição. Ele também pode ser um doador anônimo”. Ainda segundo a autora, explica que:

A reprodução fica, aqui, completamente dissociada da gestação e do nascimento. Executada, de comum acordo, pelo casal, levada a termo pela associação do embrião e desta mulher, a reprodução pode deixar de ser decidida em conjunto e ao mesmo tempo pelo marido e pela mulher. Ela pode ser decidida, mas adiada no tempo, os pais genéticos podem ter nenhuma obrigação em relação à criança que vai nascer; a mãe pode limitar sua responsabilidade à gestação; as crianças podem nascer com um só pai e, ainda, podem nascer muito tempo após a morte de seu pai. (LEITE, 1995)

Além disso, ainda existe a preocupação da ligação que pode existir entre a doadora do útero e a criança que ela concebeu.

Nesse sentido, relata Leite que:

A circunstância mais complexa é a ligação emocional que frequentemente se estabelece entre a mãe emprestada e o filho cuja gestação levou a termo. A ética profissional e familiar pergunta: quem tem direito possessivo maior, a mãe genética ou a mãe corporal? Tudo isto deixa dúvida quanto à licitude de tal processo que na prática já foi realizado várias vezes a contento.

Outra questão que também causa preocupação é o interesse financeiro ligado a esta técnica de reprodução, que infelizmente vem se tornando cada vez mais frequente em nossa sociedade. Existe um site “SurrogatFider.com”, cuja finalidade é justamente fazer o cadastro

mundial das pessoas que tem interesse em alugar o útero, vender ou doar óvulos ou espermatozoides e também para aquelas que desejam contratar o aluguel de um útero para gestar o seu filho. E de acordo com o referido site o Brasil lidera com um número de 861 (oitocentos e sessenta e um) cadastros.

Dessa forma, torna-se fundamental, a criação de uma legislação objetiva e suficientemente rigorosa, principalmente no que diz respeito ao aspecto lucrativo e comercial, para evitar a exploração econômica e a violação da dignidade da mulher.

É importante ressaltar também que, o direito a procriação é garantido constitucionalmente, assim como também é dever do Estado promover a efetividade do direito à saúde a todos os cidadãos. Considerando que a infertilidade foi considerada pela Organização Mundial da Saúde como uma doença e sendo a maternidade de substituição uma das modalidades da técnica de reprodução assistida que possivelmente solucionaria este problema, deve ser permitida e regulamentada de forma que, esgotadas as demais possibilidades de reprodução, efetive esse direito.

Pois, conforme explicou Goulart (2014), “a sua vedação, fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, visto à restrição do direito de procriar e a liberdade dada ao casal de seu planejamento familiar deixando de efetivar o direito fundamental à saúde”.

Portanto, diante da complexidade e amplitude das técnicas de reprodução assistida, em especial a maternidade de substituição e, de acordo com o artigo 5º, II da nossa Constituição, que dispõe que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, necessário se faz, uma regulamentação, visando e preservando os direitos fundamentais envolvidos na cessão temporária de útero, sobretudo quando tais complexidades forem tomadas no sentido da determinação dos elos familiares.

Considerações Finais

Não restam dúvidas de que a maternidade é um dos privilégios mais magníficos para a maioria das mulheres, porém por motivos de saúde tais como: a infertilidade, esterilidade ou alguma outra contraindicação que impossibilite de levar a gravidez ao final, muitas são impedidas de tornarem-se mães.

E quando a maternidade não vem, ao receber o diagnóstico da infertilidade, assim como a exclusão das possibilidades naturais para conceber um filho, os casais vivem um período de crise vital, através de angústias, conflitos e desestabilidade emocional.

Explica o Dr. CAMBIAGHI (2018) que: “[...] quando a decisão de ter filhos chega e esta não é acompanhada pela performance física que se espera, temos com a mesma intensidade o efeito negativo desse insucesso.

Entretanto, o homem através do campo da biotecnologia desenvolveu a reprodução humana assistida, que possibilita que casais inférteis tenham condições de ter um filho, quando submetidos a uma de suas técnicas.

Dentre os diversos tipos de reprodução humana assistida encontra-se a maternidade de substituição, que permite a concepção de filhos biológicos através do empréstimo do útero de uma terceira pessoa.

Porém, a maternidade de substituição é uma das situações de maior complexidade, decorrentes dos processos de reprodução assistida, atualmente, em razão da dificuldade de determinação da paternidade-filiação e a maternidade-filiação.

Como visto durante o estudo desenvolvido, ainda não há uma legislação específica, que verse sobre esta prática, existe apenas a resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece quais critérios deverão ser observados quanto à utilização da técnica, como por exemplo, a existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da mulher que deseja ter filhos, assim como a necessidade de parentesco até quarto grau entre a mãe doadora do material genético e a doadora de útero e que a

doação deve ocorrer de maneira gratuita, sem qualquer possibilidade de caráter lucrativo ou comercial.

A resolução nº 2.168/17 é apenas uma norma deontológica, desprovida de coerção e não possui o poder de coibir o uso indiscriminado das tecnologias reprodutivas nem a comercialização de útero.

Verificou-se, ainda, que existem divergências de posicionamentos acerca da possibilidade de contratar uma mulher mediante pagamento para gestar o filho de outra. Alguns defendem a possibilidade de tal prática argumentando ser ela uma prestação de serviço como qualquer outra, por outro lado, existem aqueles que entendem que a restrição da comercialização do útero visa evitar a generalização e banalização da procriação tecnológica e a violação da dignidade da pessoa humana.

Diante desse debate jurídico é possível concluir que a segunda posição é a mais correta, pois é necessário um controle da utilização dos progressos biotecnológicos através da observância de valores constitucionais. A maternidade e a paternidade de uma criança nascida mediante maternidade de substituição não pode ser outorgada somente com base em um contrato de gestação, porque trataria o ser humano como objeto de um contrato, ou seja, como coisa.

A solução seria a construção de um sistema normativo efetivo e, sobretudo, eficaz acerca da maternidade de substituição no Brasil, regulamentando e permitindo sua prática de forma gratuita e proibindo a comercialização de útero.

Já em relação à determinação da maternidade, os critérios a serem considerados devem estar fundamentados na vontade da mulher em ser mãe, ou seja, deve-se preferir a maternidade da mulher que realmente desejou e planejou a criança junto com seu cônjuge ou parceiro, em detrimento daquela que não a desejou, mas apenas “emprestou” seu útero.

Necessário se faz ressaltar ainda que esta técnica procura solucionar um problema de saúde reprodutivo e não haveria nada mais justo do que além da criação de uma norma efetiva, fosse oferecido a estes casais inférteis meios e tratamentos para a restauração de sua

saúde.

É imprescindível que o Estado brasileiro regulamente o uso da técnica, também no âmbito de sua oferta gratuita a usuários do SUS, para que tal política pública seja implantada com sucesso garantindo os valores e princípios que fundamentam a ordem jurídica brasileira, entre elas a dignidade da pessoa humana, o direito a procriação, o pluralismo, a justiça social, e a especial proteção estatal às entidades familiares.

Referências

ABREU, Laura Dutra. (2008). A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição Principais Aspectos nos Direitos Português e Brasileiro. Disponível em:<http://www.academia.edu/23967335/A_Ren%C3%Bancia_da_Maternidade_Reflex%C3%A3o_Jur%C3%ADdica_sobre_a_Maternidade_de_Substitui%C3%A7%C3%A3o_Principais_Aspectos_nos_Direitos_Portugu%C3%AAs_e_Brasileiro. Acesso em 06 de 11 de 2017.

AMORIM, Caroline Sabastiany (s.d.). Aspectos Jurídicos da Maternidade de Substituição no Direito Brasileiro. Disponível em:<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/caroline_amorim.pdf. Acesso em 15 de 01 de 2018.

ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan e ASSUMPÇÃO, Isabela Franco Maculan (2016). O grande avanço representado pelo Provimento nº 52/CNJ. Disponível em: < MPPR: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1948.html>. Acesso em 4 de 01 de 2018.

BORGES, Rafaella Karla Lobato. (2012). A “barriga de aluguel” como meio de iseminção artificial:. Disponível em:<<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/4377/1/Rafaella%20Karla%20Lobato%20Borges%20RA%2020764274.pdf>. Acesso em 20 de 10 de 2017.

BRASIL. 1997. LEI Nº 9.434. (1997). LEI Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em 02 de 02 de 2018.

BRASIL, R. C. (1992). RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992 Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm. Acesso em 17 de 10 de 2017.

BRASIL, R. C. (2013). RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/13. Disponível em: < <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em 03 de 11 de 2017.

BRASIL, R. C. (2015). Conselho Federal de Medicina. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf. Acesso em 20 de 01 de 2018.

BRASIL, R. C. (2017). Conselho Federal de Medicina. Disponível em: < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/519764480/resolucao-2168-2017-do-conselho-federal-demedicina>. Acesso em 20 de 01 de 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 90 de 1999. (1999). Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm>. Acesso em: 18 de 02 de 2018.

CALENTE, Valéria (2017). Mudanças na reprodução assistida - resolução 2168/17. Disponível em: < <http://cartaodevisita.r7.com/conteudo/20746/mudan-as-na-reprodu-o-assistida-resolucao-2168-2017>. Acesso em 21 de 01 de 2018.

CAMBIAGHI, Arnaldo Schizzi (s.d). Aspectos psicológicos da infertilidade. Disponível em: < <http://www.ipgo.com.br/aspectos-psicologicos-da-infertilidade>. Acesso em: 02 de 03 de 2018.

CASTRO, Carolina Corllete de. (2014). Maternidade de substituição no direito comparado e no direito brasileiro. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/28977/maternidade-de-substituicao-no-direito-comparado-e-no-direito-brasileiro>. Acesso em 11 de 01 de 2018.

CORREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de ter filhos. Bioética, Brasília, v.9,n. 2, 2001, p. 72, apud AMORIM, Caroline Sabastiany (s.d.).

CNJ. (2016). Corregedoria regulamenta registro de criança gerada por reprodução assistida. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81780-corregedoria-regulamenta-registro-decrianca-gerada-por-reproducao-assistida>. Acesso em 23 de 01 de 2018.

DIAS, Maria Berenice. (2011). Manual de direito das famílias. São Paulo: Revistas dos Tribunais.

DINIZ, Maria Helena (2007). Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva.

DOMINGOS, Leandro Reinaldo da Cunha e Terezinha de Oliveira. Reprodução humana assistida: a Resolução 2013/13 do Conselho. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/126>. Acesso em 04 de 01 de 2018.

ESPAÑA. Ley nº 35, de 22 de noviembre de 1988. Técnicas de Reproducción Asistida. Disponível em: < http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l35-1988.html. Acesso em 07 de 02 de 2018.

FEDERAL, Conselho da Justiça. (2012). Jornada de Direito Civil I, III,IV,V - Enunciados aprovados. disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudosjudiciarios-1/publicacoes-1/jornadascej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em 05 de 01 de 2018.

FERNANDES, Tycho Brahe. (2000) A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: Aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis SC: Diploma Legal, apud, Amanda Guimarães, p. 22, 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. (2006). Lições de direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (2011). Novo curso de Direito Civil: contratos em espécie. 4. ed. São Paulo: Saraiva. v. 2.

GACETA. (s.d.). Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. Disponível em: <

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.l4t2.html. Acesso em 20 de 11 de 2017

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, (2003). A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar. p. 94.

GONÇALVES, Carlos Roberto. (2009). Direito civil brasileiro: direito de família. 2.ed. rev. atual.. São Paulo: Saraiva. v. 6, apud, GOULART, Flavia Campos Barbosa. 2014.

GOULART, Flavia Campos Barbosa. (2014). Maternidade por sub-rogação e a necessidade de sua regulamentação jurídica. Disponível em: < http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/12062015191716Flavia_Goulart.pdf. Acesso em 09 de 02 de 2018.

HUNTINGTON, Medicina Reprodutiva. (s.d.). Diretrizes para “barriga de aluguel” devem ser revistas no Brasil. Disponível em: < <http://www.huntington.com.br/area-do-paciente/imprensa/diretrizes-para-barriga-de-aluguel-devem-ser->

revistas-no-brasil/. Acesso em 04 de 02 de 2018.

IBDFAM, I. B. (2012). Útero de substituição e as novas repercussões jurídicas. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4897/novosite>. Acesso em 15 de 01 de 2018,

JUDICIÁRIO, P. (2011). APELAÇÃO CÍVEL Nº 534999 PE (0004161-23.2011.4.05.8300). Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>. Acesso em 07 de 02 de 2018, LEITE, Eduardo de Oliveira. (1995). Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicologicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LISBOA, Roberto Senise. (2006) Manual elementar de direito civil. 2.ed São Paulo: J. de Oliveira. D v, apud, MACHADO, Amanda Guimarães, p. 22, 2013.

LOPES, Joaquim Roberto Costa; FEBRASGO. Tratado de Ginecologia; 63. Aspectos Éticos da Inseminação Artificial. Rio de Janeiro; Revinter, 2000, vol. 1, p. 585-587, apud, RESENDE, Cecília Cardoso Silva Guimarães, 2012.

LUANDA. (2013). Casais vão à Índia em busca de “barrigas de aluguel”. Disponível em: <http://www.angop.ao/angola/pt_pt/noticias/internacional/2013/1/6/Casais-vao-India-buscabarrigas-aluguel,b95a58ee-a6ea-4019-b697-564f9a5316af.html. Acesso em 02 de 12 de 2017,

LUZ, Valdemar Pereira da. (2009). Manual de Direito de Família. Barueri: Manole, p. 174.

MACHADO, Maria Helena. (2003), Reprodução humana assistida: controvérsias éticas e jurídicas. Curitiba, PR: Juruá.

MACHADO, Amanda Guimarães. (2013). As dificuldades para a determinação da maternidade jurídica quando se trata de uma criança gerada através de subrogação de útero. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/3432/1/Amanda%20Guimar%C3%AAs%20Machado.pdf>. Acesso em 18 de 12 de 2017.

MALUF, Adriana Calda do Rego Freitas Dabus. (2010). Curso de Bioética e Biodireito. São Paulo: Atlas.

MELLO, Cleyson de Moraes. (2009). Código Civil Comentado e Interpretado. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros.

MIRANDA, Pontes de. (2000). Tratado de direito privado. Parte geral. Bens. Fatos Jurídicos. Campinas/SP: Bookseller.

NEGREIROS, Teresa. (2002). Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar.

OSELKA, Gabriel; COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei. Apresentando a bioética, Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998

OTERO, Marcelo Truzzi. (2010). Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa. Disponível em: < http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratos_gestacionais_27_01_2010.pdf. Acesso em 15 de 11 de 2017.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (2000). Problemas atuais de bioética. 2. ed. São Paulo: Loyola. p.46.

PORTUGAL. Lei nº 32/2006, de 26 de julho de 2006. Diário da República, 1. série, nº 143. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/75185175/201704051407/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontoffic_eportlet_

rp=índice. Acesso em 13 de 02 de 2018.

PEDROSO, Joanna Camargo. (2013). MATERNIDADE SUBSTITUTIVA: A INCRIMINAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ÚTERO. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/joanna_pedroso.pdf. Acesso em 02 de 12 de 2017,

RESENDE, Cecília Cardoso Silva Guimarães. (2012). As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga., Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quest%C3%B5es-jur%C3%ADdicas-da-insemina%C3%A7%C3%A3o-artificial-heter%C3%B3loga>. Acesso em 02 de 03 de 2018

RIZZARDO, Arnaldo. (2011). Direito de Família. Rio de Janeiro: rev. atual.

SAIGG, Mohamed e BARROS, Maria Luísa. (2009). Aluguel de útero é negociado por até R\$ 120 mil na internet. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/aluguel-deutero-e-negociado-por-ate-r-120-mil-na-nternet,b61a68f40d94b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em 17 de 01 de 2018.

SAUWEN, Regim a Fiuza. HRYNIEWIEX, Severo. (2000). O direito “in vitro”, da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.); (2004). NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire. (2004). Monoparentalidade e biodireito. in: Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (organizadora)(2001). Biodireito, ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, Eliane Cristina da (2003). Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida. Rio de Janeiro: Freitas.

SILVA, Rodney. (2017). Registro de criança gerada em barriga de aluguel é autorizado. Acesso em 11 de 02 de 2018, disponível em: <http://jornaldaordem.com.br/noticia-ler/registro-criancagerada-em-barriga-aluguel-e-autorizado/27979>

SP, Associação dos registradores de pessoas naturais de. (2010). CGJ-SP profere decisão sobre Reprodução Assistida - Processo nº 2009/104323. Disponível em: < <https://arpensp.jusbrasil.com.br/noticias/2199440/cgj-sp-profere-decisao-sobre-reproducao-assistida-processo-n-2009104323>. Acesso em 10 de 02 de 2018.

TJRS, T. d. (2011). BARRIGA DE ALUGUEL – Filho gerado em útero de terceira pessoa deve ser registrado por casal que forneceu material genético. Disponível em: < <http://www.direitolegal.org/primeira-instancia/barriga-de-aluguel-filho-gerado-em-utero-de-terceira-pessoadeve-ser-registrado-por-casal-que-forneceu-material-genetico/>. Acesso em 13 de 02 de 2018,

TORRES, Eugênio Magarinos. (2009). Estimulação Ovariana; FIV; ICSI; Doação de Óvulos; Doação de Útero; Transferência de Embriões. Clínica Bebê de Proveta. Disponível em: < <http://bebedeproveta.com.br/>. Acesso em 01 de 03 de 2018,

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. 2006. A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia. São Paulo: Atlas.

VENTURA, Mirian. (2009). Direitos reprodutivos no Brasil. 3. Ed. Brasília, DF: Ed. do autor.

WELTER, Belmiro Pedro. (2003). Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Vanessa Cristina Ramos de Azevedo

Possui graduação em Direito pela Associação Vilhenense de Educação e Cultura (2007). Atualmente é técnico judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. É pesquisadora do Centro de Pesquisa e Publicações Acadêmicas (CEPEP) da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia

A LEITURA COMO FERRAMENTA DE RESSOCIALIZAÇÃO NA CADEIA PÚBLICA DE COLORADO DO OESTE/RO

Vanessa Cristina Ramos de Azevedo

RESUMO

O artigo aqui apresentado é um relato da experiência profissional de agentes envolvidos com o desenvolvimento do Projeto de Leitura aplicado na cadeia pública do município de Colorado do Oeste/RO em decorrência da observação e a não aceitação da realidade aparente naquela cadeia, que em nada difere dos demais presídios brasileiros, quanto a ausência de condições necessárias para a efetiva ressocialização de pessoas encarceradas. Teve como objetivo apresentar uma alternativa realista para o problema da ressocialização de condenados. Esta experiência foi sistematizada neste artigo que buscou fundamentação teórica em Candido (1995), Greco (2015), Silva (2015), além de fundamentação legal em Brasil (1984), (2009), (2010) e (2011). Como resultado detectou-se que Projeto de Leitura de Colorado do Oeste/RO tem grande potencial humanizador e, portanto, ressocializador.

Palavras-chave: Leitura. Humanização da pena. Ressocialização de indivíduos.

Introdução

Este artigo é o resultado de um relato de experiência do desenvolvimento de um Projeto de Leitura criado e desenvolvido no ano de 2012 pela juíza Márcia Regina Gomes Serafim, responsável pela execução penal, em conjunto com sua equipe, que elaborou o Projeto de Leitura por meio da Portaria n. 02/2012, mais tarde alterada pela Portaria n. 01/2016. O projeto foi aplicado na Casa de Detenção do

município de Colorado do Oeste/RO e teve como objetivo apresentar uma alternativa realista para o problema da ressocialização de condenados.

A ressocialização de condenados é hoje um dos maiores desafios enfrentados pelas Políticas Públicas Penitenciárias em vigor. Isto se dá por diversos fatores, entre eles a própria sociedade que, desprovida de segurança pública não tem interesse que nenhuma pessoa considerada delinquente volte a ser inserida no contexto social. Fato também justificável, pois muitos condenados após cumprirem suas penas voltam a cometer novos delitos fazendo com que cresça o anseio por aplicação de penas cada vez mais longas e severas. Um segundo fator é a falta de querer, assim como de preparo dos diversos agentes envolvidos no contexto penitenciário.

É fato, contudo, que ainda que os indivíduos condenados sejam privados de sua liberdade com penas altas um dia serão libertos e retornarão para o convívio social. A questão é: seria o tempo o único fator capaz de preparar uma pessoa para ser reinserida no contexto social? Viver de forma degradante e desumana é garantia de que o apenado pague pelos seus erros e possa voltar a viver na sociedade sem cometer delitos? O modelo de presídio e as condições de convivência nestes lugares nada mais são do que escola de formação e aprimoramento do crime. É preciso criar subsídios alternativos para que os detentos preencham o tempo e ocupem espaços de forma produtiva, que sejam levados a refletir sobre sua condição e seus atos, que ele seja capaz de (re) conhecer seus sentimentos e se reconhecer como pessoa humana.

Neste contexto é que se justifica a importância do Projeto Leitura como alternativa realista de ressocialização, pois a leitura tem o poder de transformar, “a literatura desenvolve em nós a quota de humanidade na medida em que nos torna mais compreensivos e abertos para a natureza, a sociedade, o semelhante” (CANDIDO, 1995, p. 182).

Refletindo sobre o problema da ressocialização de pessoas condenadas

Desde os primórdios, quando o homem reunido em sociedade aceitou se submeter a um poder externo como forma de garantir a sua própria segurança e de suas posses, há a aplicação de reprimendas àqueles que transgridem as normas vigentes.

Existem fatos ilícitos que por ostentarem um comportamento exacerbadamente cruel do agente nos causam maior repulsa e indignação, o que talvez justifique o fato de que em eras antigas sanções horrendas pudessem ser aplicadas, como é o caso, por exemplo, das penas impostas para o crime de infanticídio. Previsto no artigo 123 do Código Penal, o infanticídio se configura quando a mãe, sob a influência do estado puerperal, mata o próprio filho durante o parto ou logo após.

O avanço científico de modo geral nos possibilita hoje compreender o abalo físico e psicológico em que se encontra uma mulher no período pós-parto e a pena atual do infanticídio é de detenção de dois a seis anos, mas em outras épocas já foi punido com o cozimento da mulher em um saco com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca, lançada ao mar ou rio, bem como com sepultamento em vida, afogamento, empalamento e dilaceração com tenazes ardentes (GRECO, 2015, p. 213).

Já no século XVIII o Direito também recebeu a influência do Iluminismo, com destaque para a obra *Dos Delitos e das Penas* (1764) de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, que questionou a pena de morte a expondo como desnecessária e inútil além de alertar sobre o erro na existência de julgamentos secretos, validade da tortura, desproporcionalidade entre o delito e a pena, dentre outros.

Ultrapassado o tempo da barbárie a aplicação da pena deixa de ter como único objetivo retribuir o mal causado pelo criminoso, em uma espécie de vingança pública, e passa a ser entendida também como um meio para evitar a prática de novas infrações através do exemplo e como período necessário para a ressocialização do indivíduo.

O viés puramente retributivo da pena é de fácil compreensão

e aplicação, já que nos parece razoável que aquele que causou um mal também sofra um mal. A utilização do sofrimento imposto ao delinquente, como forma de advertência para as demais pessoas a fim de que elas não pratiquem infrações que as levaria a também serem submetidas a tais dissabores, é igualmente compreensível sem dificuldades.

Por óbvio, que tanto a retribuição do mal causado quanto a utilização da pena como paradigma devem ser proporcionais ao fato praticado, sendo a aplicação destes aspectos, neste sentido, mais complexa no momento da elaboração da norma, já que a lei é feita em abstrato e não tem o poder de esgotar todas as situações futuras. Ainda assim, a questão mais problemática a ser enfrentada se relaciona à ressocialização da pessoa que praticou o crime, ao caráter pedagógico da pena.

Em um estado democrático de direito a socialização pode ser entendida como o percurso transcorrido pelo indivíduo desde o seu nascimento até o momento em que é inserido por completo em um sistema de direitos e deveres.

É possível descrever esse caminho como a passagem do indivíduo, sucessiva e concomitantemente, pela família, pela escola, pelo grupo social, pelo trabalho, pela comunidade e, finalmente, pela sociedade, através do exercício dos direitos básicos da cidadania, que consiste, pelo menos, em estar incluso no sistema de garantias de direitos individuais, sociais e políticos (SILVA, 2015, p. 39).

O conceito do que vem a ser socialização se aproxima da definição apresentada por Antônio Cândido para a humanização que seria o processo que confirma no homem aqueles traços que reputamos essenciais, como o exercício da reflexão, a aquisição do saber, a boa disposição para com o próximo, o afinamento das emoções, a capacidade de penetrar nos problemas da vida, o senso da beleza, a percepção da complexidade do mundo e dos seres, o cultivo do humor (CANDIDO, 1995, p. 182).

O encarceramento da pessoa condenada pela prática de crime de imediato retira dela um dos principais direitos básicos do ser humano que é a liberdade, mas rompe com muitas outras garantias

retirando-a do convívio social e do efetivo exercício de seus direitos com a finalidade de corrigi-la para que possa voltar a exercê-los corretamente, sem risco para com si próprio e os demais membros da sociedade.

Não é razoável acreditar que a política penitenciária ou alguma ideologia penal dê conta, sozinha, de intimidar, reeducar e ressocializar indivíduos que mesmo enquanto pessoas livres já apresentavam deficiências de socialização decorrentes, por sua vez, de outras deficiências também perceptíveis tais como nas políticas econômica, educacional e social, isto porque o sistema penitenciário acaba se apresentado como a última instância por meio da qual se tenta corrigir problemas estruturais.

Na prática o que se observa são o crescimento da população carcerária e o elevado número de pessoas que, uma vez presas, retornam ao convívio social e acabam por praticar novos crimes. Segundo informações disponibilizadas pelo Conselho Nacional de Justiça o Brasil possui hoje a terceira maior população carcerária do mundo, com mais de 700.000 presos, mas, o modelo de encarceramento adotado alimenta um ciclo de violências que se projeta para toda a sociedade, reforçado por uma ambiência degradante em estabelecimentos que pouco ou minimamente estimulam qualquer proposta de transformação daqueles que ali estão.

O tratamento digno e com respeito de presos é indício da civilização de uma sociedade e o primeiro passo que se dá na tentativa de regenerar a vida daqueles que um dia haverão de estar entre nós, mas na formulação da política criminal e penitenciária e da administração da justiça criminal o Estado cria condições necessárias e favoráveis à estruturação, desenvolvimento e aperfeiçoamento de identidades e carreiras criminosas, dando outro significado à pena de privação de liberdade, diversos da recuperação, da reeducação e da ressocialização (SILVA, 2015, p. 36).

Atualmente se popularizam argumentos rasos relacionados à aplicação de sanções para aqueles que praticam crimes, sendo comum, pessoas demonstrarem apressamento por imposição de penas perpétuas, trabalhos forçados e pena de morte, mas a verdade é que

não há soluções simples para questões complexas, já que existem países que adotam tais sanções e ainda assim continuam com taxas de reincidência maior do que a brasileira.

A leitura como ferramenta de auxílio à regeneração de presos

Partindo do contexto das políticas penitenciárias e a realidade atual, acredita-se que são bem-vindas todas as ações que buscam apresentar uma alternativa realista para o problema da ressocialização de condenados, como é o caso do projeto desenvolvido na Casa de Detenção da cidade de Colorado do Oeste/RO, que adota a leitura como ferramenta de auxílio à regeneração de presos.

Quem acredita nos direitos humanos procura transformar a possibilidade teórica em realidade, empenhando-se em fazer coincidir uma com a outra. Inversamente, um traço sinistro do nosso tempo é saber que é possível a solução de tantos problemas e, no entanto, não se empenhar nela. Mas de qualquer modo, no meio da situação atroz em que vivemos há perspectivas animadoras (CANDIDO, 1995, p. 172).

Todo aquele que descobriu o prazer da leitura não tem dúvida acerca do seu poder transformador, ela ensina voar para além do destino posto, ultrapassa espaço e tempo, porque não ultrapassaria grades?

Fundamentação Legal

A Lei de Execução Penal n. 7.210/84 (BRASIL, 1984), fixa como direito dos presos o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes, além de determinar que cada estabelecimento prisional seja dotado de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida

de livros instrutivos, recreativos e didáticos. A Resolução n. 3 de 11 de março de 2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (BRASIL, 2009), estabelece que a oferta de educação no contexto prisional deve estar associada às ações de fomento à leitura e a implementação ou recuperação de bibliotecas para atender à população carcerária e aos profissionais que trabalham nos estabelecimentos penais. A Resolução n. 2 de 19 de maio de 2010 do Conselho Nacional de Educação (BRASIL, 2010), também impõe o fomento à leitura como orientação na educação para jovens e adultos em estabelecimentos penais e determina, ainda, a valorização dos profissionais que trabalham nesses espaços, além de fixar a responsabilidade do Estado em propiciar espaço físico adequado para tanto. Por fim é importante citar o Decreto n. 7.626 de 24 de novembro de 2011, (BRASIL, 2011), que instituiu o Plano Estratégico de Educação no âmbito do sistema prisional que determina competir ao Ministério da Educação promover a distribuição de livros didáticos e a composição de acervos de bibliotecas nos estabelecimentos penais.

O projeto de leitura na casa de detenção de Colorado do Oeste/RO

Com a exposição acima de tantas normas de fomento à leitura no ambiente prisional é possível que se crie a falsa percepção de que em cada cadeia deste país existem ambientes propícios ao estudo e à leitura. Ao menos na cidade de Colorado do Oeste/RO essa não era a realidade até que no ano de 2012 a juíza Márcia Regina Gomes Serafim, responsável pela execução penal, em conjunto com sua equipe, elaborou o Projeto de Leitura por meio da Portaria n. 02/2012, alterada pela Portaria n. 01/2016.

Na Casa de Detenção de Colorado, já atuavam na educação, desenvolvendo excelente trabalho os professores Creucinéia Cirioli Brandão, Gilda da Silva Ferreira, Giovana Solange da Rosa Fantin Missiatto, Leidiane Laura de Souza e Odair José Missiatto, professores vinculados ao Estado de Rondônia que mesmo não recebendo

nenhuma gratificação pela lotação em uma cadeia, pelo contrário, enfrentam dificuldades por falta de estrutura e recursos, tendo eles próprios que limparem o ambiente onde trabalham e levarem água para ser consumida durante o expediente, ainda assim, alcançam resultados notórios como a aprovação de preso em curso de nível superior.

Como não havia livros disponíveis à aquisição do acervo inicial necessário para a formação da biblioteca se deu por meio do repasse de verbas provenientes do pagamento de penas de prestação pecuniárias, porém, hoje os mais de duzentos títulos disponíveis para leitura dos presos são provenientes em sua maioria de doação dos próprios professores.

Além de enriquecer sua percepção e visão do mundo o preso que desejar participar do Projeto poderá remir até quarenta e oito dias de sua pena durante o ano, desde que a esteja cumprindo nos regimes fechado, semiaberto ou provisório. Para ter direito à remição o preso deverá concluir a leitura da obra selecionada no prazo de trinta dias e no prazo de dez dias, após a leitura, apresentar uma resenha. Para cada resenha considerada boa e entregue dentro do prazo o reeducando fará jus a quatro dias de remição e se a resenha for entregue com prazo superior a dez dias terá direito apenas a dois dias de redenção de sua pena. O Projeto já atendeu trinta e quatro reeducandos e atualmente seis estão em fase de elaboração da resenha.

Ao aceitar participar do Projeto o preso é convidado a elaborar um texto e esse primeiro encontro é muito importante já que a população carcerária é formada por pessoas com diferentes níveis de conhecimento e escolaridade, além de que é uma oportunidade para que a professora orientadora possa conhecer a escrita, o modo de elaboração do texto individualmente, o que a auxilia no momento da avaliação da resenha a possibilitando detectar textos copiados de outras pessoas. Caso maiores dificuldades sejam percebidas na elaboração de textos por aquele que desejar participar do Projeto, a professora orientadora trabalha a construção de resenhas de pequenas crônicas, tantas quantas necessárias até que seja possível a participação e só então o preso poderá escolher um título.

Os livros mais procurados pelos leitores do Projeto são os de ação e aventura, mas a professora orientadora os induz na escolha de outras obras para que possam conhecer outras histórias e níveis de textos.

Assim como uma criança que descobre a leitura e pouco a pouco vai adquirindo condições de se interessar por textos mais elaborados não se pode esperar de quem pouco contato teve com literatura que se entusiasme por obras clássicas, mas seja qual for o título escolhido, ainda assim, permanece presente a magia e o poder transformador e humanizador da leitura.

Toda obra literária é antes de tudo uma espécie de objeto, de objeto construído; e é grande o poder humanizador desta construção, enquanto construção.

De fato, quando elaboram uma estrutura, o poeta ou o narrador nos propõe um modelo de coerência, gerado pela força da palavra organizada. Se fosse possível abstrair o sentido e pensar nas palavras como tijolos de uma construção, eu diria que esses tijolos representam um modo de organizar a matéria, e que enquanto organização eles exercem papel ordenador sobre a nossa mente.

Quer percebamos claramente ou não, o caráter de coisa organizada da obra literária torna-se um fator que nos deixa mais capazes de ordenar a nossa própria mente e sentimentos; e, em consequência, mais capazes de organizar a visão que temos do mundo (CANDIDO, 1995, p. 179).

Ao receber o livro selecionado, o preso assume o compromisso de manter a guarda pessoal do bem, ficando a seu cargo a adequada utilização de acordo com as recomendações; não conceder empréstimo ou confiar a outrem; comunicar imediatamente qualquer incidente e ocorrência com o livro sob sua guarda e responsabilidade; indenizar os danos causados por negligência, má utilização, guarda inadequada, desleixo ou outro dano que possa decorrer, direta ou indiretamente, de sua ação ou omissão; fica ciente que o plágio ou compra e venda de resenha acarretarão em abertura de Processo Administrativo e exclusão do projeto. Justifica-se a rigidez nas regras para participação do Projeto já que por meio dele o preso poderá remir dias de sua condenação.

Toda a leitura e a escrita das resenhas são feitas nas celas onde cada preso fica sendo este um problema por eles relatados já que não há uma boa iluminação, há barulho constante de televisão, rádio, pessoas conversando, jogando, se movimentando e não há mesas para escreverem.

Um dos participantes do Projeto afirmou ter lido três vezes o mesmo livro sem conseguir extrair o necessário para resumilo por não conseguir alcançar a concentração necessária. Outros participantes utilizam fones de ouvidos para eliminarem parte dos ruídos e conseguirem focar a atenção na leitura.

No momento da avaliação da resenha, cabe à professora orientadora considerar os diferentes níveis de conhecimento dos participantes do Projeto, adotando olhar diferenciado com exigências gradativas individualizadas. Um dos reeducandos por quatro vezes tentou apresentar uma resenha sem conseguir elaborar um texto razoável e só na quinta tentativa pôde ter seu trabalho aceito.

Não se trata de uma resenha crítica, ainda, conforme informado pela professora orientadora Gilda da Silva Ferreira, mas apenas um resumo do que foi lido.

Assim como acontece com cada um de nós que nos apaixonamos ao conhecer todo o universo de possibilidades que a literatura nos apresenta, há participantes do Projeto que, mesmo após atingirem os dias máximos de remição permitidos pela Portaria continuam a leitura por puro deleite.

Ela não corrompe nem edifica, portanto; mas trazendo livremente em si o que chamamos o bem e o que chamamos o mal, humaniza em sentido profundo, porque faz viver. A função da literatura está ligada à complexidade da sua natureza, que explica inclusive o papel contraditório, mas humanizador (talvez humanizador porque é contraditório). (CANDIDO, 1995, p. 178).

Desta forma, por acreditar que o tempo de privação de liberdade de uma pessoa apenas possa cumprir com o objetivo de levar este indivíduo a refletir a sua condição frente a ele próprio e a sociedade onde esteve inserido, a leitura certamente auxiliará por meio da

aquisição do saber para que tenha a possibilidade de reconhecer não só o valor da liberdade perdida, mas, o gosto pela vida e relacionamentos.

Considerações Finais

O projeto desenvolvido na cadeia pública de Colorado do Oeste/RO nos permitiu compreender que é possível criar mecanismos que possam contribuir para que as Políticas Públicas Penitenciárias no Brasil sejam aplicadas de modo a buscar a ressocialização das pessoas apenadas. O respeito à dignidade da pessoa humana é fundamental para que presos possam ser reinseridos na sociedade, desta forma, o tempo da privação da liberdade deve ser ocupado de modo a dar a eles condições de refletirem sobre seus atos, podendo assim passarem pelo crivo da mudança e da transformação.

O Projeto de Leitura de Colorado do Oeste/RO foi um destes mecanismos criado e aplicado com o intuito de provar que é possível resgatar uma pessoa, ainda que, aos olhos da sociedade ela seja indigna de voltar a conviver livremente. Considera-se que a leitura transforma indivíduos, transporta para além e aquém dos atos praticados por meio da reflexão, transpassa as grades trazendo esperança e possibilidades de um dia voltar a viver e conviver apto a enfrentar com sabedoria os diversos problemas que o mundo oferece.

Considera-se, por fim, que embora não existam dados estatísticos que comprovem, por exemplo, a diminuição da taxa de reincidência de presos que participaram do Projeto de Leitura de Colorado do Oeste/RO, por todo o exposto não há dúvidas acerca do seu potencial humanizador e, portanto, ressocializador.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema- carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em 07/11/2017.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execuções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 07/11/2017.

_____. A Resolução n. 3 de 11 de março de 2009. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária Disponível em: www.justica.gov.br/.../politica...a.../resolucao-n-o-3-de-11-de-marco-de-2009.pdf Acesso em: 05/11/2017.

_____. A Resolução n. 2 de 19 de maio de 2010. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica.. Disponível em: . https://www.sinprors.org.br/arquivos/legislacao/Resolucao_Ceb_n2_2010.pdf. Acesso em: 05/11/2017.

_____. Decreto nº 7.626, de 24 de novembro de 2011. Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional. Disponível em: www2.camara.leg.br/.../2011/decreto-7626-24-novembro-2011-611828-norma-pe. Acesso em: 05/11/2017.

CANDIDO, Antonio. Vários escritos. 3ª ed.. revista e ampliada. São Paulo: Duas Cidades, 1995.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

SILVA, Roberto da. A eficácia sociopedagógica da pena de privação da liberdade . Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 33-48, mar. 2015. ISSN 1678-4634. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ep/article/view/96670>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

ANEXO A - Depoimentos de presos participantes do Projeto Leitura

11
Odivio José de Araújo

Com o projeto leitura eu me animei a participar pela curiosidade, porém lá que foi com o passar do tempo me envolvendo e fazendo com que eu me interessasse mais nos livros e matérias marcadas nos livros, ~~os~~ tornando-se para mim um costume e necessidade de de sair desse ambiente hostil e degradante que é a prisão.

Então por livros mais simplificados como: aventura e histórias que há filmes sobre elas, porém com a conclusão do módulo da língua portuguesa eu criei coragem e fui para livros mais avançados com até 200 páginas e com conteúdo sobre a literatura Brasileira, coisa que me impressionou pois nunca ~~antes~~ tive interesse em livro algum antes de ser preso.

A leitura posso afirmar que me ajudou muito a estudar também, eles tiraram meu estresse, a pressão que tenho imposto sobre os dias nesse lugar, me ajudou e ainda ajudará com minha escrita, me encorajou a criar e dar vida aquilo que eu usava muito pouco, minha imaginação. Porém não me deu espaço

para compartilhar, comentar, as
horas com a professora era a única
vez que eu podia falar sobre o
livro ou algum assunto relacionado.
Sem debate ou exploração sobre o
que li, fiquei aprendendo para mim e
nada imaginava, aqui gente quer
ouvir ou imaginar junto com a gente,

Esquiel

O projeto ler para aprender me ajudou muito eu melhorei significativamente na pronúncia das palavras até mesmo a maneira como eu falo e me expresso de uma forma bem melhor antes disso eu simplesmente não conversava bem muita coisa nas palavras que antes eram usadas por mim depois que eu adquiri a habilitação da leitura através desse projeto eu consigo me expressar bem melhor os livros me ajudaram e ainda me ajudam abrindo a mente para a caminhada do conhecimento embora não tenha cursado e nem usado programa de computador para me ajudar na escrita e na fala os livros falaram e contaram sua história e isso pra mim é o que elevou meu nível de intelectualidade e amadurecimento quanto mais lemos mais aprendemos e isso é a maior riqueza que alguém pode ter a sabedoria e isso é algo que não se compra se conquista a livro que mais marcou pra mim na minha opinião foi iracema conta a história de uma índia de uma

11

Seg	Ter	Qua	Qui	Sex	Sáb	Dom
-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----

trilha quebreira é uma história linda
eu me emocionei muito com a
história desse ~~para~~ quebreira e
se eu tivesse a oportunidade leria
novamente

08/11/17

Paulo Roberto Marchi

Sobre o projeto acho muito interessante, pois é um meio de reintegrar as pessoas na prática da leitura e escrita, assim como interpretação de textos, acho que seria interessante tentar trazer mais pessoas, pois no meu entendimento e convívio com outros reeducandos, vejo que muitos não tentam fazer o projeto por um pouco de receio de não conseguirem, talvez se ~~se~~ fosse feito um trabalho de ingressá-los na sala de aula, e explicar o que é o projeto, como recontar um livro talvez poderiam encorajá-los mais, pois a eles não vem que não é tão difícil quanto pensam, para mim não há pontos negativos, pois tudo que se refere ao aprendizado é muito bem vindo, e como participante, acho muito bom, usar as histórias, lendo com mais afinco, para poder mudar de lá meu entendimento e colocá-la em uma resenha com meus pontos de vista, coerentes com os do livro, é claro.

José Ricardo Simões Rodrigues

É Especialista em Administração de Redes Linux pela Universidade Federal de Lavras, Minas Gerais (2004), Especialista em Direito para a Carreira da Magistratura (2013) e em Metodologia do Ensino Superior e da Pesquisa (2016), ambas pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Possui graduação em Matemática (2000) e bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (2009). Atua no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia desde 1999, onde foi Escrivão pro tempore de 2005 a 2011 e Diretor de Cartório de 2011 a 2013. De 2013 a 2015 foi Chefe do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Rolim de Moura. Desde julho de 2015 é Assessor de Juiz de Direito na 1ª Vara Cível de Rolim de Moura. É pesquisador do Centro de Pesquisa e Publicações Acadêmicas (CEPEP) da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia.

A COLETA, A MANIPULAÇÃO E A PRESERVAÇÃO DA EVIDÊNCIA DIGITAL PARA O PROCESSO PENAL

José Ricardo Simões Rodrigues

Resumo

Com a democratização do acesso aos computadores e a redes de alcance mundial, os crimes cometidos por meio de computador ou contra sistemas de informação passaram a ser cada dia mais comuns. Tais crimes podem se consumir em meio eletrônico ou no mundo tangível. Os vestígios deixados por essas atividades ilícitas estão muitas vezes exclusivamente em meio digital, o que, em razão de dificuldades técnicas e falta de padronização das ações dos técnicos responsáveis por sua coleta e manipulação, pode render uma evidência imprestável para uso em juízo. Busca-se aqui discutir os procedimentos já padronizados para a coleta desse tipo de evidência bem como para a formação de sua cadeia de custódia, de modo a chegar intocada, autêntica e admissível para o processo penal.

Palavras-chave: Evidência digital. Cena do crime. Coleta. Cadeia de custódia. Processo penal.

Introdução

A Forense Computacional é uma área de pesquisa e atuação relativamente recente e são poucos os trabalhos sobre este assunto no Brasil. Entretanto, é crescente a necessidade de desenvolvimento de estudos nesse sentido, vez que a utilização de computadores em atividades ilegais é cada vez mais comum.

Da mesma maneira que ocorre com outras ciências forenses, os profissionais da lei estão reconhecendo que a Perícia Forense pode prover evidência extremamente importante para solucionar um

crime e, em juízo, fundamentar uma decisão de mérito. Tem sido valorizada a evidência digital, inclusive com o reconhecimento da validade jurídica de documentos assinados digitalmente, se tornará crescentemente crítico que a evidência seja controlada e examinada corretamente.

Perícia Forense em Sistemas Computacionais é o processo de coleta, recuperação, análise e correlacionamento de dados que visa, dentro do possível, reconstruir o curso das ações do infrator e recriar cenários completos de maneira fidedigna.

Atualmente essa disciplina encontra-se num estágio de esforços de padronização de rotinas e criação de um conjunto de melhores práticas. A importância de tal esforço reside na necessidade de se garantir a integridade das evidências apresentadas em juízo, dado que, uma vez padronizados os procedimentos, torna-se mais difícil conseguir levantar teses juridicamente viáveis para o questionamento dos fatos apresentados tomando como tese a metodologia utilizada na manipulação das provas, desde que toda essa técnica tenha sido aplicada corretamente.

A carência e escassez de metodologias amplamente difundidas e adotadas para o manuseio da evidência digital pode ser explicada pelo fato de existirem inúmeras mídias de armazenamento, plataformas, sistemas operacionais e protocolos, além de diversas mudanças de versão. Todos esses fatores tornam difícil a definição de padrões e metodologias, pelo menos da mesma forma como acontece com as outras disciplinas forenses.

Já existem padrões internacionais definidos e sendo aplicados de forma experimental. Eles foram desenvolvidos pelo Scientific Working Group on Digital Evidence¹ (SWGDE), que é o representante norte-americano na International Organization on Computer Evidence² (IOCE). O documento mais atualizado é o SWGDE Best Practices for Computer Forensics Version 3.1³ de julho de 2014. Algumas das recomendações apresentadas aqui são baseadas nessa coleção de melhores práticas do SWGDE.

1 Grupo Científico de Trabalho em Evidência Digital.

2 Organização Internacional sobre Evidência Computacional.

3 Melhores Práticas para Forense Computacional do SWGDE, versão 3.1.

Segundo Oliveira, Guimarães e Geus (2001, p. 84), todas as organizações que, em seu dia a dia trabalham com a evidência digital e investigação forense deveriam alcançar um nível de qualidade tal que se assegurasse extrema confiabilidade e grande precisão às evidências. Para o atingimento desse nível de qualidade, é necessária padronização mediante elaboração e colocação em prática de Standard Operating Procedures⁵⁴ (SOPs). Esses procedimentos padrão devem abarcar todo tipo de análises, técnicas e materiais de uso difundidos cientificamente.

Esse preconizado nível de qualidade tem sido buscado por países como os Estados Unidos da América, onde existem cartilhas criadas para auxiliar a policiais e investigadores na preservação de cenas de crimes eletrônicos (U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2008).

Nacionalmente, não há padronização em curso (OLIVEIRA, GUIMARÃES e GEUS: 2002, p. 129).

Procurar-se-á, aqui, fazer um breve levantamento acerca das novas formas de criminalidade sendo cometidas por meio de computador e contra sistemas de informática, dos vestígios deixados por esses ilícitos e das formas de sua coleta e transformação em evidências e indícios para serem usados no processo penal.

O crime na era digital

Segundo informações disponíveis em Internet Crime Complaint Center (2018, p. 17), o número de reclamações referentes crimes perpetrados via internet⁵, nos Estados Unidos, mantém uma média de 284.000 reclamações por ano. O prejuízo apontado pelo relatório é de aproximadamente US\$ 1,42 bilhão em 2017. No Brasil, os números disponíveis no sítio eletrônico do Grupo de Resposta a Incidentes de Segurança para a Internet brasileira, mantido pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, demonstram que em 2010 foram reportados

4 Procedimentos Operacionais Padrão.

5 Grafou-se na extensão deste trabalho o termo internet em letras minúsculas por entendermos, como em Uchôa e Alves (2002, p. 7), ser atualmente um meio de comunicação tão popular como rádio ou televisão.

142.844 incidentes de segurança envolvendo redes de computadores, ao passo que em 2017 esse número foi de 833.775 (CERT.BR, 2018).

Esses números evidenciam um crescimento considerável no número de ilícitos envolvendo informática, também chamados de crimes informáticos.

Quanto à classificação desses crimes, em Ferreira (1992, p. 214-215) distinguem-se duas categorias:

1. Os crimes cometidos contra um sistema de informática, seja qual for a motivação do agente;
2. Os crimes cometidos contra outros bens jurídicos, por meio de um sistema de informática.

O delito de informática, *strictu sensu*, é o primeiro, ou seja, aquele em que o computador ou sistemas de computadores, redes, etc, são atacados mediante uso de outros computadores (o computador é a ferramenta e alvo). No segundo caso, o crime é comum e o computador é apenas uma ferramenta utilizada para o atingimento do fim desejado pelo agente, sendo mais comuns nesta espécie as práticas ilícitas de natureza patrimonial, crimes contra a honra, as que atentam contra a liberdade individual e contra o direito de autor.

Outros autores, como por exemplo Vianna (2003, p. 13-26), classificam os crimes informáticos como puros (próprios) ou impuros (impróprios).

Essa classificação leva em conta o também a ferramenta utilizada, o ambiente de consumação e o bem jurídico protegido. Nos crimes de computador puros ou próprios as condutas são praticadas por meio de computador e se realizem ou se consomem também em meio eletrônico. O bem jurídico protegido é a própria segurança dos sistemas, a titularidade das informações e integridade dos dados, do equipamento e seus periféricos.

Quando o bem jurídico a ser protegido tratar-se de bens não computacionais e o computador for apenas o meio utilizado para lesar ou pôr em risco esses bens, produzindo um resultado que ofenda o mundo físico ou real, estaremos diante dos crimes eletrônicos impuros ou impróprios.

Assim, os crimes informáticos dividem-se em crimes contra o

computador e crimes por meio do computador, em que este serve de instrumento para atingir uma meta.

Os crimes de computador, segundo informação de Aras (2001), em geral, são definidos na doutrina norte-americana como *special opportunity crimes*, pois são cometidos por pessoas cuja ocupação profissional implica o uso cotidiano de microcomputadores, não estando excluída, evidentemente, a possibilidade de serem cometidos por curiosos.

Vive-se, dessa maneira, uma época de proliferação dos crimes dessa índole, sejam, cometidos contra sistemas de computador ou contra bens tradicionalmente protegidos pela norma penal e ofendidos por meio de computadores ou dispositivos assemelhados.

Os vestígios deixados por essas condutas podem estar disponíveis exclusivamente em meio digital, e nesse meio devem ser colhidos e transformados em evidências para uso no processo penal, seja para conseguir uma condenação ou para provar a inocência do acusado.

A evidência digital

Trata-se a evidência criminal de quaisquer provas, sejam documentais, testemunhais ou periciais, que se destinem a firmar a convicção do juiz sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes no Processo Penal. Durante o curso de uma investigação criminal, a coleta dessas evidências visa determinar a existência do ato ilícito, suas circunstâncias bem como seu autor.

Já a evidência digital é aquela que se encontra em algum formato ou meio utilizado em processamento eletrônico digital. Podem ser uma representação digital de dados em estado bruto ou processados, sons, imagens estáticas ou em movimento e textos para processamento por sistemas computacionais.

Segundo Brezinski e Killalea (2002), a evidência digital deve ser:

Admissible: It must conform to certain legal rules before it can be put before a court. Authentic: It must be possible to positively tie evidentiary material to the incident. Complete: It must tell the whole

story and not just a particular perspective. Reliable: There must be nothing about how the evidence was collected and subsequently handled that casts doubt about its authenticity and veracity. Believable: It must be readily believable and understandable by a court⁶.

Esses requisitos para a evidência digital estão bem próximos daqueles exigidos para a produção da prova conforme aceito pela doutrina brasileira. Para Feitoza (2008, p. 686), por exemplo:

Os pressupostos ou “requisitos” para a coleta e produção de prova são:

a) admissibilidade ou legalidade: a prova é prevista ou não vedada por lei ou pela Constituição

b) adequação, idoneidade, pertinência, ou aptidão: a prova contribui para a obtenção de fim da persecução criminal ou processo penal concretamente considerados, como demonstrar a existência ou inexistência da infração penal e sua autoria, formar a convicção da entidade decisora (...)

c) necessidade: a prova tem a mesma aptidão que outras para obter os fins da persecução criminal concreta (...)

É da natureza da evidência digital ser menos tangível que as demais evidências. Um corpo, uma arma branca ensanguentada, uma cápsula de munição deflagrada, um projétil ou mesmo uma impressão digital são mais tangíveis que um arquivo eletrônico armazenado em um frágil disco magnético ou em um endereço de memória volátil.

A evidência digital, no atual estágio de desenvolvimento tecnológico de armazenamento e processamento de dados será quase sempre composta por campos magnéticos ou óticos gravados em discos, fitas ou outros dispositivos como circuitos integrados de memória não

6 Admissível: necessita estar em conformidade com certas normas antes de ser posta perante um tribunal. Autêntica: deve ser possível estabelecer um liame entre o material das evidências e o incidente. Completa: deve refletir todos os fatos e não apenas uma perspectiva particular. Confiável: nada deve haver acerca do modo como a evidência foi coletada e subsequentemente manipulada que lance alguma dúvida quanto sua autenticidade e veracidade. Crível: deve ser imediatamente crível e de fácil entendimento pelo julgador. Tradução do autor.

volátil⁷ ou por pulsos eletrônicos armazenados temporariamente em memória volátil⁸ ou sendo transmitidos por uma rede como a internet ou redes locais. Assim, devem ser considerados como possível fonte de evidências digitais:

- Dispositivos de armazenamento em computadores ou dispositivos capazes de processamento eletrônico digital⁹ (registradores e caches);
- Memória de periféricos (modems, pagers, aparelhos de fax, impressoras, monitor de vídeo);
- Dispositivos de rede como roteadores (switches), concentradores de conexão (hubs), modems externos ou aparelhos de telefonia sobre Internet Protocol (IP);
- Dispositivos de armazenamento secundário, como unidades de disco óptico, magnético, de fita ou de estado sólido¹⁰, cartões de memória, pendrives;
- Estado do sistema operacional ou de dispositivos de rede, como os arquivos de configuração e de registro e de *logs*¹¹.
- Espaços de armazenamento remoto (computação na nuvem ou *cloud computing*, por exemplo).

Apesar dessa volatilidade, as evidências digitais serão passíveis de coleta e análise desde que sejam utilizadas as ferramentas e técnicas apropriadas. Essa extrema volatilidade, ao lado da possibilidade de

7 Um exemplo seriam as memórias do tipo *Read Only Memory* (ROM, memória apenas para leitura) e os populares *pendrives*.

8 *Ramdon Access Memory* (RAM, memória de acesso aleatório).

9 Atualmente existe toda uma gama de dispositivos que possuem capacidade de processamento, entre eles, telefones celulares inteligentes, computadores portáteis (notebooks e tablets), aparelhos de televisão e reprodutores de multimídia.

10 SSD, sigla para *Solid state drives* ou Dispositivos de estado sólido. Os disco óticos ou magnéticos oferecem armazenamento massivo e a custos baixos. Como ponto negativo, são relativamente lentos para os padrões atuais, ocupam mais espaço e representam soluções energeticamente caras e apresentam partes mecânicas propensas a falhas. Os SSD, apesar do custo mais elevado, solucionam parte desses problemas.

11 *Logs* são uma espécie de registro de atividades, seja do usuário, seja do próprio sistema operacional e demais programas. Sobre as normas brasileiras acerca da obrigatoriedade e guarda desses registros por provedores de acesso e de aplicações, ver artigos 10 e seguintes da Lei 12.965/2014 (BRASIL, 2014).

fácil duplicação, são as principais características próprias da evidência digital.

A evidência digital, então, em seus requisitos para coleta e apresentação em juízo, não se distancia em muito daquelas evidências comumente aceitas em juízo nos demais crimes. Os procedimentos devem ser diferentes e especializados em razão dessa volatilidade, das inúmeras formas de armazenamento possíveis e de seu aspecto técnico.

Coleta e preservação

Um dos princípios fundamentais da ciência forense é o Princípio de Locard. Edmond Locard enunciou que qualquer pessoa ou qualquer objeto que adentre numa cena de crime levará consigo algo e deixará para trás alguma coisa (COUTO, 2010). Por isso tal princípio também é conhecido como Princípio da Troca de Locard, ante a permuta de traços entre esses sistemas.

Para a evidência digital, esse princípio também poderá ser considerado válido, pois uma vez que o perito tiver acesso à cena do crime e aos objetos que entraram em contato com ela poderá, apesar da extrema dificuldade e da necessidade de cenários favoráveis, encontrar as evidências dessa troca.

Dado esse princípio, a atividade pericial é sensível a provocar interferências também nos cenários do crime eletrônico, de modo a possivelmente tornar imprestável a evidência adquirida, pois ela falhará em, pelo menos, dois de seus requisitos essenciais que são a autenticidade e a confiabilidade.

Como tal evidência será submetida ao crivo do contraditório em Juízo, as partes certamente questionarão a legitimidade dessa evidência, principalmente ao argumento de que elas foram alteradas, substituídas ou mesmo plantadas.

Portanto, segundo Farmer e Venema (2006) e Scientific Working Group on Digital Evidence (2014), necessárias algumas atitudes do perito antes mesmo da coleta propriamente dita atitudes tendentes a

manter intacta a cena do crime. São elas, principalmente:

- Verificar a autorização legal para a busca da evidência, garantindo que eventuais restrições se aplicarão. Se no curso do processo de coleta de evidências autorizações adicionais forem necessárias estas deverão ser solicitadas e deferidas antes do prosseguimento.
- Utilizar mídias novas (virgens) ou completamente limpas (formatadas e sem arquivos) e em boas condições
- Certificar-se de que as ferramentas (programas de computador) estão licenciadas e configuradas para utilização.
- Certificar-se de que os equipamentos forenses (estação de trabalho, por exemplo) e mídias estão prontos e disponíveis para utilização.
- Na cena do crime, providenciar o isolamento não permitindo alterações acidentais ou subtração de possíveis evidências.
- Documentar em vídeo e/ou fotografias o ambiente, os equipamentos (configurações, modelo, série etc), suas conexões e disposição
- Manter a cadeia de custódia estritamente intacta.

Em Dias Filho (2009, p. 447) encontramos uma definição que explicita e conceitua cadeia de custódia:

Uma sucessão de eventos concatenados, em que cada um proporciona a viabilidade ao desenvolvimento do seguinte, de forma a proteger a integridade de um vestígio do local de crime ao seu reconhecimento como prova material até o trânsito em julgado do mérito processual; eventos estes descritos em um registro documental pormenorizado, validando a evidência e permitindo sua rastreabilidade, sendo seu objetivo-fim garantir que a evidência apresentada na corte se revista das mesmas propriedades probatórias que o vestígio coletado no local de crime.

Mister se faz reforçar a necessidade da manutenção de uma cadeia de custódia hígida e bem documentada. É essa cadeia de custódia que documenta na posse de quem certa evidência estava em um dado

momento no tempo. Quem era, portanto, o responsável por sua conservação. Em caso de comprometimento da evidência ao longo do processo, a cadeia de custódia permitirá mapear as responsabilidades individuais no processo.

Esse protocolo assegura a idoneidade de todo o processo de coleta de provas, pois documenta todas as fases percorridas.

Segundo Chasin (2001, p. 41), a cadeia de custódia se subdivide em externa e interna. A primeira compreende o período entre o transporte do local de coleta da evidência até a chegada às instalações forenses enquanto que a segunda refere-se ao procedimento interno no laboratório, até o possível descarte das amostras.

Obviamente a ação do investigador ou perito deve se pautar dentro da estrita legalidade, em nada se diferindo da atuação para recolhimento das demais evidências. A exemplo disso, a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, que trata das interceptações telefônicas e de tráfego de dados, regulamentando o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, estipula que:

Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Assim sendo, qualquer procedimento pericial que importe em violação da garantia fundamental expressa no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, deve ter como suporte autorização judicial para sua execução, que circunscreverá os limites dessa atuação.

Para o processo de coleta propriamente dita das evidências consubstanciadas em informações digitais, o perito deverá passar por um processo de três etapas descritas em Pereira *et al* (2007, p. 17-18). São elas:

1. Estabelecimento de uma ordem de prioridade na qual os dados devem ser coletados. Deverão ser considerados fatores como volatilidade da informação, esforço necessário para sua

- extração e valor estimado da informação a ser obtida.
2. Processo de cópia dos dados, com o uso de ferramentas apropriadas e confiáveis de modo a garantir a integridade e a segurança da evidência bem como em formato que possibilite sua posterior duplicação e análise.
 3. Preservação da integridade dos dados, preferencialmente utilizando-se de aplicações para geração de *hashes*¹² ou assinatura digital com chaves públicas¹³.

Adicionalmente, no processo de cópia dos dados, segundo Scientific Working Group on Digital Evidence (2014), os seguintes cuidados deverão ser tomados pelo profissional:

- Cuidados devem ser tomados para prevenir que a evidência não venha ser contaminada fisicamente com substâncias perigosas.
- Deverão ser utilizados bloqueios, sejam via *softwares*¹⁴, sejam via *hardwares*¹⁵ de modo a evitar modificações da evidência original.
- Utilizar métodos conhecidos e verificáveis para a coleta da evidência. Aqui o respeito aos padrões internacionalmente aceitos é muito importante.
- As cópias devem ser feitas utilizando-se de ferramentas que permitam a captura bit-a-bit (*bit stream*) da mídia original.

É importante salientar que, conforme dito anteriormente, muitas vezes as evidências estão trafegando na rede, inclusive o ato ilícito

12 Um hash é uma sequência que se garante ser única para uma cadeia de caracteres ou para um arquivo digital. Deve-se gerar o hash do arquivo original e da cópia, de modo que se possa averiguar, posteriormente, que a cópia extraída é uma reprodução fiel da evidência encontrada. Os algoritmos de hash mais utilizados e em ordem de segurança proporcionada são o MD4, MD5 e o SHA1, cujas implementações são amplamente disponíveis para as mais diversas plataformas computacionais.

13 Trata-se a assinatura de chaves públicas de uma das técnicas disponíveis para gerar documentos digitais com validade legal. No Brasil, a Medida provisória 2.200-2, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), determina que qualquer documento digital tem validade legal se for certificado pela ICP-Brasil.

14 Sistemas de arquivos, por exemplo, podem ser montados em modo de somente leitura.

15 Alguns tipos de unidades de disco ou de cartões de memória possuem uma trava que, uma vez acionada, não permitirá nenhuma alteração nos arquivos.

pode estar em pleno curso, como no caso de uma invasão de um sistema computacional conectado a uma rede. Nesses casos, pode ser necessária a aquisição de dados adicionais como os mencionados em Scientific Working Group on Digital Evidence (2014):

- Processos e programas sendo executados no momento;
- Serviços providos, portas de conexão ativas e informações de IP;
- Arquivos temporários criados pelo sistema ou ainda não salvos em disco;
- Informações de dispositivos acessados pela rede e respectivas permissões;
- Usuários conectados pela rede que podem ter acesso aos mesmos dados sendo analisa- dos.

Uma vez que os dados coletados estejam em mídias apropriadas, prontas para a análise posterior em laboratório, é de extrema importância a adoção das melhores práticas para a preservação dessas informações. Essas práticas incluem a duplicação da informação armazenada, processo conhecido como cópia de segurança, gerando uma redundância que será útil para recuperação em casos de acidentes no processamento ou falhas nessas mídias de armazenamento. Tais práticas recomendam, inclusive, que o armazenamento das cópias seja feito em lugares distintos, evitando que desastres naturais ou a intervenção humana provo quem sua perda.

Então, quanto ao processo de coleta e preservação das evidências digitais, valem as já conhecidas regras da ciência forense, principalmente aquelas relativas à necessidade de preservação da cena do crime e da produção de uma evidência imaculada de agentes externos.

O respeito aos direitos constitucionais em jogo, principalmente aqueles atinentes à privacidade do investigado deve ser permanente, assim como a busca de melhores práticas aceitas internacionalmente nessa área de atuação.

A evidência digital e o processo penal

Prescreve o Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941) em seu artigo 158 que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” Resta imprecisa na lei a definição do que seria vestígio.

No conceito de Dias Filho (2009, p. 441),

(...) vestígio mantém a característica abrangente do vocábulo que lhe deu origem, podendo ser definido como todo e qualquer sinal, marca, objeto, situação fática ou ente concreto sensível, potencialmente relacionado a uma pessoa ou a um evento de relevância penal, e/ou presente em um local de crime, seja este último mediato ou imediato, interno ou externo, direta ou indiretamente relacionado ao fato delituoso.

Assim, ao encontrar um vestígio deixado por um agente ou um evento, ele passará a ser importante para a resolução do caso se for possível estabelecer a ligação entre esse vestígio e o delito sob investigação. Ocorrendo a comprovação objetiva dessa relação de causalidade, o vestígio passará a ser denominado evidência.

Dias Filho (2009, p. 441) arremata então dizendo que “evidência é o vestígio que, após avaliações de cunho objetivo, mostrou vinculação direta e inequívoca com o evento delituoso. Processualmente, a evidência também pode ser denominada prova material.”

Interessante notar que, como bem observado por Dias Filho (2009), ao contrário da evidência, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) delimita bem o conceito de indício em seu artigo 239 ao precisar que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou transcircunstâncias.”

Logo, por operações lógicas do sujeito que aprecia o indício, é possível concluir, a partir de um indício, pela existência de outros indícios também circunstanciais. Esse segundo tipo de indício carrega, então, um componente de subjetividade. Ao contrário, um indício que

decorre diretamente de uma evidência é objetivo.

Quanto ao relacionamento entre vestígio, evidência e indício, Dias Filho (2009, p. 442-443) assim conclui:

(...) podemos deduzir que a evidência é o vestígio que, mediante pormenorizados exames, análises e interpretações pertinentes, se enquadra inequívoca e objetivamente na circunscrição do fato delituoso. Ao mesmo tempo, infere-se que toda evidência é um indício, porém o contrário nem sempre é verdadeiro, pois o segundo incorpora, além do primeiro, elementos outros de ordem subjetiva.

Não existe legislação específica sobre forense computacional no Brasil. Aplicam-se a essa modalidade as regras gerais prescritas para as perícias em geral.

O Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) possui as seguintes prescrições atinentes aos exames periciais e que são aplicáveis no trato com a evidência digital:

Art. 170. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.

Nesse dispositivo, na primeira parte, fica evidenciada a importância jurídica da cadeia de custódia e do correto armazenamento das evidências. É a observância dessas práticas que permitirá a reprodução da evidência coletada e a eventual feitura de novo exame pericial durante o contraditório do processo penal.

Com referência ao laudo pericial, também o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) prescreve:

Art. 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.

Aqui o legislador prevê um requisito essencial para o laudo a ser emitido pelo perito quando o crime sendo apurado envolver,

por exemplo, uma invasão de sistemas de computador. Esse laudo, referindo-se a evidências em meio digital, obrigatoriamente, deverá descrever quais ferramentas (sejam de *software*, sejam de *hardware*) e metodologias foram utilizadas durante o processo de coleta e processamento da evidência. Durante a análise dos arquivos, por exemplo, o perito deverá documentar as informações referentes ao tempo do acesso a esses arquivos pelo agente¹⁶. Com a correta extração dessas informações será possível reconstruir todos os passos executados pelo infrator.

Normalmente os exames periciais são realizados por uma equipe de profissionais, até porque pode trata-se de um estudo multidisciplinar. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal determina que:

Súmula 361

No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão.

A interpretação posterior do próprio Supremo Tribunal Federal deu conta de que essa Súmula refere-se a peritos não oficiais, ou seja, aqueles que não fazem parte dos quadros da Polícia Judiciária e são nomeados conforme permissão do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), por exemplo ante ausência ou impedimento dos peritos oficiais. O próprio Código de Processo Penal foi modificado posteriormente pela Lei 11.690/2008 passando a ter a seguinte redação:

¹⁶ O perito chegará a essa informação utilizando-se de ferramentas para extração dos *MAC times*. Tratam-se de informações (metadados) gravadas no sistema de arquivos que registram datas em que ocorreram certos eventos relacionados ao arquivo pela última vez, como, criação, acesso e edição.

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

No sentido dessa interpretação é o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1996):

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. FALTA DE DEFESA. LAUDO PERICIAL (ART. 159 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). INTERROGATÓRIO. PENA: FUNDAMENTAÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO. "HABEAS CORPUS". 1. É de repelir a alegação de falta de defesa, se esta não fica evidenciada com a impetração e as informações do Tribunal prolator do acórdão esclarecem que o réu teve Defensora dativa, que ofereceu defesa prévia, participou das audiências de instrução - inclusive com reperguntas - e apresentou alegações finais e razões de apelação. 2. O laudo pericial, segundo o acórdão, foi elaborado por dois peritos oficiais, ainda que, por inadvertência, assinado apenas por um. 3. De resto, a perícia, no caso, foi realizada antes da vigência da Lei nº 8.862, de 28.3.1994, que deu nova redação ao art. 159 do Código de Processo Penal. 4. Enquanto vigorou com sua redação originária o art. 159 do Código de Processo Penal, a Súmula 361 do S.T.F. somente se referiu aos peritos não-oficiais, pois sua jurisprudência posterior considerou válido o laudo assinado por um só perito oficial. 5. O interrogatório do réu foi realizado regularmente e até por ele assinado. 6. O regime fechado de cumprimento de pena era o cabível, no caso, em face do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 26.07.1990, já que o atentado violento ao pudor ocorreu posteriormente. 7. A pena, no acórdão, foi corretamente fixada, e a impetração não lhe impugna a fundamentação, mas, sim, apenas a da sentença, que, no ponto, não subsistiu. 8. "H.C." indeferido.

(HC 74521, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996, DJ 04-04-1997 PP-10522 EMENT VOL-01863-02 PP-00445)

Importante salientar que o mencionado artigo 159 do Código de Processo Penal também impõe outros requisitos para nomeação do perito, quais sejam, idoneidade das pessoas nomeadas, preferência por aqueles que detenham curso de nível superior e habilitação técnica relacionada à natureza do exame.

Nesta seção foram destacadas alguns aspectos da evidência eletrônica com relação ao processo penal. Dentre eles, a imprescindibilidade dos exames periciais para a apuração dessa modalidade criminosa.

Verificou-se que a prova indiciária, assim conhecido como aquele indício que decorre diretamente de uma evidência pericial, possui cunho objetivo, sem avaliação subjetiva, portanto. Desse indício poder-se-á decorrer logicamente outros indícios, conforme autorização da lei processual penal.

Essa mesma legislação processual penal estatui alguns requisitos para o laudo pericial bem como para a nomeação de peritos oficiais e não oficiais para atuação em juízo.

Considerações finais

Procurou-se neste trabalho levar a cabo um rápido levantamento acerca das novas formas de criminalidade que vem sendo cometidas por meio de equipamentos de informática e contra sistemas de computadores, dos vestígios deixados por esses ilícitos e das formas de sua coleta e transformação em evidências e indícios para serem usados no processo penal.

O estudo concluiu que há uma crescente proliferação de crimes dessa espécie, tanto os perpetrados contra sistemas de computador quanto aqueles cometidos contra bens tradicionalmente protegidos pela norma penal, como o patrimônio e a honra subjetiva.

Como os demais crimes, essa nova modalidade também deixa vestígios e, dada a forma como são praticados, esses vestígios podem estar em meio digital, exigindo que aí sejam coletados e transformados em evidências para uso no processo penal, seja para

conseguir uma condenação ou para provar a inocência do acusado.

Esse tipo de evidência reveste-se de grande volatilidade, exigindo que sejam utilizadas as ferramentas e técnicas de eficácia comprovada cientificamente.

Do estudo comparado da doutrina e da literatura técnica sobre o tema, conclui-se que a evidência digital, em seus requisitos para coleta e apresentação em juízo, não se distancia em muito daquelas evidências comumente aceitas em juízo nos demais crimes. Os procedimentos devem ser diferentes e especializados em razão de sua volatilidade, das inúmeras formas de armazenamento possíveis e de seu aspecto técnico diferenciado.

Dadas essas semelhanças com os demais tipos de evidências, conclui-se que, quanto ao processo de coleta e preservação das evidências digitais, valem as já conhecidas regras da ciência forense, principalmente aquelas relativas à necessidade de preservação da cena do crime e da produção de uma evidência imaculada de agentes externos. O respeito aos direitos constitucionais em jogo, principalmente aqueles atinentes à privacidade do investigado deve ser permanente, assim como a busca de melhores práticas aceitas internacionalmente nessa área de atuação.

Da legislação processual penal, foram destacadas alguns aspectos relativos à evidência eletrônica, como a imprescindibilidade dos exames periciais para a apuração dessa modalidade criminosa, principalmente por constituir o indício que decorre diretamente da evidência pericial de prova indiciária de cunho objetivo, sem avaliação subjetiva, portanto.

Essa mesma legislação processual penal estatui alguns requisitos para o laudo pericial bem como para a nomeação de peritos oficiais e não oficiais para atuação em juízo.

Por se tratar de uma área de atuação em desenvolvimento e em fase de padronização, é importante manter-se atualizado com as melhores práticas reunidas e recomendadas por organismos nacionais e internacionais.

Referências

ARAS, V. Crimes de informática. Uma nova criminalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2250>>. Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus 74521. Primeira Turma. Relator Ministro Sydney Sanches. Julgamento em 10/12/1996. Diário da Justiça de 04/04/1997, p. 10522. Ementário v. 01863-02, p. 445.

BREZINSKI, D. e KILLALEA, T. RFC 3227: Guidelines for Evidence Collection and Archiving. The Internet Society: 2002. Disponível em <<http://www.ietf.org/rfc/rfc3227.txt>>. Acesso em: 13 set. 2018.

CERT.BR. Estatísticas dos Incidentes Reportados ao CERT.br. Disponível em <<http://www.cert.br/stats/incidentes/>> Acesso em: 13 set. 2018.

CHASIN, A. A. da M. Parâmetros de confiança analítica e irrefutabilidade do laudo pericial em toxicologia Forense. Revista Brasileira de Toxicologia, v. 14, n. 1, p. 40-46, 2001.

COUTO, S. P. Manual da Investigação Forense. São Paulo: Ideia e Ação, 2010.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de

crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v.98, n.882, p. 436- 451, maio 2009.

FARMER, D; VENEMA, W. *Perícia forense computacional: Teoria e prática aplicada*. Prentice Hall: São Paulo, 2006.

FEITOZA, D.. *Direito processual penal: Teoria, crítica e práxis*. 5. ed. Impetus: Niterói, 2008.

FERREIRA, I. S. Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. In: . São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1992. cap. Os crimes de informática, p. 139- 162.

INTERNET CRIME COMPLAINT CENTER. 2017 Internet Crime Report. 2018. Disponível em <https://pdf.ic3.gov/2017_IC3Report.pdf> Acesso em: 13 set. 2018.

OLIVEIRA, F. de S.; GUIMARÃES, C. C.; GEUS, P. L. de. Forense Computacional: Aspectos legais e padronização. In: I Workshop sobre Segurança em Sistemas Computacionais, 2001, Curitiba, PR. *Anais do WSeg'01 (SCTF'01)*, 2001. p. 80-85.

OLIVEIRA, F. de S.; GUIMARÃES, C. C.; GEUS, P. L. de. Resposta a incidentes para ambientes corporativos baseados em Windows. In: II Workshop sobre Segurança em Sistemas Computacionais, 2002, Búzios, RJ. *Anais do WSeg'02 (SBRC'02)*, 2002. p. 129- 136.

PEREIRA, E.; FAGUNDES, L.; NEUKAMP, P.; LUDWIG, G.; KONRATH, M. Forense Computacional: fundamentos, tecnologias e desafios atuais. In: VII Simpósio brasileiro em segurança da informação e de sistemas computacionais. Rio de Janeiro: VII Simpósio Brasileiro em Segurança da Informação e de Sistemas Computacionais, 2007.

SCIENTIFIC WORKING GROUP ON DIGITAL EVIDENCE. Best practices for computer forensics version 3.1. Set. 2014. Disponível em <<https://>

www.swgde.org/documents/Current%20Documents/SWGDE%20Best%20Practices%20for%20Computer%20Forensics> Acesso em: 13 set. 2018.

SCIENTIFIC WORKING GROUP ON DIGITAL EVIDENCE. Capture of live systems v 2.0. Set. 2014. Disponível em <<https://www.swgde.org/documents/Current%20Documents/SWGDE%20Capture%20of%20Live%20Systems>> Acesso em: 13 set. 2018.

UCHÔA, K. C. A.; ALVES, R. M. Introdução à Cibercultura. Lavras: UFLA/FAEPE, 2002. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu (Especialização) em Administração de Redes Linux.

U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Electronic crime scene investigation: A guide for first responders. 2. ed. Washington: 2008. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/219941.pdf>> Acesso em: 13 set. 2018.

VIANNA, T. L. Fundamentos de Direito Penal Informático. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Láisa Vedrama Lima

Especialista em Direito para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Pós-graduanda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Bacharel em Direito pela Faculdade Interamericana de Porto Velho -UNIRON (2015). Atualmente é Assistente de Promotoria de Justiça no Ministério Público do Estado de Rondônia.

NEGÓCIOS PROCESSUAIS: A TENDENTE CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO E O PAPEL DO JUIZ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Láisa Vedrama Lima

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo realizar uma breve análise acerca dos negócios jurídicos processuais no atual Código de Processo Civil, abordando as principais mudanças quanto aos negócios típicos e atípicos, contrastando-os com a tendência a privatização do processo e a atuação do magistrado diante dessas mudanças. Tratar do contexto em que está inserida tal tendência e apontar as principais mudanças em razão da ampliação do rol de negócios típicos no processo civil brasileiro. Averiguar algumas das implicações que a inserção da chamada cláusula geral de negociação terá sobre o processo, seu caráter público e a atividade jurisdicional, por conta a abertura extraordinária à possibilidade da realização dos mais diversos negócios processuais atípicos.

Palavras-Chave: Negócio Processual. Procedimento. Poderes.

Introdução

Dentre as inovações previstas no Novo Código de Processo Civil está a ampliação dos acordos processuais típicos e a inserção do artigo 190, o qual vem recebendo da doutrina a nomenclatura de cláusula geral de negócios processuais. Inovações que por entendimento majoritário representam mudanças significativas na atividade jurisdicional, benéficas ou não.

O negócio processual implica necessariamente em uma flexibilização do procedimento por meio de acordo realizado pelas

partes. Modelo bastante utilizado na arbitragem e no regramento processual de alguns países europeus como a França e a Itália, é tema que tem ocasionado profundos debates acerca das vantagens e desvantagens quanto a sua forma e adoção no processo civil brasileiro.

Desta feita, o presente trabalho visa discorrer sobre os novos negócios processuais típicos, sobre a cláusula geral que viabiliza a realização de diversos negócios atípicos e como estes influenciarão na atuação do magistrado na condução do processo e consequentemente na atividade jurisdicional.

Contextualização e negócios processuais típicos

Influenciada pelo direito internacional e em especial pelas regras da arbitragem, a Lei nº 13.105/15 segue a tendência da contratualização do processo. Sobre tal afirmativa, desde já, importa destacar o que leciona Luiz Guilherme Marinoni¹:

O código de Processo Civil, alinhando-se a uma tendência desenvolvida sobretudo no direito francês, a partir da década de oitenta do século passado, abraçou francamente a contratualização do processo. Deve-se entender por essa expressão todos os acordos realizados na pendência de um processo judicial que disciplinam o modo como o magistrado deverá conduzir a tramitação da causa visando à prestação da tutela jurisdicional.

No direito francês, a possibilidade da alteração contratual do procedimento deu-se no ano de 2005 por meio de decreto (Décret ° 2005-1678 du 28 décembre 2005), que trouxe a necessidade da existência de modelo jurídico negocial que propiciasse um processo elástico, capaz de moldar-se às peculiaridades da causa, mas tendo o juiz como destaque. Dessa reforma, surgem os debates sobre a contratualização do procedimento e do modo de regramento dos litigantes no processo civil, temas até então antagônicos. Instituiu-se assim o chamado princípio da cooperação como norteador dos

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, 2. ed. rev., atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 527.

negócios e acordos processuais ou pré-processuais no direito francês.

Tendência não só extraída do direito francês, mas também do direito italiano e britânico, conforme explana José Rogério Cruz e Tucci²:

[...] tema da disponibilidade das regras procedimentais, observa-se que, em época contemporânea, buscando racionalizar a marcha do processo foi introduzida, em 1999, no sistema jurídico inglês, importante reforma - The Woolf Reforms -, que criou uma verdadeira comunidade de trabalho entre o juiz e as partes, visando a um maior dinamismo processual em prol da celeridade. [...]. Em França e na Itália, igualmente, são atualmente admitidos, com peculiaridades próprias, acordos processuais sobre o desenrolar do procedimento.

Na Itália, os acordos procedimentais foram instituídos por lei (lei nº 69/2009) durante a reforma legislativa de junho de 2009, que resultou em várias alterações no código de processo civil, objetivando maior efetividade e melhor funcionamento da justiça italiana. Assim, inspirados no direito francês introduziram o acordo para a calendarização do processo e outros negócios processuais.

Idem ocorreu no direito inglês quando da elaboração do código de processo civil em 1999 (Rules of Civil Procedure), mas neste o magistrado é quem ganha protagonismo na condução flexível do procedimento, sendo-lhe outorgado vários poderes de gestão e regulação do processo para o alcance da justiça substancial.

Sabe-se que a “imposição” da vontade das partes no processo de forma a estipular um procedimento a ser seguido não é algo inédito no ordenamento jurídico brasileiro. Institutos como o a transação, a renúncia, e a convenção sobre regras de competência territorial, já vêm sendo aplicadas há certo tempo, disposições estas que dizem respeito ao direito material e processual.

Todavia, o que por convenção das partes no Código Processual Civil de 1973 limitava-se à negócios típicos como a eleição de foro (art. 111), a suspensão do processo (art. 265, II), a possível repartição do ônus da prova (art. 333) e o adiamento da audiência (art. 453, I), dentre

2 CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais, 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPovm, 2016, p. 25-26.

outros previamente estabelecidos no texto legal, ganhou dimensões ainda não mensuráveis com o advento do Novo Código de Processo Civil.

Tais convenções objetivam alterar a ordem pré-estabelecida em lei dos atos processuais, desde que não resulte em alteração dos efeitos legais. Entretanto, o CPC 2015 trouxe novas possibilidades de negócios processuais típicos, além dos que já existiam no Código anterior e ainda traz a novidade da chamada cláusula geral de negócios processuais, a qual viabiliza a realização de inúmeros negócios atípicos.

Tem-se por negócio processual o gênero do qual são espécies: as convenções e o negócio jurídico processual *stricto sensu*. As convenções dizem respeito aos acordos feitos entre as partes para debater acerca de matéria estritamente processual, tratam, portanto, dos atos procedimentais de natureza processual. Já os negócios propriamente ditos consistem em deliberações das partes sobre o objeto do direito litigioso, ou seja, sobre o direito substancial, material. Vale frisar, que parte da doutrina não faz distinções entre convenção e negócio jurídico processual.

Os negócios processuais podem ser típicos, que são os tipos previstos em lei e que esta estabelece o regime a ser seguido, logo, previamente regulamentado, sendo dispensável o empenho das partes em regulá-lo, devendo estas apenas seguir o disposto na norma; ou atípicos, negócios em que as partes podem negociar as regras procedimentais e ajustarem todo o procedimento em prol de seus interesses e vontades, atendendo as peculiaridades da causa e assim convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

A lei processual civil de 2015 mantém vários dos negócios processuais típicos contidos na lei 5.869/73. As partes continuam a poder eleger o foro competente (art. 63), a convencionar sobre a suspensão do processo (art. 313, II), a negociar o adiamento da audiência (art. 362, I), a acordar sobre a distribuição diversa do ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º) dentre outros contidos na lei revogada. Contudo, consagra novos negócios ampliando o rol de negócios processuais típicos. Dentre esses novos negócios processuais típicos

ganham destaque:

O calendário processual (art. 191), negócio plurilateral pois celebrado entre partes (autor e réu) com o juiz e ainda, se existentes, com os intervenientes, possibilita calendarizar o procedimento, estipulando-se datas para a realização dos atos processuais que assim ficam previamente agendados. Uma vez fixado, visa primordialmente dispensar a intimação das partes para a prática dos atos processuais (art. 191, §2º), já que previamente agendados com a participação destas, estarão antecipadamente cientes. Tal negócio vincula a todos os envolvidos e os prazos estabelecidos só poderão ser alterados em casos excepcionais e mediante justificativa (art. 191, §1º). Busca evitar atos protelatórios e atender a celeridade processual de forma a tornar o processo um procedimento dotado de previsibilidade, porquanto será possível as partes saber da duração do processo e prever quando será proferida a sentença.

Poderá ser fixado em qualquer fase do procedimento, mas dada a sua finalidade de agendar os atos instrutórios, prefere-se pela elaboração deste na fase de organização e saneamento do processo, inclusive, sendo possível que o juiz designe audiência apenas para negociar com as partes acerca da fixação do calendário. Nesses termos é o que diz o enunciado 299 do Fórum de Processualistas Cíveis: “O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para a fase de instrução e decisão.”.

Consiste em ato puramente negocial e, portanto, não pode ser imposto pelo magistrado, havendo necessariamente de ser proveniente de acordo de vontade plurilateral, ou seja, no mínimo com os três principais envolvidos, juiz, autor e réu e como já mencionado, se houver intervenientes estes também devem participar do referido negócio.

Importa mencionar que o art. 357 prevê o calendário específico para a prova pericial, este por sua vez não se confunde com o calendário processual do art. 191, uma vez que é imposto pelo juiz e não dispensa as intimações. Contudo, dado o atual empoderamento das partes, nada impede que tal ato integre os atos calendarizados por acordo, conforme preconiza o §8º do art. 357, que dispõe sobre

o calendário específico para prova pericial quando tal ato não estiver incluso no calendário fixado por negócio ou simplesmente quando as partes e o juiz não acordarem quanto ao calendário, em sendo o caso da inclusão deste no negócio, dispensam-se as intimações dos atos atinentes à prova pericial.

Seguinte ao negócio processual para a calendarização do processo está o negócio para a redução de prazos peremptórios. Negócio plurilateral previsto no art. 222, §1º, diz respeito à possibilidade do juiz, com anuência das partes, reduzir os prazos peremptórios.

Outro negócio típico novo é aquele para a realização de audiência de organização e saneamento que, sendo acordo, necessariamente deverá ocorrer com a participação ou cooperação das partes. Conjecturado no art. 357, §3º, concretiza o princípio da cooperação, consentindo às partes maior participação no chamado saneamento do processo por meio da referida audiência, possibilita um maior e melhor diálogo plurilateral, permitindo que todos conheçam dos detalhes da controvérsia e assim o juiz e as partes estabelecerão as medidas a serem adotadas. Dispõe o artigo: “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”.

Consonante é o negócio previsto no art. 364, §2º em conjunto com art. 357, §2º, que diz respeito ao acordo de saneamento ou saneamento consensual. Todavia, aqui consiste em negócio bilateral, já que o juiz tão somente homologará ou não o acordo apresentado pelas partes, que tratará da delimitação das questões de fato e de direito e que sendo homologado vinculará as partes e o juiz.

No presente negócio observa-se um empoderamento demasiado das partes, porquanto passa a permitir que estas além de discutir os pontos controvertidos da demanda, possam delimitar as questões jurídicas que merecerão análise para a solução do mérito (art. 357, §2º, II e IV). Embora tais pontos sejam posteriormente analisados pelo magistrado, certamente representam uma limitação na atuação e nos poderes deste e amplia extraordinariamente os poderes dos

particulares.

Outro negócio, existente no CPC de 1973, só que agora deixa de ser bilateral e passa a ser unilateral, trata da desistência de documento cuja falsidade foi arguida: “Não se procederá ao exame pericial, se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo” (art. 432). Logo, não é mais exigida a anuência da parte contrária para a retirá-lo dos autos.

Contido no art. 471, outro acordo processual típico possível diz respeito a escolha consensual do perito. Assim, permite o Novo Código que as partes, de comum acordo, escolham o perito e ao escolherem já devem indicar seus assistentes técnicos que irão acompanhar a perícia em local e data previamente definidos.

Ao longo dos anos as leis processuais brasileiras trouxeram variações quanto as regras para a escolha do perito. A exemplo, quando vigente o Regulamento nº 737/50, as partes indicavam os peritos, cada uma um perito e ainda escolhiam um terceiro, só em caso de não haver concordância quanto a escolha do terceiro perito é que o juiz procedia a escolha. Já o Código de Processo Civil de 1939, dispunha em seu art. 129 que cabia ao juiz a escolha do perito e às partes a indicação do assistente técnico (art. 132). Em 1946, alterou-se a redação dos arts. 129 e 132 do CPC/39 e os exames periciais passaram a ser objeto de acordo entre as partes, deviam cada uma indicar um perito e o juiz nomear um terceiro para eventual desempate, voltando a regra do Regulamento de 1950.

Porém, dada a liberdade de escolha e ainda as peculiaridades das relações privadas, observou-se a crescente incidência de laudos tendenciosos, que objetivavam, portanto, privilegiar uma parte. Passando o perito a ser figura eivada de vícios em razão dos interesses da parte que o escolhera, havia, quase sempre, a necessidade de se nomear o terceiro perito, então responsável pelo desempate. Assim discorre Leonardo Carneiro da Cunha³: “Com tempo verificou-se que o perito de cada parte tendia a lançar laudo que lhe fosse respectivamente favorável, cabendo, não raramente, ao terceiro perito (nomeado pelo juiz) desempatar. O juiz, em regra, seguia o

3 Id., 2016, p. 67.

laudo do terceiro perito.”.

Dada tais experiências, o CPC de 1973 traz novamente a regra da nomeação a ser feita pelo magistrado, cabendo às partes a escolha do assistente técnico. Contudo, embora as constatações históricas, insere o CPC 2015 a possibilidade de negócio acerca da escolha de perito pelas partes.

Negócios processuais atípicos, a cláusula geral de negociação e o papel do juiz

O Novo Código traz em seu artigo 190 a chamada cláusula geral de negócios processuais que estabelece que: “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”.

Tais convenções necessariamente tratarão de situações jurídicas processuais como ônus, faculdades, deveres e poderes, estipulando mudanças no procedimento, ainda que não importe ajustes às especificidades da causa. Entendimento que, não bastante a literal expressão legal, foi “consolidado” pelos processualistas civis por meio dos enunciados nº 257 e 258, FPPC.

Da citada cláusula depreende-se a possibilidade da criação de diversas espécies de negócios processuais atípicos e com isso a ampliação extraordinária da autonomia da vontade das partes no processo civil ante a predominância do princípio dispositivo, uma vez que as autoriza a dispor de todo ou boa parte do procedimento previsto em lei e em suma condicionar a atuação do magistrado.

Assim como qualquer negócio jurídico, os negócios processuais passam pelo plano da validade dos atos jurídicos, portanto, para serem válidos devem atender aos requisitos da celebração por pessoas capazes, do objeto lícito e observar a forma prevista ou não proibida em lei e em se tratando de negócios processuais, em especial os atípicos, estes devem atender a outros requisitos essenciais para

que possam ser considerados existentes e válidos.

O negócio processual necessariamente deve adotar a forma escrita, ou seja, a declaração de vontade que lhe confere existência deve sempre ser documentada, ainda que eventualmente manifestada oralmente em audiência ou mesmo em outro momento, ela deve reduzida a termo e mais que isso, deverá, sempre que possível e necessário, ser registrada em meio que permita a sua reprodução. Portanto, depreende-se que quanto à forma, estes não podem ser tácitos, não sendo firmados por meio do silêncio.

Todavia, alguns autores como Fredie Didier dizem ser possíveis negócios tácitos quando de comportamentos comissivos ou omissivos pelas partes, a exemplo da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer, aceitando-se a decisão (comissão) ou pela não alegação de convenção de arbitragem (omissão), assim, afirmam que o silêncio da parte pode, em certas circunstâncias, ser uma manifestação de vontade. E destaca que para os negócios processuais atípicos não haveria forma, sendo esta livre, estariam, portanto, libertos da forma com o que o negócio jurídico se apresenta, podendo ser oral ou escrito, expresso ou tácito.

Partindo dessa premissa tem-se que o objeto do negócio processual será a própria conduta humana voluntária e autônoma, as quais pretendem constar no processo e almejam produzir efeitos sobre ele, de modo que possa ser regulada pelo próprio negócio.

Outrossim, os negócios processuais atípicos devem versar sobre direitos que admitam autocomposição, que por sua vez, conforme explana Fredie Didier⁴ trata-se de: “forma de solução de conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio.”.

Autocomposição é gênero do qual são espécies: a transação, que consiste em concessões mútuas que solucionam o conflito e a submissão, situação em que uma das partes se submete a pretensão do outro de forma voluntária abrindo mão de seus interesses, que quando realizadas em juízo, se partindo do autor, receberá o nome de

4 DIDIER Jr, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 18. ed., Salvador: Jus Podivim, 2016, p. 167.

renúncia (art. 487, III, c) e se do réu, reconhecimento pela procedência do pedido (art. 487, III, a).

Requer-se também a realização por sujeitos plenamente capazes (art. 190). Partindo da análise literal do texto normativo, de pronto se excluiria a possibilidade do negócio processual atípico ser celebrado por absolutamente incapazes, ainda que legalmente representados, ou por relativamente incapazes, ainda que devidamente assistidos. Sendo o ato negocial, caso celebrado em tais casos, respectivamente, nulo ou anulável.

Logo, não se vislumbram razões jurídicas para que não se aplique a regra do art. 171, I, do Código Civil aos negócios processuais atípicos que inclusive, está em consonância com o disposto no art. 191, parágrafo único, do CPC que trata do controle judicial de ofícios nos casos de nulidade.

Entretanto, boa parte da doutrina defende que tal capacidade trata-se pura e simplesmente da capacidade processual, sendo válido o negócio celebrado por incapazes assistidos ou representados, bem como defendem a possibilidade de ser celebrado não apenas por aqueles que gozam de personalidade civil, mas por outros entes como é o caso daqueles desprovidos de personalidade jurídica, mas com capacidade judiciária, como o espólio.

Pressupõem ainda, a observância de regras principiológicas comuns aos negócios jurídicos como a boa-fé processual e do devido processo legal.

No que tange ao regime jurídico, embora a essência processual, a doutrina diverge qual seria o regime aplicável ao negócio para então validá-lo, dado que o CPC 2015 não o regulamenta de forma exaustiva e satisfatória. Assim, cogita-se aplicação de conceitos usados antes do Novo Código, para que o regime do negócio processual tenha de ser misto, ou seja, por um lado não corresponde exatamente a um ato processual, por outro, assim como um ato processual, sua função é a de produzir efeitos no processo. Análise de aparente controvérsia.

Dado tal cenário, o Fórum Permanente de Processualistas Civis buscando regulamentar o que pode ser objeto de negociação processual atípica, editou os enunciados nº 19, nº 21, nº 262 e nº 490

em que dizem quais são alguns dos negócios atípicos admissíveis.

No enunciado nº 19, estipulam a admissibilidade para os pactos de impenhorabilidade, acordos de ampliação de prazos das partes em prazos de qualquer natureza, acordos de rateio de despesas processuais, acordos para retirar o efeito suspensivo de recurso, para a dispensa consensual de assistente técnico, acordos para não promover execução provisória, pactos de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata exclusão destas, conforme previstas no art. 334, além dos pactos para a disponibilização prévia de documentação.

Acrescem por meio do enunciado nº 262 o pacto para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença e no enunciado nº 490, o pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva, o pacto de alteração de ordem de penhora, o acordo para a prefixação de indenização por dano processual e a negociação prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento.

No enunciado nº 19, discorrem tão somente acerca dos negócios plurilaterais e ditam: “São admissíveis os seguintes negócios plurilaterais, dentre outros: acordo para a realização de sustentação oral, acordo para a ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.”.

Passa a se admitir que as partes possam negociar as regras processuais, além de poderem ajustar o procedimento às peculiaridades da causa. Permite-se que estas estabeleçam as regras processuais a serem seguidas em um negócio ou contrato celebrado antes mesmo da existência do processo, bem como podem celebrá-lo no próprio processo e em qualquer fase, até na fase recursal.

Negócios que por força do disposto no parágrafo único do art. 190, passarão pelo controle de validade do juiz e só poderão ser rejeitados em caso de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou nos casos em que alguma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Além do mais, há interpretação de que os negócios atípicos devem

seguir a regra geral do art. 200: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.”. Regra da qual depreende-se que produzem efeitos imediatos, salvo se as partes expressamente houverem modulado a eficácia do negócio com a inclusão de uma condição ou termo.

Para parte da doutrina, aqui citando Fredir Didier, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Leonardo Greco, a regra é simples e clara: “não possuindo defeito, o juiz não pode recusar aplicação ao negócio processual.”.

Nota-se que dentro da temática dos negócios processuais há de se analisar a atuação do magistrado, já que este poderá assumir “diferentes papéis” a depender do tipo de negócio. Alguns desses influenciarão em sua atuação e consequentemente afetarão a atividade jurisdicional.

Em alguns dos negócios típicos o juiz atuará como mero verificador dos critérios de validade dos negócios, não havendo no procedimento a intervenção deste por não ser “sujeito” do negócio jurídico, a exemplo tem-se as convenções que tratam da competência relativa (art. 63) ou quando dos negócios para a escolha do perito.

Noutros atuará como “parte” ou homologador do acordo feito entre as partes. Na cláusula geral de negociação o juiz fará tão somente um controle da presença dos requisitos necessários para a realização do negócio processual. Sobre o assunto, válido destacar a explicação de Murilo Teixeira Avelino⁵:

Por tudo isso, é possível concluir o seguinte: quando se exige homologação, o juiz atua somente para permitir que o negócio produza os seus efeitos específicos no processo, funcionando a atuação do juiz como *conditio iuris* para a eficácia externa do ato; na hipótese geral de negócios sobre o procedimento, a disposição das partes presume-se válida e eficaz, cabendo ao juiz somente atuar no controle de validade do ato. (grifo nosso).

5 CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*, 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPovm, 2016, p. 381.

Outros doutrinadores como Flávio Luiz Yarshell⁶, vão além e dizem que ao juiz nem competiria homologar, mas tão somente observar e efetivar, já que por disposição legal não são casos de intervenção judicial, por se tratarem em sua maioria de negócios processuais celebrados para reger atos e posições jurídicas antes mesmo do processo.

Existem ainda os acordos que necessariamente limitarão os poderes jurisdicionais na condução e decisão da causa, já que para serem admissíveis exige-se que o magistrado deles participe, assumindo o papel de parte (negócios plurilaterais). Exemplo típico é o negócio para a fixação do calendário processual, celebrado nos termos do art. 191, no qual desempenha o magistrado a função de parte e de negociador, o que de pronto afeta sua atuação.

Situações “inesperadas” decorrentes dessa vinculação do juiz ao negócio e seus possíveis efeitos são bem colocadas na obra dos doutrinadores Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero⁷: “o processo não pertence a um juiz determinado, nem é possível conceber que acordo feito por um magistrado seja oponível a outro (ou outros) que dele não participaram” e acrescentam:

Imagine-se um acordo, estabelecendo o calendário para a prática de atos processuais [...] o que deve suceder na hipótese de o juiz, que celebrou esse pacto, vir a aposentar-se, a remover-se, a licenciar-se ou a ser promovido? Poderá o acordo ser obrigatório também ao seu sucessor, que jamais firmou qualquer convenção, ou anuiu com ela? Mais grave: firmado acordo, com anuência do juiz, pode o tribunal, em grau de recurso, entender que esse pacto vulnera normas impositivas, que prejudicou alguma das partes ou ainda que é nulo por qualquer razão?

O fato de o juiz não ser único e vinculado ao processo e considerando que o judiciário é um conjunto de órgãos, aliado ao fato de não terem sido estabelecidos os limites da vinculação de tais negócios, certo é, que estes se apresentam como potenciais problemas a regular

6 CABRAL; NOGUEIRA, op. cit., p. 79.

7 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, 2. ed. rev., atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 531.

atividade jurisdicional.

Há de se mencionar ainda a preocupação quanto a extensão dos negócios bilaterais, ou seja, aqueles firmados pelas partes sem a participação do magistrado e que de mesmo modo podem afetar a atividade jurisdicional, de exemplo pode-se citar o acordo para a escolha do perito, podendo ocorrer que o juiz seja compelido pela vontade das partes a ter de formar sua convicção com base em laudos e análises de um profissional que não conhece ou confia.

Parte da doutrina afirma que a flexibilização do procedimento e das regras processuais por meio dos negócios típicos ou atípicos traz tão somente vantagens ao judiciário, já que representa a democratização do processo, a concretização do princípio do autorregramento e a real busca pela efetivação do resultado almejado. Que a partir dessa análise, “a natureza pública do processo deve ser identificada sobretudo como garantia aos cidadãos do regular exercício do poder pelo Estado, o que não implica, necessariamente, a indisponibilidade do procedimento, especialmente em relação às partes, diretamente interessadas na solução do litígio”⁸

Esse é o entendimento de doutrinadores como Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha⁹ e do magistrado Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte¹⁰, seguem os respectivos entendimentos:

O novo CPC, fundado na concepção da democracia participativa, estrutura-se de modo a permitir maior valorização da vontade dos sujeitos processuais, a quem se confere a possibilidade de promover o autorregramento de suas situações processuais. As convenções processuais despontam como mais uma medida de flexibilização e de adaptação procedimental, adequando o processo à realidade do caso submetido à análise judicial. As negociações processuais constituem meios de se obter maior eficiência processual, reforçando o devido processo legal, na medida em que permitem

8 CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Revista Eletrônica de Direito Processual. REDP. Rio de Janeiro, v. 13, p. 733-749, 2013, p.56. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11932>>. Acesso em: 15 de set. de 2016.

9 Id., 2016, p. 70

10 DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. O novo código de processo civil, os negócios processuais e a adequação procedimental. Revista do GEDICON, v. 2, dez., 2014, p. 33.

que haja maior adequação do processo à realidade do caso.

Os negócios processuais permitem uma visão mais democrática do processo, como campo aberto de diálogo e máxima comunhão das partes, oxigenando o procedimento. Tal simbiose importa no reforço de princípios como a cooperação, a boa-fé e a lealdade processuais, resultando numa prática extremamente promissora do ponto de vista da evolução da cidadania. Tenho certeza de que os benefícios não são apenas jurídicos, mas sociais, tornando o processo um campo de diálogo efetivo.

Vale levantar questionamento sobre a tese que diz ser o negócio processual demasiadamente democrático. Os próprios doutrinadores que defendem tal argumento dizem que, em que pese a validade do negócio processual não esteja condicionada a presença de advogado, esse se faz imprescindível ao negócio e se figura, portanto, inviável afastar a capacidade postulatória de um advogado para a realização e prática deste.

De mesmo modo, como pode “transbordar” democracia se, conforme dispõe o Enunciado n. 18 do Fórum de Processualistas Cíveis, a partir do momento em que por estar a parte está desacompanhada de um assessoramento técnico-jurídico, qual seja em sentido literal um advogado, pode-se presumir a vulnerabilidade desta e assim a depender das particularidades do caso ensejar a nulidade do negócio. Fato, que a ausência desse assessoramento por si só não é causa de nulidade, contudo, iniciada tal negociação já eivada de “indícios de vulnerabilidade” não representa segurança ao andamento e validade da negociação. Logo, não tão democrático já que não acessível a qualquer cidadão.

Outrossim creditar todo êxito dos negócios, em especial os atípicos, na boa-fé e lealdade processual e no autorregramento é fechar os olhos para a realidade social e judiciária do país.

Caráter público do processo e da tendência à contratualização

O processo consiste em uma relação jurídica resultante do vínculo formado por determinadas pessoas em razão da existência de certo fato que produziu efeitos e que, portanto, será regida por uma norma jurídica. Desta forma, tal relação apresenta elemento material e formal, material decorrente do vínculo entre as partes e o juiz e formal porquanto necessária a regulamentação legal, o que inevitavelmente produzirá mudanças ante as novas situações que surgirão para os envolvidos.

Logo, nota-se que o processo visa atender à um objetivo, qual seja nas palavras de Humberto Theodoro Júnior¹¹: “a composição do litígio a ser feita mediante **definição e aplicação da vontade concreta da lei pelo juiz.**” (grifo nosso).

Igualmente, nota-se que a tarefa de solucionar conflitos foi atribuída à um julgador que representa o poder de julgar do Estado, função esta essencial ao próprio Estado e à sociedade.

Assim, a partir do momento em que tal tarefa foi compreendida como poder e função do Estado, o processo deixou de ser regido e caracterizado tão somente pela vontade das partes.

Desta feita, consiste o processo em um instrumento da jurisdição, uma vez que é através deste que o Estado se manifesta com fito de aplicar e validar o ordenamento jurídico que para tanto, necessita da provocação, da iniciativa do particular, mas não pode estar ao “livre manuseio” deste. Nesse sentido, é abordagem de Luiz Guilherme Marinoni¹²:

O processo requer o interesse das partes, mas a jurisdição, que nele se exprime, é fundamental ao Estado. Portanto, o que se evidenciou é que a solução dos conflitos depende da força do Estado, isto é, da jurisdição, em relação à qual os litigantes estão submetidos. O processo não é um mero contrato ou um meio através do qual as partes, a partir da autonomia privada, exercem os seus direitos. O processo é colocado pelo Estado à disposição das partes, mas bem sabem elas que estão submetidas ao poder jurisdicional, dele não

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil e processo de conhecimento, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 332.

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, 2. ed. rev., atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 424.

podendo escapar (imperatividade e definitividade da jurisdição).

Portanto, objetiva o Estado resolver os conflitos por meio da promoção do chamado império do direito e assim, cabe ao juiz decidir de forma imperativa sobre o litígio e resguardar a integridade das relações sociais em sua essência. Em suma, o processo é instaurado em razão da provocação da parte, mas também visa permitir a atuação do ordenamento jurídico, que expressa de todas as formas o poder estatal.

O processo é instaurado em razão de um litígio, mas em que pese nascido deste não pode se confundir com este, que por sua vez consiste no direito material de delineamento privado. O processo é autônomo em relação ao direito material e tem natureza pública.

Válido mencionar que anterior a caracterização pública do processo, esse era tido como um mero negócio entre as partes, trava-se de uma espécie de contrato judicial em que não havia a distinção entre o direito material e processual e o procedimento servia exclusivamente para atender ao direito material violado, logo, importava apenas a iniciativa e vontade dos particulares, sendo o juiz, por vezes, figura inerte de função não crucial.

Dada a “publicização” do direito processual, o magistrado passou de mero expectador à sujeito ativo do processo, cabendo-lhe aplicar a norma jurídica, impulsionar o feito (princípio da oficialidade), determinar diligências, colher, apreciar e valorar provas, dentre outras prerrogativas, questões que até então só eram possíveis quando alegadas pelas partes. Tais prerrogativas processuais integram o exercício do denominado princípio inquisitivo, referência ao processo inquisitivo, no qual as funções de acusar, defender, recolher provas e julgar concentravam-se em um único órgão, qual seja, o juiz.

O movimento em prol do caráter público do processo iniciou-se com o código austríaco de processo civil e a influência de Franz Klein, cujas regras consagravam a prevalência do interesse público, o publicismo do processo, os poderes instrutórios do juiz, a busca da verdade e a promoção da efetiva paridade de armas no processo. Visava neutralizar a liberdade demasiada das partes, dando-lhes

apenas a função de provocar o exercício da jurisdição e ao magistrado foi outorgado o poder de impulsionar o procedimento.

Influência europeia que se fez presente na legislação processual brasileira, reforçando o protagonismo do juiz, seus poderes instrutórios e o poder estatal como características marcantes da atividade jurisdicional no Brasil.

O CPC 2015 ao instituir uma cláusula geral de negociação processual, passa a permitir acordos procedimentais e outras convenções processuais não previstas expressamente, ou seja, os negócios processuais atípicos, ampliando de forma demasiada a atuação dos particulares no processo, fortalecendo e expandindo a incidência do princípio dispositivo de forma que aparenta caminhar novamente para a contratualização do processo, que dada certa análise pode representar um retrocesso. O professor Bruno Garcia Redondo¹³ afirma:

O sistema do Código de 2015 é baseado, portanto, em premissas profundamente diferentes das que imperam durante a égide do Código de 1973: ampliação dos poderes das partes para a adequação do procedimento e preponderância da vontade das partes, sobre a do juiz, no que tange à disposição sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. (grifo nosso).

Segundo a nova doutrina processual, por convencionar (art. 190) deve-se entender negociar, conforme aponta Fredie Didier Jr.¹⁴: “Embora o legislador tenha usado o verbo “convencionar” no caput e no parágrafo único, a cláusula geral permite negócios processuais, gênero de que as convenções são espécies.”. Por negócio, tem-se a autorregulação de interesses que confirma o princípio da autonomia da vontade, que por sua vez rege com imperatividade as relações privadas. Dentre tais relações o instrumento de “autorregulação” da expressão de vontade mais comum é o contrato. Aqui vale citar o que

13 CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*, 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPovm, 2016, p. 363.

14 DIDIER, op. cit., p. 384.

leciona Hans Kelsen¹⁵ sobre o contrato:

A transação típica do direito civil é o contrato. Ele consiste nas declarações de vontade de dois ou mais indivíduos. As declarações das partes contratantes são dirigidas a certa conduta dessas partes. A ordem jurídica pode, mas não precisa, prescrever uma forma especial para essas declarações. Mas as partes devem sempre, de algum modo, expressar a sua vontade. Caso contrário, o fato de ter sido feito um contrato não poderia ser estabelecido num processo jurídico, especialmente pelos tribunais; e apenas os fatos que podem ser estabelecidos num processo jurídico tem importância jurídica. (grifo nosso).

Dadas tais propensões, antes mesmo da introdução da citada cláusula de negócios processuais atípicos, alguns doutrinadores apresentavam-se contrários a existência dos negócios processuais. Para Cândido Rangel Dinamarco¹⁶, por exemplo, não é possível considerar a existência de negócios processuais, pois os efeitos dos atos processuais resultam sempre se lei, e não da vontade e segue:

Os atos processuais das partes não teriam efeito da livre autorregulação, que é própria dos negócios jurídicos, justamente porque os efeitos são impostos pela lei. De igual modo, os atos do juiz não teriam o efeito da livre autorregulação, já que ele não dispõe para si, nem pratica atos no processo com fundamento na autonomia da vontade, mas no poder estatal de que é investido.

Explicação na qual se ratifica o que foi acima conjecturado, já que para Dinamarco o negócio é ato de autorregulação de interesses que firma o princípio da autonomia da vontade e assim pressupõe que seus efeitos sejam o exato querer das partes, o que muito coaduna com a lição de Hans Kelsen sobre o contrato.

Certo que a nova roupagem dada aos negócios processuais está associada à ideia de flexibilização procedimental e a tutela

15 Kelsen, Hans; tradução Luís Carlos Borges, Teoria Geral do Direito e do Estado, ed. 4, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 204.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484.

jurisdicional diferenciada em que aos particulares é possível adaptar o procedimento às exigências impostas pelo direito material ao caso concreto afim de que a tutela seja efetiva. Contudo, há doutrinadores como Daniel Amorim Assunção Neves¹⁷ que argumentam que a cláusula geral de negociação pode ou não estar associada à ideia de tutela diferenciada, já que para ele: “ainda que as partes pretendessem modificar o procedimento no caso concreto poderiam fazê-lo independentemente de tais mudanças estarem voltadas às exigências do caso concreto”, e explana:

Por isso não concordo com parcela doutrinária que, apesar de reconhecer a opção legislativa, entende que, diferente do previsto em lei, o acordo não depende de especificidades na causa, bastando que seja conveniente às partes. Trata-se de uma opção legislativa, consciente ou não, acertada ou não, mas ainda assim, uma opção legislativa, que não pode ser simplesmente ignorada pelos operadores do Direito. [...]

Trata-se, portanto de uma limitação ao poder das partes de modificarem o procedimento, porque se não houver qualquer especialidade na causa que justifique a alteração procedimental, não terá cabimento tal acordo e o juiz deverá anulá-lo.”.

Defende que, em que pese as partes possam estipular mudanças no procedimento, unicamente por ser esse o sentido do acordo firmado entre elas, a real intenção do legislador com a inserção da mudança no Novo Código não foi a de consagrar a vontade livre das partes, mas sim uma vontade justificada, condicionada a uma adequação procedimental que atenda a eventuais peculiaridades do caso concreto e que em nenhuma hipótese o acordo poderá ter como objeto uma posição jurídica do juiz, independentemente de qual seja ela. Ainda assim, ressalva que a insegurança trazida pelo art. 190 à prática forense não é desprezível, cabendo aos interpretes adotar, em especial quanto aos limites desses negócios, a posição mais unitária possível.

Logo, para tais estudiosos, a possível perda do caráter público do processo não é uma realidade, uma vez que não concorda com

17 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 321.

o entendimento que afirma que as especificidades da causa nada mais são do que as circunstâncias que os particulares elegem como relevantes para determinar mudanças no procedimento previsto em lei e que concordar com tal entendimento é dizer que a norma será letra morta, já que o procedimento diferenciado não decorre da vontade das partes, mas sim da realidade que deve ser objeto de análise pelo magistrado.

Todavia, não parece ser esse o entendimento dominante na doutrina, mesmo para os que dizem ser cláusula geral de negócios processuais e a ampliação dos negócios típicos a representação dos mais diversos benefícios sociais e jurídicos e para esses a perda do protagonismo do juiz e publicismo do processo representa uma revolução.

Doutrinadores como Alexandre Freitas Câmara, Daniel Mitidiero, Sérgio Arenhart, José Carlos Barbosa Moreira, Vicente Grego Filho, ainda que não usem claramente o termo contratualização reconhecem tal tendência no Novo Código por meio da ampliação da possibilidade de acordos processuais e reforçam a cautela que se deve ter com eles para que não se converta o processo civil em mero instrumento privado de solução de litígios e remontam ao que foi exposto no início do primeiro tópico. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁸ afirmam:

A tendência do processo à sua privatização, evidenciada, dentre outras figuras, pela ampliação da possibilidade dos acordos processuais, é comum em países nos quais o processo civil está atrelado a litígios privados: França, Itália, Alemanha e outros países que desenvolvem, de modo separado, a análise da Justiça Civil, da Justiça Administrativa e da Justiça Tributária, por exemplo, tendem a ligar a atividade da Justiça Civil à solução do litígio das partes e a função da Justiça “Pública” à atuação do Direito. [...]

A primeira leitura dos dispositivos do Novo CPC que tratam de contratos processuais parece indicar uma tentativa de trazer para o processo a ideologia e as linhas mestras da arbitragem [...]. Essa privatização do processo civil simplesmente desconsidera todos os outros compromissos da jurisdição com seus mais elevados fins. Ao

18 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 535.

eleger a tutela do interesse das partes como primordial, o Código menospreza todos os outros valores que conformam o Estado e a atividade jurisdicional.

Evidente a necessidade e importância de se possibilitar às partes a participação no processo em busca de efetiva resolução de seus conflitos e na busca real de suas pretensões, mas é preciso reconhecer que tais concessões normativas não podem ser tidas como regra e permissivo geral de forma a possibilitar que o particular passe a ditar aquilo que o Estado deve ou não fazer. O ideal é que se prestigie de forma proporcional a autonomia das partes e a função estatal do processo para que não se retorne ao modelo de processo paritário, em que o juiz assume um papel passivo e as partes ditam os rumos da lide. Deve-se prezar pela cooperação, em que cada participe tem papel fundamental para chegar a uma prestação jurisdicional justa e digna.

Considerações Finais

Da breve pesquisa pode-se concluir que com as inovações trazidas pelo CPC 2015 aos negócios processuais, sem dúvidas haverá, ainda que mínima, uma intervenção na atuação do juiz quando em processos em que estejam presentes os negócios processuais, que a depender do que foi celebrado pode ou não ser benéfico à atividade jurisdicional.

De mesmo modo é possível notar a tendente contratualização quando o Código possibilita, claramente, que as partes estipulem em contrato a forma que deverá ser obedecida pelo procedimento judicial e em consequência pelo processo, porquanto diante de uma concessão normativa para a elaboração de contratos ou negócios processuais que, de fato, podem ser bastante explorados pelas partes e seus advogados.

Surge assim a urgente necessidade em se consolidar um entendimento sobre os negócios processuais, principalmente sobre quanto as peculiaridades, efeitos e limites da cláusula geral de

negócios processuais, de forma que esta possa realmente representar a concretização de princípios e aspectos salutarres a atividade jurisdicional como a celeridade, a democratização e cooperação.

Referências

CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais, 2. ed. rev., atual. e. ampl. Salvador: JusPovm, 2016.

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

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Revista Eletrônica de Direito Processual. REDP. Rio de Janeiro, v. 13, p. 733-749, 2013. Disponível em:< <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11932>>.

DIDIER Jr, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 18. ed., Salvador: Jus Podivim, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. O novo código de processo civil, os negócios processuais e a adequação procedimental. Revista do GEDICON, v. 2, dez., 2014.

KELSEN, Hans; tradução Luís Carlos Borges. Teoria geral do direito e do Estado, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, 2. ed. rev., atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações. Campinas: Bookseller, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 22, p. 58-72, 2003.

Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_58.pdf>.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

NUNES, Elpídio Donizetti. Curso didático de direito processual civil. 13. ed., rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil e processo de conhecimento, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Péricles José Queiroz

Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público de Brasília/DF; Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina; em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia - FARO; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR; Habilitado no Exame de Ordem (OAB); Analista Judiciário - Especialidade Oficial de Justiça no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Professor da União das Escolas Superiores de Rondônia - UNIRON e Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia - FARO, nas disciplinas de Direito Penal, Criminologia e Direito Eleitoral; Líder do Grupo de Pesquisa Oratória e Argumentação Jurídica na FARO.

A AÇÃO POPULAR COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL PARA TUTELA DE PRETENSÕES TRIBUTÁRIAS

Péricles José Queiroz

RESUMO

A Ação Popular é considerada uma ação constitucional e uma garantia fundamental do cidadão brasileiro, visando à anulação de atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Como fruto da soberania popular, a ação popular é a forma eficaz disponibilizada pelo constituinte, para que todo e qualquer membro da sociedade possa intervir e contribuir nos atos do governo, visando a uma administração proba e que não lesione a coletividade e o próprio Estado. Nesse esteio, o presente artigo, ao permear pelas principais características do instituto da ação popular, inclusive enquanto integrante do microsistema de processo coletivo brasileiro, visa asseverar, em consonância com a doutrina e a jurisprudência pátrias, que a força constitucional deferida à ação popular lhe respalda para tutela de qualquer ato lesivo ao patrimônio material e imaterial da coletividade, inclusive em matéria de pretensões tributárias. Nessa temática, pretende-se abordar a problemática do aumento desenfreado dos combustíveis, pontuando a ação popular como instrumento hábil para intervir nesse processo. Isso, sob pena de se negar o próprio texto constitucional, quando estipula que todo poder emana do povo. Desse modo, enquanto instrumento de exercício da cidadania e representativa do acesso à justiça, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, a ação popular se apresenta a todo cidadão, ao mesmo tempo, como um direito político e uma garantia constitucional.

Palavras-chave: Ação. Popular. Garantia. Pretensão. Tributária.

Introdução

O presente artigo tem por objeto de estudo analisar a possibilidade da ação popular ser utilizada como instrumento jurídico-processual para a tutela de pretensões tributárias, em defesa dos interesses da coletividade, diante de atos lesivos ao patrimônio público, material e imaterial, da sociedade e do próprio Estado. O aspecto fático que norteia o estudo é o aumento dos combustíveis pelo Poder Executivo e que têm repercutido sobre toda a população economicamente ativa. De início, frisando-se o fundamento constitucional e legal da ação popular, regulada pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, e prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LXXIII, registra-se que tal ação constitucional se apresenta como importante ferramenta jurídica em defesa dos interesses da coletividade.

Para melhor compreensão do instituto da ação popular, aborda-se o seu aspecto histórico, a partir da sociedade romana, donde se observa que, desde o primórdio, a ação popular se apresentava como instrumento de tutela judicial de interesses supra individuais por membro integrante da sociedade. Aponta-se também a sua origem nas demais sociedades, em especial na fase do direito moderno e contemporâneo. Nessa oportunidade, faz-se uma abordagem do direito comparado, com a exposição da regulação da ação popular nos países como Bélgica, França, Itália, Portugal, Espanha e Argentina. Finalmente, conclui-se com a evolução histórica da ação popular no direito brasileiro.

Em seguida, aponta-se o status constitucional da ação popular como ação de cunho constitucional e garantia individual fundamental do cidadão, decorrente da soberania popular, salientando a sua dupla natureza jurídica, enquanto direito político e garantia constitucional. Nessa parte, também se registra a natureza desconstitutiva e condenatória da ação.

São também destacados os requisitos, elementos e fins da ação popular, para, então, analisá-la, com base em exposição de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pátrios, como instrumento integrante do microsistema de processo coletivo no

direito brasileiro e representativa do acesso à justiça.

Finalmente, destacando o recente caso concreto de aumento dos impostos de PIS/CONFIS sobre os combustíveis, mediante decreto presidencial, pontua-se a ação popular como medida judicial apta para a tutela coletiva de pretensões tributárias, mormente o seu caráter constitucional de garantia individual fundamental do cidadão brasileiro e fruto da soberania popular.

Aspectos Gerais

No dizer de Alcebíades da Silva¹: “o povo que outorga o mandato tem o poder de se opor aos atos de governo contrários à índole do próprio interesse público”. Nessa esteira, em contrapartida, salienta o mesmo jurista que não pode o povo aniquilar a legitimidade dessa outorga questionando indiscriminadamente as ações dos representantes.

Para tanto, identificam-se duas formas de ações fiscalizatórias pelo povo diante de atos governamentais: uma indireta, mediata, provando ou incentivando, ao menos, uma ação neste ou naquele sentido, como se verifica na atuação dos grupos de pressão no âmbito do Poder Legislativo (ou lobby, nos Estados Unidos); outra direta, imediata, pelos meios jurídicos disponíveis, a fim de provocar a intervenção de um poder de controle, tal como ocorre na ação popular.²

Pondera ainda Alcebíades da Silva³:

O que caracteriza, contudo, a ação popular constitucional, dentro da ótica do campo de atuação, é a sua amplitude muito maior e, sem dúvida, a excepcional força conferida ao órgão de controle. Se no caso do mandamus, p. ex., existem restrições, não só de âmbito de atuação como de força, não podendo o órgão de controle ultrapassar os lindes da legalidade material do ato nem a decisão cingir-se ao caso concreto, na *actio popularis* se propicia ao povo – encarada

1 MINHOTO JÚNIOR, Alcebíades da Silva. Teoria e prática da ação popular constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 44.

2 Ibid., p. 45.

3 Ibid., p. 47.

a expressão como titularidade do poder de decidir pela outorga do mandado – uma ação muito mais ampla. Consequentemente, ao órgão de controle, propiciam-se poderes acentuadamente mais abrangentes e efetivos.

No mesmo sentido, na jurisprudência pátria, o Min. Celso de Mello, na relatoria da ADI 769-6-MA (perante o STF), manifestou-se no sentido de que, conquanto a ação direta de inconstitucionalidade não constitua sucedâneo da ação popular constitucional, esta (ação popular) destina-se a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade do princípio da moralidade administrativa.⁴

Em vista dessas assertivas, a ação popular se apresenta, hodiernamente, como importante instrumento jurídico-processual apto à defesa dos interesses da coletividade, por qualquer de seus cidadãos. Através dela, não se amparam direitos individuais próprios, mas, sim, de um grupo social, o povo, titular do direito subjetivo à boa gestão e administração da coisa pública.⁵

Com previsão constitucional, especificamente no art. 5º, LXXIII, da Carta Magna de 1988, e regulamentada pela Lei n. 4.717, de 29/06/1965, a ação popular constitucional tem, desse modo, alcançado destaque no direito brasileiro, na defesa de interesses coletivos, mormente diante de atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Para melhor compreensão e contextualização desse relevante instituto jurídico, necessário analisar, brevemente, a sua origem histórica, inclusive no âmbito constitucional pátrio, e a sua previsão no direito comparado.

Aspectos históricos e o Direito Comparado

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 769-6-MA. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília/DF. DJe 08/04/1994.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade...31ª Ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 127.

Com origem histórica no direito público romano, a ação popular era aceita, na sociedade jurídica romana, como exceção à *actio romana*. Enquanto nesta o titular do direito detinha um interesse pessoal e direto, naquela (ação popular), o cidadão buscava a defesa de bens e valores que, diretamente, não lhe concernia, mas, sim, à coletividade. A regra continuava sendo a legitimação ordinária, mas se abria exceção quando se tratasse de ação popular.⁶

Nesse primórdio da ação popular, exigia-se que o cidadão romano só agisse nos casos em que o interesse público também envolvesse o seu interesse particular. Ao agir na defesa de seu interesse pessoal, o cidadão ao mesmo tempo salvaguardava o interesse de todos. Na evolução desse instituto, os pretores estenderam a aplicação da ação popular para outros dois aspectos: autorizavam os particulares a agirem mesmo nas hipóteses em que não tinham qualquer interesse pessoal; e substituíram os interditos por meios mais diretos, as chamadas *in factum actionem*.⁷

Nesse contexto, citado por Rodolfo de Camargo, o jurista Ricardo de Barros Leonel⁸ expressa que: “a romana *actio popularis* viria marcar “o ponto inicial para posterior desenvolvimento da ideia de tutela judicial dos interesses supraindividuais”.

Quanto à natureza, a maioria das ações populares romanas tinha natureza penal, ensejando a cominação de pena pecuniária. Algumas, por sua vez, consistiam apenas em atividades de polícia, o que hoje se poderia identificar como de natureza contravencional⁹. No tocante à classificação dessas ações, não havendo um consenso doutrinário acerca disso, José Afonso da Silva¹⁰, citado por Rodolfo de Camargo, cita duas teses a esse respeito: “a) uma que entende que as *actiones populares* têm natureza procuratória, agindo o autor procuratório nomine, na defesa de um interesse; b) outra, segundo o qual o autor

6 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pp. 42-43.

7 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 43-44.

8 LEONEL, Ricardo de Barros apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 44.

9 MANCUSO, op. cit., p. 45.

10 SILVA, José Afonso da apud MANCUSO, op. cit., p. 45.

agia, a um tempo, para a tutela de um interesse próprio e do interesse público”.

Sobre o conteúdo, as ações populares romanas visavam à tutela judicial de interesse público relevante, podendo referir-se a temas como de violação de sepultura, lançamentos de objetos em vias públicas, manutenção perigosa de objetos em sacada ou beira de telhado, relações de vizinhança, entre outros.¹¹

Se na ocasião da sociedade romana a ação popular alcançou prosperidade, tal não se verificou na sociedade que seguiu, no caso, a Idade Média, período do autoritarismo feudal, das monarquias absolutistas, da religiosidade ambígua e aterrorizante da Santa Inquisição¹². Para Nélson Carneiro¹³, citado por Rodolfo de Camargo: “A Idade Média não cultivou as ações populares, flores exóticas nos regimes absolutos, e cuja eficácia somente se compreende naquelas em que cada cidadão se preocupa pelas coisas públicas como por seus próprios negócios.” Para o mesmo autor (Nélson Carneiro), as ações populares só ressurgiram nos Estados liberais.¹⁴

Na fase do direito moderno e contemporâneo, as ações populares tiveram importante destaque na sociedade jurídica. Sua primeira previsão se deu na Bélgica, através da lei comunal de 30/03/1836; depois na França, com a lei comunal de 18/07/1837; na Itália, através de leis datadas desde 1859, para tratar de matérias eleitorais, bem como para impugnar indevidas ou tributação insuficiente de um terceiro e no campo do direito urbanístico (pela Lei n. 765, de 06/08/1967). Mais recentemente a Itália também promulgou a lei n. 281/1998, dispondo sobre a ação coletiva deferida às associações para defesa de interesses metaindividuais nas relações de consumo.¹⁵

Por sua vez, na França, a busca pela proteção de interesses metaindividuais coube às entidades associativas credenciadas, para temas de larga repercussão social, como práticas racistas, defesa de

11 MANCUSO, op. cit., pp. 45-46.

12 Ibid., p. 48.

13 CARNEIRO, Nélson apud MANCUSO, op. cit., p. 49.

14 MANCUSO, op. cit., p. 49.

15 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 49-50.

consumidores e do meio ambiente. À semelhança dessa experiência francesa, na Alemanha também é expressivo o papel desempenhado pelas ações associativas (*Verbandsklagen*). Em Portugal, a ação popular foi admitida, desde as Ordenações, para defesa das coisas comuns do povo. Atualmente, limita-se a questões tributárias e à defesa de coisas públicas de uso do povo, com regulamentação através da Lei n. 83, de 31/08/1995, na qual também se prevê a proteção à saúde pública, ao ambiente, às relações de consumo, ao patrimônio cultural.¹⁶

É possível citar ainda a experiência da Espanha, com o uso da ação popular na esfera penal (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, art. 101) e na tutela coletiva dos consumidores (*Ley General de La Defensa de Los Consumidores y Usuários* n. 20). Sem esgotar, também se destaca a defesa dos consumidores na Argentina, através da Lei n. 24.240/1993.¹⁷

No direito brasileiro, a ação popular ingressou no ordenamento apenas na Constituição de 1934, especificamente no art. 113, item 38, dispondo que qualquer cidadão era parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, Estados ou dos Municípios. No entanto, tal previsão constitucional não foi bem recepcionada pelos juristas da época, receosos de que, diante dessa normativa, qualquer ato da Administração pública pudesse ser questionado (e desconfiado) pelo povo.¹⁸

Na Constituição de 1937, dada a sua natureza autoritária, a ação popular foi ignorada, somente ressurgindo na Constituição de 1946, com a intenção, conforme ditou o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁹, citado por Alcebíades da Silva, de “fazer de todo cidadão um fiscal do bem comum”. Em seguida, também foi mantida pela EC 1, de 17.10.1969, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais. Nessa época, através da Lei n. 4.717, de 29.06.1965, foi regulamentada a ação popular, alterada, posteriormente, pela Lei n. 6.513, de 20.12.1977, que autorizou o Judiciário a determinar a suspensão

16 Ibid., pp. 51-54

17 Ibid., p. 56-57

18 Ibid., p. 60

19 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves apud MINHOTO JÚNIOR, Alcebíades da Silva. Teoria e prática da ação popular constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 50.

liminar do ato lesivo impugnado.²⁰

Hoje, a ação popular continua regulada pela Lei n. 4.717/65 e prevista no art. 5º, LXXIII, da Carta Magna de 1988, permitindo a qualquer cidadão anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Com base nisso, atualmente, a ação popular tem sido utilizada para se obter a invalidação de atos ou contratos administrativos, ou a estes equiparados, ilegais e abusivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.²¹

Por derradeiro, dessa análise do histórico das ações populares, é possível compreender que a origem dessas ações decorre de um processo de lenta evolução política, dentro das conquistas liberais e da própria necessidade da sociedade de munir-se de meios eficientes para defesa de seus interesses. Isto é, a comunidade luta pela defesa de seus direitos, à exata medida que a evolução cultural, social, política e, sobretudo, jurídica fornece meios de ação e reação, a todas as investidas contrárias às conquistas históricas.²²

Nesse sentido, Jhering²³, citado por Alcebíades da Silva, para justificar a ação popular como resultado histórico de uma atividade comunitária, salienta: “quando a arbitrariedade e a ilegalidade se atrevem a erguer a cabeça, equivale sempre a um sinal certo de que os que tinham a incumbência de defender a lei não cumpriram com o seu dever”.

De se concluir, pois, o papel da ação popular como recurso efetivo para defesa de interesses coletivos. No ordenamento pátrio, trata-se de medida que traduz o importante princípio de acesso à justiça, ao possibilitar a qualquer cidadão insurgir-se contra atos que importem

20 MINHOTO JÚNIOR, Alcebíades da Silva. Teoria e prática da ação popular constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 50..

21 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade...31ª Ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 126-127.

22 MINHOTO JÚNIOR, op. cit., pp. 48-49.

23 JHERING, Rudolf von apud MINHOTO JÚNIOR, op. cit., p. 9.

violação de direitos lesivos à sociedade como um todo, inclusive ao próprio Estado.

Status constitucional e a natureza da ação popular

Como instrumento de defesa dos interesses da coletividade, a ação popular visa à tutela de direitos do povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. No dizer de Hely Lopes²⁴, “O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga”.

Na Constituição Brasileira de 1988, prevista no art. 5º, LXXIII, a ação popular é considerada uma ação constitucional, estipulada como uma garantia individual fundamental do cidadão, decorrente da soberania popular, sendo inadmissível a sua substituição por mandado de segurança - Súmula n. 101²⁵ do STF. Assim é que, na medida em que todo poder pertence ao povo, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da CF/88, tal poder abrange também o poder de fiscalização, pelo povo, dos atos do governo. Nesse ponto, a ação popular funciona como um instrumento processual destinado a esse fim, especificamente para a proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural do país.

Comparativamente às previsões constitucionais anteriores, a Carta Magna de 1988 ampliou o objeto da ação popular. Assim, por exemplo, de acordo com o estipulado na atual CF/88, a proteção do patrimônio público envolve também a observância, pela Administração pública, dos princípios da eficiência e da economicidade, sob o ponto de vista financeiro, nos termos do arts. 37, caput, e 70, ambos da CF/88.²⁶

Por conseguinte, relativamente à natureza jurídica, Gregório

24 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade...31ª Ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 127.

25 Supremo Tribunal Federal. Súmula 101. In: O mandado de segurança não substitui a ação popular.

26 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 75.

Assagra²⁷, citado por Álvaro de Azevedo, entende que a ação popular tem natureza mista: como direito constitucionalmente político que possibilita a fiscalização direta da Administração Pública, e como garantia constitucional que se exerce do referido direito político. Em ambas as hipóteses, firmada na ideia de exercício da soberania popular.

No tocante à natureza de sua decisão, a ação popular se apresenta como desconstitutiva (do ato lesivo impugnado) e condenatória (dos responsáveis pelo ato lesivo, inclusive terceiros beneficiados), veiculada num processo de conhecimento. A condenação, no caso, não se trataria apenas de cunho pecuniário, mas também de prestações positivas ou negativas²⁸. Para Teori Zavascki²⁹, é possível se cogitar também de uma “natureza cautelar e antecipatória, indispensáveis à adequada efetivação da tutela jurisdicional a que visa e à integral proteção dos bens e interesses tutelados”.

Aventar a hipótese de ação popular de natureza apenas declaratória encontra resistência na própria finalidade da ação, que é a de proteger bens públicos, ensejando, pois, uma decisão de cunho prestacional-condenatório; bem como (resistência) no próprio texto constitucional, ante a já previsão da ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos de cunho declaratório. Essa última hipótese, no caso de se considerar a ação popular, dado o hipotético caráter meramente declaratório, como substituto da ADI, o que é vedado pelo ordenamento pátrio.³⁰

27 ALMEIDA, Gregório Assagra apud BRITO, Álvaro de Azevedo Alves. A ação popular constitucional brasileira: aspectos históricos, conceito e natureza jurídica. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10698. Acesso em 28/10/2017.

28 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pp. 76-81.

29 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. 295 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. p. 269.

30 MANCUSO, op. cit., pp. 76-81.

Requisitos, elementos e fins da ação popular

Requisitos: Legitimidade, Ilegalidade e Lesividade

A exigência constitucional para a legitimidade da propositura da ação popular é a de que o seu autor seja cidadão brasileiro, entendendo-se como tal a pessoa que esteja no gozo dos seus direitos políticos. Nos termos do art. 1º, §3º, da Lei de Ação Popular – LAP, a prova da cidadania, para ingresso em juízo, deverá ser feita com o título eleitoral ou com documento que a ele corresponda. Tal legitimidade, pois, é exclusiva do cidadão, pessoa física, como um direito político de fiscalizar os atos da administração³¹, atuando, na ação popular, na condição de substituto processual.³²

À pessoa jurídica é vedada a legitimidade ativa para propor ação popular, conforme expresso na Súmula 335³³ do STF. No entanto, esta poderá atuar ao lado do autor-cidadão, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente (art. 6º, §3º, da LAP).

Quanto à legitimidade passiva, o art. 6º da LAP aponta as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º³⁴ da LAP, as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

A atuação do Ministério Público na ação popular vem regulada,

31 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade...31ª Ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 128-129.

32 ZAVASCKI, op. cit., p. 89.

33 Supremo Tribunal Federal. Súmula 335. In: Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.

34 Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

em especial, no § 4º, do art. 6º da LAP, segundo o qual o parquet acompanhará a ação popular como custos legis, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

Acerca dessa atuação ministerial, José Afonso da Silva³⁵, citado por Rodolfo de Camargo, salienta que o Promotor de Justiça age como auxiliar do autor popular, em exercício de função própria e autônoma, não implicando, assim, numa atividade secundária, em caráter de mero ajudante ou assistente.

Por sua vez, o ato que se pretende invalidar deve ser ilegal ou ilegítimo, porque praticado em violação ao direito, seja por infração às normas específicas ou aos princípios que regem a Administração Pública. Sendo ilegal, tal ato também deverá ser lesivo ao patrimônio público, compreendendo-se por lesividade o ato ou omissão do poder público que desfalca o erário ou prejudica a Administração, bem assim transgride contra bens ou valores artísticos, culturais, históricos e ambientais da sociedade, consoante disposto nos arts. 2º a 4º, da LAP. O referido art. 4º, inclusive, aborda sobre a hipótese de presunção de lesividade decorrente da prova da mera prática de ato nas circunstâncias tidas por ilegais.³⁶

Cumpra registrar, no entanto, que, em se tratando de ato lesivo à moralidade administrativa, a ilegalidade é intrínseca, pois, segundo Teori³⁷, “o princípio da moralidade pertence ao mundo da normatividade (= legalidade), e isso significa dizer que o ato que o lesa é, por natureza, um ato juridicamente ilegítimo (= ilegal, lato sensu)”. Nesse esteio, em casos tais, por configurar contrariedade a um princípio que norteia a Administração Pública, também se dispensa a efetiva lesividade patrimonial.³⁸

35 SILVA, José Afonso da apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 232.

36 Ibid.. p. 129.

37 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. 295 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. p. 75.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 170768-SP. Primeira Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília/DF. DJe 13/08/1999.

Elementos: Objeto, Pedido, Causa de Pedir e Decisão

Consoante a previsão constitucional e na LAP, a ação popular tem por objeto a proteção, em caráter coletivo, do patrimônio material do poder público (erário) e também do patrimônio imaterial, considerado sob o aspecto moral, cultural, histórico e ambiental. Nesse contexto, tem-se considerado admissível também a ação popular para a tutela das relações de consumo, na hipótese de proteção de direitos coletivos³⁹ – art. 81, parágrafo único, do CDC.

Defendendo a possibilidade da ação popular nas hipóteses de relação de consumo, Rodolfo de Camargo Mancuso⁴⁰ pondera que:

a) o objeto da ação civil pública inclui a defesa do consumidor (Lei 7.347/85, art. 1º, II), sendo que o caput remete, subsidiariamente, à ação popular; b) o parágrafo único do art. 2º do CDC (Lei 8.078/90) equipara a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”, donde enquadrar-se a espécie no conceito de interesse difuso (CDC, 81, I); c) os órgãos públicos e os entes que os compõem são incluídos no conceito legal de “fornecedores” (CDC, arts. 3º e 22).

Com razão e coerência discorre Rodolfo de Camargo, na análise dos dispositivos supra, de forma a ampliar o objeto da ação popular também para as relações de consumo. A exemplificar, o autor cita a hipótese de aquisição de gêneros alimentícios para a merenda escolar a preços superiores aos de mercado e de baixa qualidade, caso em que a Fazenda Pública estará sendo lesada pelo fornecedor, somado aos riscos à saúde do consumidor final (os alunos).⁴¹

O jurista Gregório Assagra⁴² também defende a possibilidade da ação popular nas hipóteses de atos de improbidade administrativa, em que pese a não previsão, no art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, do cidadão como legitimado ativo para questionar tais

39 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 359

40 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 47.

41 Ibid.

42 ALMEIDA, op. cit., p. 360.

atos. Para esse jurista, a ação popular é “espécie de direito político material de participação direta na fiscalização do poder público, consoante extrai-se do parágrafo único do art. 1º da CF/88, o qual prevê que todo poder emana do povo (...)”.

O pedido, na ação popular, é de natureza desconstitutiva-condenatória (imediato) e a insubsistência do ato lesivo (mediato), com reposição do statu quo ante – se possível, conforme o interesse tutelado (patrimônio público, moralidade, meio ambiente, patrimônio histórico-cultural e sociedade consumerista).⁴³

A causa de pedir será: remota, consistente no próprio direito subjetivo público do cidadão de exigir que a gestão da coisa pública seja proba, eficaz e responsável, caso em que o cidadão deverá demonstrar, na ação, o interesse difuso que pretende tutelar; e próxima, consistente na indicação, pelo autor da ação, de um mínimo de prova da conduta lesiva (ou na iminência de lesar) a algum dos objetos da ação popular.⁴⁴

Já a decisão proferida em sede de ação popular poderá ser de improcedência – em regra, declaratória negativa, podendo o autor ficar sujeito ao ônus sucumbencial em caso de lide manifestamente temerária (art. 13, LAP). Haverá o reexame necessário em caso de improcedência e julgamento sem resolução do mérito, sem prejuízo do recurso de apelação por qualquer cidadão ou pelo Ministério público (art. 19, caput e §2º, LAP).

A sentença de procedência poderá ser com conteúdo declaratório, condenatório, constitutivo, mandamental, executiva, conforme a necessidade do caso concreto e os pedidos formulados. Atente-se, na hipótese de procedência, para o relatado alhures, acerca da inviabilidade de ser meramente declaratória.⁴⁵ Contra a sentença de procedência, cabível o recurso de apelação (art. 19, parte final, LAP).

Cumprе salientar, no tocante à decisão proferida em sede de ação popular, que poderá restar infrutífera o comando judicial

43 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 90.

44 Ibid., p. 98.

45 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 386.

se, eventualmente, apenas se limitar a desconstituir o ato lesivo e ilegal. Necessário que também esteja eivada de providências complementares para eliminar os efeitos causados pelo ato nulo, seja mediante reparação de danos, nos termos do art. 11 da LAP, como a determinação de tutelas específicas, regulamentadas nos arts. 536 a 538 do novo Código de Processo Civil.⁴⁶

Fins: Tutela Reparatória e Preventiva

Em que pese o dispositivo constitucional (art. 5º, LXXIII) se referir a anulação de atos lesivos, do que se presume o cabimento da ação popular apenas para fins reparatórios, o fato é que, tendo em vista os demais princípios constitucionais vigentes, como o da inafastabilidade da jurisdição, é possível também se cogitar de uma finalidade preventiva da ação popular, para, a exemplo, sustar a prática do ato lesivo. Diante disso, afigura-se viável uma obtenção de tutela inibitória na ação popular, tendo em vista a proteção dos bens jurídicos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural e do consumidor.⁴⁷

A ação popular como ação coletiva

A melhor compreensão acerca das ações coletivas remonta à experiência norte-americana, especialmente a partir de 1938, com a Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure, e da sua reforma, em 1966. Segundo essa Regra 23, um ou mais membros de uma classe podem promover ação em defesa de todos os seus membros, desde que seja inviável, na prática, o litisconsórcio ativo dos membros, trate de questões de fato ou de direitos comuns à classe, as pretensões e defesas sejam tipicamente de classe, e os postulantes estejam em

46 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. 295 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. p. 84.

47 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 453.

condições de defender, de forma eficaz, os interesses comuns.⁴⁸

De inspiração do sistema norte-americano, no direito brasileiro, as ações coletivas são identificadas como aquelas que visam à tutela de direitos coletivos (considerados em sentido amplo) ou a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.⁴⁹

Assim é que, para a tutela dos direitos coletivos no direito brasileiro, vige um microssistema próprio do processo coletivo, integrado pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Ação Civil Pública e da Lei de Ação Popular.

Sobre a inserção da Lei de Ação Popular no microssistema brasileiro de processo coletivo, o jurista Teori Zavascki⁵⁰ salienta:

Foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países do civil law a “revolução” mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva. Já na década de setenta, a Lei 6.513, de 20/12/77, introduziu significativa modificação no art. 1º, §1º, da Lei da Ação Popular, a fim de considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico e turístico”. Com isso, viabilizou-se a possibilidade de tutela dos referidos bens e direitos, de natureza difusa, pela via da ação popular.

Ainda acrescenta o jurista Teori Zavascki⁵¹ que, com a Carta Magna de 1988, ficou consagrada “a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (art. 237), à manutenção do patrimônio cultural (art. 216), à preservação da probidade administrativa (art. 37, §4º) e a proteção do consumidor (ar. 5º, XXXII)”.

48 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. 295 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. p. 18.

49 Ibid.. p. 28.

50 Ibid. p. 22.

51 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. 295 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. p. 23.

Para tanto, destacando o microsistema de processo coletivo no sistema jurídico brasileiro, Teori Zavascki⁵² destaca que na atual Constituição Federal pátria:

Foi alargado o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXIII), que passou a ter por objeto explícito um significativo rol de direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural) e conferiu-se legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Somado a isso, note-se que a própria Ação Civil Pública, no art. 1º, caput, ressalta a ação popular como instrumento hábil à busca pela responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, ao patrimônio histórico-cultural, à moralidade administrativa e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Nesse sentido, também já sufragou o Superior Tribunal de Justiça⁵³:

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUSAS COM SUCUMBÊNCIA DA UNIÃO INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. MICROSSISTEMA DE DIREITOS COLETIVOS. PREVISÃO DE REMESSA OFICIAL NA LEI DE AÇÃO POPULAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CABIMENTO. 1. Trata-se de Ação de Improbidade Administrativa julgada improcedente, cuja sucumbência para União não ultrapassa o valor de 60 (sessenta salários mínimos). 2. É patente a possibilidade de utilização da lei de regência da Ação Popular (Lei 4.717/1965) como fonte do microsistema processual de tutela coletiva, prevalecendo, inclusive, sobre disposições gerais do Código de Processo Civil. A existência dos microsistemas processuais em nosso Ordenamento Jurídico é reconhecida em diversas searas de direitos coletivos, de forma que os seus instrumentos podem ser utilizados com o escopo de propiciar sua adequada e efetiva tutela. 2. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei 4.717/1965, as sentenças de

52 Ibid..

53 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. AIRESP 1379659. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília/DF. Dje 18/04/2017.

improcedência de Ação Civil Pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29/5/2009). 3. Julgada improcedente Ação de Improbidade Administrativa, há necessidade de remessa oficial, independente do valor da sucumbência. 4. Agravo Interno a que se nega provimento. (destaque nosso)

Em outro julgado, também o Superior Tribunal de Justiça⁵⁴ concluiu:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA E DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, AÇÃO POPULAR E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MICROSSISTEMA LEGAL. PROTEÇÃO COLETIVA DO CONSUMIDOR. PRAZO PRESCRICIONAL. LEI 7.347/85. CDC. OMISSÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 4.717/65. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Acham-se caracterizadas a similitude fático-jurídica e a divergência jurisprudencial entre os arestos confrontados, pois ambos, buscando colmatar a lacuna existente na Lei 7.347/85, no que concerne ao prazo prescricional aplicável às ações civis públicas que visam à proteção coletiva de consumidores, alcançaram resultados distintos. 2. O aresto embargado considera que, diante da lacuna existente, tanto na Lei da Ação Civil Pública quanto no Código de Defesa do Consumidor, deve-se aplicar o prazo prescricional de dez anos disposto no art. 205 do Código Civil. 3. O aresto paradigma (REsp 1.070.896/SC, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO) reputa que, em face do lapso existente na Lei da Ação Civil Pública, deve-se aplicar o prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), tendo em vista formarem um microsistema legal, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor. 4. Deve prevalecer o entendimento esposado no aresto paradigma, pois esta Corte tem decidido que a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o Código de Defesa do Consumidor compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, motivo pelo qual a supressão das lacunas legais deve ser buscada, inicialmente, dentro do próprio microsistema. 5. A ausência de previsão do prazo prescricional

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Agravo Regimental nos Embargos de divergência em Recurso Especial 995995. Segunda Turma. Rel. Min. Raul Araujo. Brasília/DF. DJe 09/04/2015.

para a propositura da Ação Civil Pública, tanto no CDC quanto na Lei 7.347/85, torna imperiosa a aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65). 6. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso)

De se ver, portanto, a legitimação da ação popular como instrumento cabível de tutela de direitos coletivos. Ao lado da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, a Ação Popular se constitui como importante forma de participação popular na fiscalização dos atos de governo e relevante exercício da cidadania.

Os interesses transindividuais tutelados pela ação popular

Segundo o art. 81, caput (parte final) e parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, a defesa coletiva ocorrerá quando se tratar de direitos ou interesses difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; coletivos em sentido estrito, compreendidos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e individuais homogêneos, decorrentes de origem comum.

Relativamente aos interesses difusos e coletivos, Elton Venturi⁵⁵ salienta que “não são passíveis de cisão. Isso porque a pretensão meta-individual coletiva não decorre da mera soma dos interesses individuais de cada integrante, senão de sua síntese”.

Na análise da ação popular como integrante do microssistema de tutela dos direitos coletivos, os interesses transindividuais por ela tutelados são verificados no seu próprio objeto, a saber, a proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural, que são direitos tipicamente difusos, bem como do patrimônio das pessoas de direito público ou de entidades de que o Estado participe. Nesse último

55 VENTURI, Elton. Processo civil coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil/Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 57.

caso, Teori⁵⁶ ressalta que “embora o patrimônio tutelado esteja sob o domínio jurídico-formal (= sob a propriedade) de uma pessoa jurídica identificada, ele, real e substancialmente, pertence à coletividade como um todo.”.

Isso é decorrente da noção de que a boa e regular atuação da Administração Pública é direito de todo cidadão, e requer dos administradores a observância aos princípios da moralidade e da eficiência, sob pena de fiscalização e anulação dos atos lesivos a direitos transindividuais, em especial, mediante o instituto da ação popular.

Ação popular e o Princípio da Inafastabilidade da jurisdição e do acesso à Justiça

A ação coletiva constitui um importante instrumento concretizador do acesso à justiça, na medida em que conclama o Judiciário à tutela jurisdicional de uma causa única, na qual se pretende a defesa de direitos de uma pluralidade de pessoas. Canotilho⁵⁷, citado por Elton Venturi, expõe que “O direito a um procedimento justo implicará hoje a existência de procedimentos coletivos (Massenverfahren na terminologia alemã), possibilitadores da intervenção coletiva dos cidadãos na defesa de direitos económicos, sociais e culturais (...)”.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover⁵⁸, citada por Teori Zavascki, salienta que as ações coletivas têm, como as class action form damages do direito norte-americano, a vertente de “facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas (...)e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderentes aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e assegurar a uniformidade das decisões.”

56 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. 295 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. p. 72.

57 CANOTILHO, J. J. Gomes apud VENTURI, op. cit., p. 139.

58 GRINOVER, Ada Pellegrini apud ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. 295 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. p. 148.

A ação popular como garantia constitucional fundamental para tutela de pretensões tributárias

Nesse contexto, ponto relevante é verificar a possibilidade da ação popular como medida judicial para tutela de pretensões tributárias, especificamente no tocante ao aumento dos combustíveis pelo Poder Público.

A esse respeito, a Lei de Ação Civil (Lei n. 7.347/85), no art. 1º, parágrafo único, dispõe que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

No rol dos titulares de direitos coletivos previstos no art. 81, parágrafo único, do CDC, são beneficiários individualmente determinados os titulares de direitos coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, restando, assim, a categoria dos titulares dos direitos difusos.

Em análise desse dispositivo, Teori Zavascki⁵⁹ compreende que a intenção do legislador “reside na preocupação de não tornar a ação coletiva um instrumento substitutivo das ações de controle concentrado de constitucionalidade”. Isso porque, ainda para Teori⁶⁰, ao restringir referidas pretensões à natureza institucional, disciplinadas por normas de caráter geral, “significa dizer que a contestação coletiva de sua legitimidade supõe, necessariamente, a contestação da validade da própria norma que a criou”.

Em sentido contrário, Hugo Nigro Mazzilli⁶¹ ressalta que o referido parágrafo único do art. 1º da LACP “fere, pois, a regra constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Essa regra não se refere apenas a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e sim também coletivos, pois de ambos cuida o art. 5º da Constituição”.

59 ZAVASCKI, op. cit., p. 175.

60 Ibid.

61 MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 140.

Não se olvide que a finalidade da ação coletiva é amparar o direito de uma coletividade que, muitas vezes, individualmente, por inviabilidade jurídica e econômica, não busca a tutela jurisdicional, mas que espera no sistema de tutela coletiva o atendimento da sua necessidade. Desse modo, no dizer de Mazzilli⁶², “qualquer lei que impeça ou inviabilize a tutela coletiva é claramente inconstitucional”.

Denote-se, todavia, que, ainda que se consinta com a referida previsão no parágrafo único do art. 1º da LACP, o certo é que a vedação legal ora imposta se aplica à hipótese de ação civil pública.

No presente caso, está-se a analisar a viabilidade da ação popular como instrumento para tutela coletiva de pretensões tributárias. Sobre isso, cabe, a priori, asseverar que há distinção entre ação civil pública e ação popular, tanto que previstas em dispositivos constitucionais diferentes e reguladas por leis esparsas diversas, motivo pelo qual é possível se cogitar em tratamentos distintos, em especial para o assunto em comento. Se não fosse isso, não haveria razão de ser do constituinte tal diferenciação.

Consoante se demonstrou no presente trabalho, a ação popular consiste numa garantia constitucional fundamental, fruto da soberania popular e do poder fiscalizatório atribuído ao povo. Dessa forma, admitir-se restrição à sua atuação, consiste em retirar a força constitucional desse instituto, o que pode se afigurar inconstitucional. Em recente decisão, o Juiz Federal Substituto, Renato C. Borelli, da 20ª Vara Federal Cível da SJDF, nos autos de processo n. 1007839-83.2017.4.01.3400⁶³, analisou o pleito de Ação Popular ajuizada contra ato do Presidente da República que, mediante Decreto, procedeu ao aumento das alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação e álcool. Na sentença, o Juiz Federal entendeu configurada a lesividade do ato, consubstanciada na premissa básica de que o Estado não pode

62 Ibidem. p. 141.

63 BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. Sentença. Ação Popular 1007839-83.2017.4.01.3400. 20ª Vara Cível. Juiz Renato C. Borelli. Brasília/DF. Julgado em 25/07/2017.

legislar abusivamente, ainda mais quando se trata de supressão de direitos fundamentais. Segundo o Juiz, “a arrecadação estatal não pode representar a perda de algum Direito Fundamental, não podendo haver, portanto, uma aporia entre a necessidade de arrecadação e os direitos fundamentais constitucionais do cidadão”.⁶⁴

Por sua vez, a ilegalidade, ainda na referida sentença, deu-se pelo fato do decreto presidencial, segundo o magistrado, agredir o princípio da legalidade tributária e o princípio da anterioridade nonagesimal, basilares do texto constitucional e garantias individuais do contribuinte. Ao final, concluiu o magistrado pela procedência do pedido e, assim, deferiu a tutela provisória de urgência, para suspender os efeitos do decreto presidencial.⁶⁵

Da análise dessa decisão, depreende-se que a tutela coletiva visava à proteção de direitos difusos contra um ato inconstitucional, para o qual, no atual sistema jurídico brasileiro, somente a ação popular tem legitimidade para contrapor, visto sua finalidade de proteção do patrimônio público como direito público subjetivo de qualquer cidadão. Ao proteger o patrimônio público, a ação popular alcança a preservação das condições de vida em sociedade, a manutenção da organização estatal e a democracia.⁶⁶

Nesse sentido, em hipótese equiparada, concluiu o Superior Tribunal de Justiça⁶⁷:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL (TARE). ILEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. 1. O Ministério Público não ostenta legitimidade para propor ação civil pública com objetivos tributários, escopo visado na demanda com pedido pressuposto de nulificação do Termo de Adesão a Regime Especial - TARE. (Precedentes: RESP 845034/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, Data

64 BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. Sentença. Ação Popular 1007839-83.2017.4.01.3400. 20ª Vara Cível. Juiz Renato C. Borelli. Brasília/DF. Julgado em 25/07/2017.

65 Ibid.

66 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. 295 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. p. 41.

67 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 925036. Primeira Turma. Rel. Min. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília/DF. DJe 07/08/2008.

de julgamento: 14/02/2007; RESP 701913/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, Data de Julgamento: 28/02/2007; AgRg no REsp 710.847/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 29.08.2005; AgRg no REsp 495.915/MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 04/04/2005; RESP 419.298/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 06/12/2004). 2. Alforria fiscal indevida é objeto de ação popular, que não se confunde com ação civil pública, interditando a legitimatio ad causam ativa originária ao Ministério Público, que, in casu, atua como custos legis, assumindo a demanda, apenas, na hipótese de desistência. (...). (grifo nosso)

Ressalta o referido acórdão a impossibilidade do órgão ministerial de propor ação civil pública na hipótese de pretensões tributárias, diferentemente da ação popular. Melhor explanando acerca da legitimação da ação popular nas demandas tributárias, para Hugo Barroso⁶⁸:

(...) a Ação Popular Tributária é direito-garantia constitucional fundado nos princípios republicano e da soberania popular e, pois, instrumento processual destinado ao exercício direto da cidadania — de caráter individual —, embora voltado à defesa de interesses difusos — sob acepção dos interesses primários —, para a anulação de atos que em ofensa à legalidade, porque ausente ou desprezado pressuposto de direito correspondente, causem prejuízo ao erário — princípio da indisponibilidade dos bens públicos —, ou, então, que face à afronta aos princípios e normas do Sistema Constitucional Tributário — sem prejuízo ao controle de constitucionalidade —, implique em desrespeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, ou, ainda, em menosprezo à moralidade administrativa, cujos aspectos éticos jurídicos devem ser observados no âmbito das relações jurídico tributárias.

Desse modo, mesmo integrante do microsistema coletivo, à ação popular não se estende a vedação prevista no §1º do art. 1º da LACP, dada a sua origem constitucional e relevância para o regime

68 UELZE, Hugo Barroso. Ação Popular Tributária é garantia constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-11/hugo-barroso-uelze-acao-popular-tributaria-garantia-constitucional?pagina=2>. Acesso em 31/10/2017.

democrático de participação popular na fiscalização dos atos de governo. Constitui-se, pois, em efetivo instrumento do cidadão para tutela de seus direitos.

Considerações Finais

A soberania popular, estatuída na Carta Magna de 1988, expressa-se não só através da atuação indireta do povo, por meio dos representantes eleitos, mas também pelas vias constitucionais diretas, a exemplo da iniciativa popular, do plebiscito, do referendo e, neste caso, em especial, da ação popular.

Observou-se que, pela ação constitucional popular, qualquer cidadão tem a oportunidade de postular pela anulação ou sustação de atos lesivos ao patrimônio material e moral da coletividade, tendo em vista à incessante busca por um governo honesto.

Nesse sentido, consoante entendimento exposto, no presente artigo, pelo Pretório Excelso, em se tratando de pretensões tributárias, é a ação popular a via judicial adequada para tutelar direitos coletivos, não se estendendo a ela a vedação legal imposta à ação civil pública, na medida em que são ações que não se confundem.

Com essa linha de raciocínio, a pesquisa desenvolvida no presente artigo resultou em compreender a ação popular, não simplesmente como uma mera ação judicial em favor do cidadão, mas como um instrumento efetivo e revestido de força constitucional, para se pleitear e se insurgir contra atos indevidos da Administração Pública, lesivos de direitos e garantias fundamentais da sociedade.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm.

BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. Sentença. Ação Popular 1007839-83.2017.4.01.3400. 20ª Vara Cível. Juiz Renato C. Borelli. Brasília/DF. Julgado em 25/07/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. AIRES 1379659. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamim. Brasília/DF. DJe 18/04/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Agravo Regimental nos Embargos de divergência em Recurso Especial 995995. Segunda Turma. Rel. Min. Raul Araujo. Brasília/DF. DJe 09/04/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 925036. Primeira Turma. Rel. Min. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília/DF. DJe 07/08/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 769-6-MA. Tribunal Pleno. Rel. Min. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília/DF. DJe 08/04/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 170768-SP. Primeira Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília/DF. DJe 13/08/1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade...31ª Ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINHOTO JÚNIOR, Alcebíades da Silva. Teoria e prática da ação popular constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

UELZE, Hugo Barroso. Ação Popular Tributária é garantia constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-11/hugo-barroso-uelze-acao-popular-tributaria-garantia-constitucional?pagina=2>.

VENTURI, Elton. Processo civil coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil/ Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. 295 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

Greison Salamon

Especialista em Direito para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná (2002). Atualmente é Assessor de Juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. (Texto gerado automaticamente pela aplicação CVLattes)

Oscar Francisco Alves Júnior

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2019). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (2008). Mestrado Profissional em Poder Judiciário (2010). Pós-graduação pela Fundación General Universidad de Salamanca/Espanha - USAL (2011). MBA em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2009). Especialização pela Faculdade Integrada de São Carlos - FADISC (1996). Bacharel em Teologia pela Universidade Metodista de São Paulo - UMESP (2014). Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - ITE (1992). É Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia desde 2001. Diretor-Adjunto da Escola Nacional dos Magistrados Estaduais (ENAMAGES). Coordenador da Pós-Graduação da Escola da Magistratura em Ji-Paraná (de 2008 a 2013 e 2017). Membro da Turma Recursal (de 2006 a 2013). Juiz Eleitoral (de 2009 a 2011). Professor na Escola da Magistratura (desde 2005). Professor na Pós-Graduação e graduação do Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná (desde 2005).

A REGRA DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO FUNDADAS EM DANO MORAL

Greison Salamon
Oscar Francisco Alves Júnior

RESUMO

Esta pesquisa tem por finalidade discorrer sobre a aplicação da regra normativa do ônus de sucumbência recíproca nas demandas fundadas em dano moral. O trabalho analisa a possibilidade de relativizar a regra sempre que o autor da causa atuar com boa fé, indicando pedido de forma proporcional as faixas de valores indenizatórios praticados pelo Tribunal de Justiça, através de um critério de ponderação que permita salvaguardar os princípios, afastando a regra casuística. A pesquisa busca ainda apresentar alternativas de solução de fixação do ônus de sucumbência recíproca, que atendam aos princípios da proibição de enriquecimento sem causa, causalidade e congruência entre a sentença e o pedido.

Palavras-chave: Sucumbência Recíproca. Danos Morais. Ponderação.

Introdução

O escopo do presente trabalho é tecer comentários sobre a aplicação do ônus de sucumbência nas demandas com pleito de indenização por danos morais, quando a sentença atribuir sucumbência recíproca as partes.

A importância do tema tem relação com vários aspectos, até porque dano é tudo aquilo que molesta a alma humana e fere gravemente os valores fundamentais inerentes a sua personalidade, nesse prisma parafraseando Yussef Said Cahali. Outrossim, quando levado ao Poder Judiciário para dirimir a controvérsia gera diversos

desdobramentos, dentre eles o valor da sucumbência, que é o objeto deste trabalho.

Como estratégia de apresentação da pesquisa o trabalho sistematiza a apresentação do tema em três partes. Primeiramente aborda a questão da Indústria do Dano Moral estabelecida no CPC/73 e na segunda parte discorre sobre Regra da Sucumbência Recíproca e, então, analisa a temática do Valor da Causa nas Ações de Indenização por Dano Moral e Poder de Modulação do Magistrado.

Para tanto se utilizou de pesquisa bibliográfica e documental, destacando que com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, estabeleceu-se a possibilidade de condenação cruzada ao pagamento de honorários advocatícios nos casos em que houver sucumbência recíproca, sendo que o autor paga honorários ao advogado do réu e o réu paga honorários ao advogado do autor. Ainda, como inovação houve a obrigatoriedade de apontamento de pedido certo, como requisito da petição inicial, inclusive nas demandas que envolvem pleito indenizatório por danos morais.

Diante deste contexto questiona-se se a nova regra de fixação de honorários advocatícios afrontaria princípios estabelecidos ou implícitos, como o da proporcionalidade, boa-fé, causalidade, proibição de enriquecimento sem causa. E, também, se tal conflito entre a regra da condenação cruzada de honorários advocatícios e princípios permitiria a utilização da técnica da ponderação para se afastar o conteúdo normativo da regra, notadamente quando o pedido, embora certo, estivesse dentro de paradigmas praticados pelos Juízes ou Tribunal de Justiça perante o qual se demanda e, ainda, não estivessem presentes indícios de litigância de má-fé do demandante.

Por fim, se o Magistrado poderia, diante da demonstração da responsabilidade do réu, aplicar condenação diversa do pedido, apontado na inicial com obrigatoriedade de ser certo pelo legislador e, se tal decisão, ensejaria afronta ao princípio da congruência ou correlação entre o pedido e a sentença.

Indústria do Dano Moral estabelecida no CPC/73

Após a Constituição Federal de 1988 e a codificação de consumo (Lei 8.078/90), que foi seguida pela estabilização da moeda em decorrência do Plano Real em 1994, houve um aumento exponencial do consumo no país, impulsionada pela variedade de produtos e indústrias estrangeiras que vieram investir no Brasil.

Junto com esta crescente, ocorreu um desenvolvimento da jurisprudência nacional, alavancadas por decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que passaram a estimular ações em massa com pedidos indenizatórios, notadamente com pleito de reparação por alegados danos morais, em casos envolvendo abuso de direito ou danos decorrentes de vícios/defeitos de produtos ou serviços colocados no mercado de consumo, sem deixar de lado, é claro, as demandas decorrentes da relação civil comum.

Se admitia ação com pedido genérico, em que o autor pessoa física ou jurídica, deixava ao arbítrio do Magistrado a fixação do quantum indenizatório.

E, nestes casos, mesmo diante de uma sentença de procedência integral do pedido, com valor arbitrado pelo Magistrado, ainda assim o autor da ação manejava recurso com objetivo de majoração de valores arbitrados em 1º Grau, a quem a jurisprudência garantia interesse recursal, mesmo diante de severas críticas da doutrina.

Defendia-se que se o autor pediu para que o Magistrado arbitrasse o dano moral, qual seria o interesse em recorrer, já que teve seu pleito integralmente atendido?

Dentre outros, Fredie Didier Jr, na vigência do CPC/73, lecionava que:

(...), se o autor pedir que o magistrado determine o valor da indenização, não poderá recorrer da decisão que, por absurdo, a fixou em um real (R\$ 1,00), pois o pedido teria sido acolhido integralmente, não havendo como se cogitar de interesse recursal."

Porém, como já alardeado, a jurisprudência nacional majoritariamente apontava em sentido diverso, permitindo que o

autor da ação, diante do valor arbitrado pelo Magistrado em uma sentença de procedência integral, manejasse recurso de apelação, buscando aumentar o valor da indenização junto ao Tribunal, como se observa no seguinte julgado:

MORTE DE FILHA CAUSADA POR POLICIAL MILITAR. PEDIDO GENÉRICO. VALOR ARBITRADO. INCONFORMISMO. INTERESSE EM RECORRER. CONFIGURAÇÃO. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que, em ação indenizatória por danos morais em que o valor é arbitrado pelo magistrado, existe interesse recursal do autor objetivando a majoração do quantum indenizatório. (AgRg no REsp 605.255/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 437)

E mesmo quando o autor da ação, diante de sua faculdade, apontava pedido certo de indenização por danos morais, em caso de procedência/sucumbência parcial, grande parte dos Tribunais afastava a condenação em honorários advocatícios, tema que por muito tempo restou controvertido.

A controvérsia foi dirimida pela edição de uma Súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu à época que se o autor atribuisse pedido certo na inicial e o magistrado no momento da prolação da sentença fixasse valor inferior ao pedido, tal decisão não ensejaria sucumbência parcial.

Em outras palavras, o autor pedia R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais, o Juiz arbitrava em R\$50.000,00 (cinquenta mil) ou outro valor que entendesse cabível e assim saía integralmente vitorioso.

Nesse sentido, eis o teor da Súmula 326 do STJ: Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

O estímulo a indústria irresponsável de demandas com pedidos indenizatórios de dano moral, como se vê, foi impulsionada, de certa forma, pelas decisões judiciais que garantiam risco zero ao postulante, que demandava com pedidos genéricos ou indicação certa estratosférica, sem se preocupar com as consequências de eventual

sucumbência/procedência parcial.

O tema foi tratado por Luiz Dellore, que ao analisar a evolução da jurisprudência nacional a luz do CPC/73 destacou que:

De qualquer forma, a jurisprudência formada à luz do CPC1973 estimulava que o pedido de dano moral fosse formulado de forma irresponsável, dando origem a um fenômeno muitas vezes denominado “indústria do dano moral”. Isso porque: (i) cabia pedido de dano moral de forma genérica[6] (ou seja, sem especificar o valor que se pretendia receber); (ii) se o pedido fosse genérico, ainda assim haveria interesse recursal[7] (portanto, se a parte não indicou o valor que queria, e o juiz fixou em R\$ 1 mil, cabia recurso para majorar o valor); (iii) no caso de parcial procedência (fixação em valor abaixo do pleiteado), não haveria sucumbência do autor[8] (logo, se o autor pediu R\$ 50 mil de dano moral e a sentença condenou em R\$ 5 mil, apenas o réu arcaria com a sucumbência). Ora, isso (a) facilita que seja pedido o dano moral de forma genérica e, qualquer que seja o valor concedido, haja recurso e (b) estimula que haja pedidos elevados de dano moral, já que não haverá risco de sucumbência. Isso acarreta, portanto, uma litigância irresponsável, permitindo a “indústria do dano moral”: pedir o máximo possível (em 1º grau ou grau recursal), sem arcar com as consequências daí decorrentes. (<http://jota.info/novo-cpc-e-o-pedido-de-indenizacao-fim-da-industria-do-dano-moral>)

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, inovou o tema, impingindo uma obrigação ao autor da ação de indicar já na petição inicial o valor certo que pretende a título de dano moral (Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido), o que de certa forma se apresenta louvável, uma vez que sendo a moral um patrimônio imaterial, subjetivo, não poderia ser apreciada e valorada por um terceiro em sua amplitude.

Somada a obrigatoriedade de indicação de pedido certo, trouxe ainda o CPC/2015 a vedação expressa de compensação de honorários advocatícios quando a sentença atribuir sucumbência recíproca aos

demandantes:

Art. 85, § 14 do Código de Processo Civil de 2015: Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

O referido dispositivo inverte o cenário estabelecido pelo artigo 21 do Código de Processo Civil de 1973 que permitia, diversamente, a compensação de honorários advocatícios nos casos de procedência parcial, como se nota: art. 21/CPC/73 - Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

A compensação de honorários, muito criticada pela doutrina ante a previsão legal do art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) de serem os honorários de titularidade do advogado e não da parte, foi reafirmada pelo Superior Tribunal de Justiça com a edição da Súmula 306 - os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

A menção expressa de vedação de compensação de honorários apresentada no §14 do art. 85 do novo código, tem como intenção, não apenas remunerar o causídico que atuou no feito, mas também acabar com a farra dos pedidos absurdos, muitas vezes exagerados de indenização por danos morais, impondo nos casos de sucumbência parcial a obrigatoriedade de pagamento de honorários pela parte que sucumbiu e, neste ponto, a inovação se apresenta louvável.

Contudo, necessário se faz destacar que nem sempre o autor da ação indica valores estratosféricos, ou seja, que se afastam das faixas de valores praticados pelo Tribunal de Justiça.

A grande maioria dos valores dos pedidos atribuídos nas ações em que se postula indenização por danos morais, possui valor compatível com o parâmetro médio de valores praticados pelos juízes e Tribunal de Justiça e, para estes casos, a presente pesquisa entende que a regra de fixação do ônus de sucumbência deve ser excepcionada, conforme

se explicita na sequência.

Em um processo, com aplicação da regra, por mera subsunção formal, tendo o autor indicado o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de pedido indenizatório por danos morais, e tendo recebido sentença com procedência parcial, com reconhecimento de dano moral no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil), terá em tese sucumbido em R\$90.000,00 (noventa mil), valor sobre o qual terá que pagar honorários advocatícios ao advogado da parte adversa, inclusive, com abatimento sobre o valor principal, dada a natureza alimentar dos honorários fixados em benefício do causídico.

Diante desta perspectiva, passa-se a abordar a problemática sobre a possibilidade de flexibilização do dispositivo que estabelece sucumbência recíproca, sempre que o pedido estiver alocado dentro da faixa de valores acolhidos pelos julgados dos juízes e Tribunal.

Regra da Sucumbência Recíproca

Como já adiantado, o CPC/2015 estabeleceu a obrigatoriedade do autor da ação indicar na petição inicial o pedido certo (caput, art. 322), ainda quando não possua conteúdo econômico imediato (art. 291), regra normativa que foi estendida para as pretensões indenizatórias, inclusive nas ações fundadas em dano moral (art. 292, V), o que irá refletir diretamente no ônus de sucumbência.

Portanto, nas ações indenizatórias fundadas em dano moral, nos casos em que o autor receber procedência parcial, como doravante não se permite mais a compensação de honorários advocatícios (§ 14 do art. 85) o autor estará obrigado a pagar honorários ao advogado da parte adversa, sobre a diferença entre a indenização recebida e o valor atribuído a causa.

Pelo que se nota, a aplicação irrestrita da regra de fixação de honorários advocatícios quando houver sucumbência recíproca não nos parece a melhor solução, notadamente quando observamos a colisão desta regra com princípios normativos.

Sabe-se que o ordenamento jurídico é composto de normas

jurídicas, que por sua vez se dividem em normas-regras e normas-princípios.

As regras, com conteúdo antecedente descritivo, fechado, buscam de forma casuística estabelecer comandos proibitivos, mandamentais ou permissivos, indicando a consequência jurídica que deve ser aplicada.

Diversamente, os princípios possuem conteúdo normativo abstrato, vago, aberto, que permitem ao Magistrado adequar seu conteúdo normativo a diversas situações fáticas que lhe são apresentadas, aplicando ao caso concreto as consequências jurídicas dentre as opções que o ordenamento jurídico lhe confere.

Ao tratar da diferenciação entre regras e princípios, Robert Alexy em sua obra *Teoria Discursiva do Direito*, nos ensina que:

Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido, elas são comandos definitivos. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida. Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas. Por outro lado, princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, portanto, comandos de otimização.

Portanto, se o Ordenamento Jurídico é composto de normas de duas espécies, para que a aplicação válida de uma regra seja indiscutível, deve respeitar os princípios normativos que integram este mesmo sistema.

Não é dado ao aplicador do direito aplicar uma norma sem antes perquirir, através de um processo hermenêutico se o sistema jurídico em que ela está integrado a contempla, notadamente a luz de normas (regras e princípios) de natureza constitucional.

Sempre que a regra colidir com princípios jurídicos, deve ser realizado um processo argumentativo e de fundamentação para que se verifique a possibilidade ou não de manutenção ou afastamento

desta regra.

Para ilustrar o debate, suponha-se que o autor “A” atribua valor certo ao seu pedido indenizatório por danos morais, como lhe obriga a lei (art. 291 c.c art. 292, V), no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por suposta negativação indevida de seu nome em cadastro restritivo de crédito praticado pela empresa “XX”. Na sentença, o Magistrado reconhece a responsabilidade da empresa “XX”, porém entende que os danos morais que o autor “A” sofreu deva ser indenizado pelo valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Percebe-se então que o autor sucumbiu em 50% da pretensão indenizatória, determinando a regra da fixação de honorários advocatícios (§ 14 do art. 85) que o Magistrado deve condenar este autor ao pagamento de honorários ao advogado do réu em patamar que varia de 10% a 20% (§ 2º art. 85), sobre a parcela que sucumbiu, mesmo que o pedido apontado na inicial tenha respeitado todos os parâmetros de indenização praticados pelo Tribunal de Justiça em casos análogos.

Observe-se que o autor está obrigado pela norma adjetiva civil a atribuir valor certo na petição inicial, para as demandas indenizatórias por dano moral e, mesmo que atribua valor compatível com os patamares, faixas de indenização que o Tribunal de Justiça pratica, se no momento da decisão o Magistrado, diante de seu processo interpretativo fixar indenização em valor inferior ao pedido, o autor terá sucumbido e terá que arcar com honorários advocatícios sobre esta parcela.

Pela regra legal (§ 14 do art. 85), irrelevante se o autor atribuiu o valor do pedido na inicial com boa fé (dentro das faixas de valores praticados pelo Tribunal de Justiça); desconsidera-se também o princípio da causalidade, que impõe a quem deu causa a propositura da ação suportar custas e honorários de sucumbência.

Foi o autor que deu causa a propositura da ação? Ou foi a empresa XX, por ter negativado o nome do consumidor indevidamente no cadastro restritivo de crédito. O fato do Magistrado, no caso concreto atribuir valor a indenização por dano moral em valor diferente do postulado na inicial, embora dentro da faixa de decisões praticadas é

fator suficiente a ensejar a procedência parcial?

A regra normativa fixada pelo legislador não previu exceções. Tornou o núcleo da norma duro, casuístico, fechado o que, todavia, não impede que lhe sejam atribuídas exceções com base nos princípios normativos que orientam o sistema jurídico.

Nas hipóteses em que o autor tenha respeitado os critérios de faixas de valores de indenizações fixados pelo Tribunal de Justiça ou até mesmo, pelas faixas praticadas pelos Magistrados de 1º Grau na Comarca onde demanda, não poderia lhe ser imposto o ônus de sucumbência recíproca, em afronta ao princípio da boa-fé, causalidade e proporcionalidade.

Para estabelecimento da faixa de valores, os julgados discrepantes, isolados, com fixação de indenizações fora da faixa média, devem ser desconsiderados.

O legislador previu instrumento processual adequado para se estabelecer a média de valores indenizatórios. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, deve ser utilizado pelo Tribunal para pacificar o entendimento, estabelecendo faixas de valores para as demandas de massa, orientando os Magistrados de 1º Grau e garantindo segurança jurídica ao jurisdicionado.

Observe-se no exemplo dado, ao analisar os julgados do Tribunal de Justiça de Rondônia, para casos de negativação indevida no Cadastro Restritivo de Crédito, existem decisões com faixas de valores que variam de R\$10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), em média.

Certo que o autor "A", ao atribuir o valor certo ao pedido, como exigido pelo legislador, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), atendeu aos paradigmas praticados pelo Tribunal de Justiça, atuando com boa-fé, respeitando os parâmetros praticados.

Diferentemente seria, se o autor da ação atribuisse o valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização por danos morais por uma mera negativação indevida, o que fugiria da faixa de valores praticados, demonstrando, ao contrário, que litiga em má-fé.

Não se está aqui a falar da boa-fé subjetiva (estado psicológico, um fato), mas sim da boa-fé objetiva, princípio geral do direito, regra

de conduta, que impõe aos sujeitos processuais manter condutas de acordo com os padrões sociais de honestidade, lisura e correção. A boa-fé objetiva deve ser analisada externamente, não importando qual o sentimento do agente, bastando verificar se o sujeito processual agiu de acordo com os padrões de comportamento (standards) impostos ou exigidos pelo direito em determinado local e em determinada situação de espaço e tempo. (Cavalcante, Márcio André Lopes, 2012).

É exatamente esta a discussão apontada. Atribuindo o autor da ação pedido de dano moral certo, dentro dos paradigmas praticados pelos juízes e Tribunal, como poderia sucumbir?

O Código de Processo Civil de 2015, estabeleceu uma cláusula geral da boa-fé objetiva, norma de conduta a ser observada pelos sujeitos do processo, inclusive pelo Magistrado, como se depreende do artigo 5º: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Positivado no novo Código de Processo Civil, o princípio da boa-fé objetiva pode ser extraído também de outros princípios e normas de direito fundamental constitucional.

Joan Pico i Junoy defende que o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do devido processo legal, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva. Do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito ao processo com todas as garantias. Essa é também a posição do STF: RE 464.963-2/GO. (apud, DIDIER, Fredie, 2016. p.110).

Fredie Didier Jr, após discorrer sobre as diversas posições dogmáticas de enquadramento constitucional do princípio da boa-fé processual, arremata que:

(...) caracterização do devido processo legal como uma cláusula geral é pacífica, muito bem construída doutrinariamente e aceita pela jurisprudência. É com base nesta garantia que, no direito estadunidense, se construiu o dever de boa-fé processual como conteúdo da garantia da fair trial. A referência ao due process of law como fundamento para reprimir os comportamentos temerários é frequente nos países da common law. Em tais países, a cláusula geral do devido processo legal é diretamente aplicada pelas cortes

como um padrão geral para a avaliação de práticas processuais inadequadas.(DIDIER, Fredie. 2016.p.111).

O princípio da boa-fé objetiva é norma jurídica que deve ser observado, garantia aos sujeitos do processo de atuação legal, proba, escoreita, que somado a proporcionalidade, fundamento da aplicação da ponderação como critério para afastamento da regra legal.

O princípio da causalidade, boa-fé, impõem a quem deu causa suportar as consequências do processo judicial. A discrepância entre o pedido autoral e o entendimento do Magistrado no momento do arbitramento, não pode ser fator para aplicação da regra pura da subsunção, quando a pretensão estiver apontada pelo autor em grau de proporcionalidade e compatibilidade com os parâmetros (standards) praticados. É caso do Magistrado, através de um processo hermenêutico, utilizando-se de uma interpretação sistemática verificar se a regra se apresenta imune ao campo de incidência dos princípios. Caso contrário, deverá com o objetivo de dirimir o conflito entre as normas, aplicar a ponderação, afastando a regra, e garantindo a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que tem berço em normas de direito constitucional fundamental.

Portanto, a mera subsunção do dispositivo legal que impõe o ônus de sucumbência recíproca não se apresenta como a solução mais adequada, exigindo o caso a aplicação da ponderação, que nada mais é do que o núcleo do princípio da proporcionalidade, analisada em sua tríade adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que permite a restrição de normas regras através da aplicação de princípios.

Proporcionalidade que também tem origem na norma fundamental da cláusula do devido processo legal, na acepção substancial do due process of law, e que foi positivada de forma expressa no Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 8, onde verifica-se:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O princípio da proporcionalidade, como decorrência da acepção substantiva do *due process of law* é vista ainda pelo Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de proibição de excesso, verdadeiro fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do Estado. (HC 103529 - STF).

Evidente que as decisões judiciais podem se apoiar nos princípios jurídicos, podendo inclusive ser restringidas ou suprimidas normas jurídicas, sempre que a regra venha colidir com algum princípio. E, como os princípios integram o ordenamento jurídico, o Magistrado não estaria de posse de um poder discricionário absoluto, estando, portanto, vinculado ao ordenamento jurídico (Alexy, Robert).

Com base em um princípio, toda regra pode tornar-se inaplicável em circunstâncias especiais, como no caso sob análise, que a regra da fixação cruzada de honorários advocatícios deva ser vista com ponderação, a depender da circunstância do caso concreto.

Neste sentido são os ensinamentos de Robert Alexy, em estudos a partir da Teoria da Ponderação apresentada por Dworkin, a saber: Se a inaplicabilidade de uma regra com base em um princípio não significa que ela se torna simplesmente inválida, então isso significa que, com base no princípio, uma cláusula de exceção à regra é estatuída. (Alexy, ROBERT. 2014. p.134)

Esta cláusula de exceção à regra da sucumbência recíproca nas ações de indenização por danos morais deve ser estabelecida, sempre que houver sucumbência parcial do autor da ação que, atuando com boa fé, proporcionalidade, indicou na petição inicial valor compatível com a faixa praticada pelos Magistrados de 1º Grau ou pelo Tribunal, exceção que também, melhor atenderia ao conteúdo normativo do princípio da causalidade e proibição de enriquecimento sem causa.

Portanto, a boa-fé, enquanto cláusula geral, vem para reforçar o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão do Poder Judiciário deve atuar ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir de casos concretos que lhe são apresentados (DIDIER JR, Fredie. 2016.p 53).

Valor da Causa nas Ações de Indenização por Dano Moral e Poder de Modulação do Magistrado

Ao lado das partes e causa de pedir, o pedido se apresenta como elemento da demanda e sua falta, acarreta a inépcia, ensejando a rejeição da petição inicial.

O pedido apontado na inicial servirá como base para o valor da causa. Não há causa sem valor, assim como não há causa de valor inestimável ou mínimo. (DIDIER JR. Fredie. 2016. p. 563.)

Acontece que o Novo Código de Processo Civil estabeleceu no artigo 322 que o pedido deve ser certo, indicando ainda em seu art. 292, inciso V que nas ações indenizatórias fundadas em dano moral, o autor deve indicar o valor pretendido.

Esta novidade trazida pelo legislador tornou o pedido por danos morais, uma espécie de pedido certo, contrariando, como bem aponta Daniel Amorim Assumpção Neves, posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça que admite nestes casos o pedido genérico (STJ, 4ª Turma, Resp 645.729/RJ) (ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. 2016. p.459).

Doravante, o autor ao quantificar o valor da indenização por danos morais, deverá apontar o quanto pretende receber, exigência legal que ocasiona consequências práticas no plano da sucumbência.

A moral, a dor, honra, estado anímico etc., são sentimentos atreladas a esfera individual de cada indivíduo.

Nesta perspectiva é que Fredie Didier Jr, defende em harmonia com o Código que cabe ao próprio autor da ação quantificar o valor do dano moral, apontando como função do Magistrado julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido:

Quem, além do próprio autor, poderia quantificar a “dor moral” que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta “dor” poderia aferir a sua existência, mensurar a sua extensão e quantificá-la em pecúnia? A função do Magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante dizer quanto deve ser o montante. (DIDIER JR, Fredie. 2016. p.590).

Portanto, a exigência legal para atribuição de pedido e valor da causa certos nas demandas indenizatórias por dano moral, obriga o autor da ação a indicar o quanto pretende a título de indenização por dano moral. Logo em atenção ao princípio da congruência, caberia ao Magistrado apreciar os pressupostos da responsabilidade civil, apontando ser o réu o causador ou não do dano atribuído, sem se imiscuir no quantum indenizatório, já apontado como certo, desde que, é claro, não discrepe dos parâmetros indicados pelo Tribunal, em respeito a boa-fé objetiva.

A sentença deve guardar estrita correspondência com o pedido, não havendo fundamento lógico-jurídico que permita afastar este raciocínio para as demandas indenizatórias fundadas em dano moral, quando o autor tenha atribuído pedido proporcional ao direito substancial em discussão.

O artigo 141 em conjunto com o artigo 492 do Código de Processo Civil, tratam do princípio da inércia e da congruência, que impõem a correlação entre a sentença proferida pelo juiz e causa de pedir, pedidos e partes do processo, todos elementos da demanda.

Dispõe o artigo 141 do CPC que: O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito lei exige iniciativa da parte.

Já o artigo 492, “caput”, estabelece que: É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Tais dispositivos estabelecem que a sentença deve guardar estrita correspondência com o pedido apresentado pela parte, não podendo ainda o Magistrado atuar de ofício em demandas que exigem atuação da parte.

Conforme lição de Cândido Rangel Dinamarco: (...) decidir nos limites da demanda proposta (...) significa não ir além ou fora deles, nem ficar aquém” (apud DIDIER JR., Fredie. 11ª ed. 2016. p.366)

A exigência legal de atribuição de pedido certo as demandas por danos morais, deve servir como limite ao órgão julgador, cuja discricionariedade estaria adstrita a verificação de compatibilidade entre o pedido e os parâmetros indicados pelo Tribunal em incidentes

de IRDR, passível de ser estabelecido, uma vez que a variação de decisões apresenta nítido risco a isonomia e segurança jurídica (art. 976, II do CPC/2015).

Dáí a necessidade de o Tribunal de Justiça o quanto antes modular as faixas de valores compatíveis com os casos corriqueiramente apresentados a julgamento, como forma de estabelecer padrões indenizatórios em casos análogos, garantindo maior isonomia e segurança jurídica nas decisões judiciais e, por consequência, ao jurisdicionado, destinatários da tutela jurisdicional.

Daniel Amorim Assumpção Neves, ao analisar o princípio da congruência, ressalta que sua inobservância gera a nulidade da sentença:

É nula a sentença que concede a mais ou diferente do que foi pedido, como também há nulidade na sentença fundada em causa de pedir não narrada pelo autor, na sentença que atinge terceiros que não participaram do processo ou que não julga a demanda relativamente a certos demandantes. (ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. 2016. p.818).

Esta incongruência estabelecida entre a exigência legal de atribuição de pedido certo nas demandas indenizatórias fundadas em dano moral e a discricionariedade dos Magistrados em atribuir o valor do dano moral, ultrapassa a dificuldade de fixação do quantum indenizatório, incidindo diretamente no ônus de sucumbência.

Observe-se o exemplo: autor atribui pedido certo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em demanda fundada em dano moral por negativação indevida nos cadastros restritivos de crédito, respeitando as faixas de valores (paradigmas) praticados ou estabelecidos pelo Tribunal de Justiça. Se no momento da sentença, o Magistrado frente ao seu poder discricionário de modular o valor pedido, condenar o réu em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), terá o autor sucumbido em 50% (cinquenta por cento) da demanda, tendo o autor que suportar o pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da parte adversa sobre esta parcela.

Ora, se o pedido é certo, exigido legalmente, tendo sido

apresentado dentro dos paradigmas estabelecidos, como poderia o Juiz sentenciar atribuindo valor indenizatório diverso, em total desrespeito ao princípio da congruência, ao pedido certo legalmente exigido. E mais, condenando o autor em honorários de sucumbência. O que se sustenta é que sendo o pedido certo, nas demandas fundadas em dano moral, dentro dos paradigmas praticados, em total observância a boa-fé objetiva, padrão de conduta que deve ser observada por todos os sujeitos do processo, não poderia o Magistrado fixar indenização diversa, sob pena de nulidade da sentença por desrespeito a congruência.

O Magistrado, dotado da função jurisdicional, a quem cabe dizer o direito no caso concreto, fundada no livre convencimento motivado não pode ficar restrito as regras fechadas, casuísticas estabelecidas pelo legislador ordinário.

O ordenamento jurídico é amplo, toda decisão judicial deve guardar pertinência com as normas de direito fundamental, situação que nos permite concluir que a regra de atribuição de pedido certo nas demandas fundadas em dano moral deve ser relativizada enquanto não se estabelecerem parâmetros aceitáveis de faixas indenizatórias, sob pena de as partes ficarem entregues a livre discricionariedade dos juízes, dotados de sentimentos, valores, experiências sociais diversas, ocasionando patente lesão a isonomia, segurança jurídica, boa-fé, todos corolários lógicos da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação do ônus de sucumbência, nas demandas com pleito de indenização por danos morais, quando a sentença atribuir procedência parcial as partes passou a ter novo regramento jurídico com o Código de Processo Civil.

Estabeleceu-se a possibilidade de condenação cruzada ao pagamento de honorários advocatícios, nos casos em que houver sucumbência recíproca. Autor paga honorários ao advogado do réu e o réu paga honorários ao advogado do autor.

Inovou-se, ainda, quanto a obrigatoriedade de apontamento de pedido certo, como requisito da petição inicial, inclusive nas demandas fundadas em pedido indenizatório por danos morais.

As novas regras de fixação de honorários advocatícios, pelo que analisado, afrontaria princípios estabelecidos ou implícitos, como o da proporcionalidade, boa-fé, causalidade, congruência, proibição de enriquecimento sem causa, isonomia e dignidade da pessoa humana.

Frente ao conflito de normas, a técnica da ponderação objetiva afastar o conteúdo normativo da regra que fixa a sucumbência recíproca, notadamente quando o pedido, embora certo, estivesse dentro de paradigmas praticados pelos Juízes ou Tribunal de Justiça perante o qual se demanda e, ainda, não estivessem presentes indícios de litigância de má-fé do demandante.

A pesquisa verificou que a sentença deve guardar exata correspondência com o pedido apontado como certo, desde que proporcional ao direito material em discussão e respeitados os paradigmas fixados em respeito a isonomia e segurança jurídica.

Doravante, necessário se faz aguardar o enfrentamento destas questões pelos Tribunais do país, a fim de apontar se a técnica da ponderação, com fundamento nos princípios, notadamente de direito fundamental, permitem afastar a regra do ônus de sucumbência recíproca, nos casos discutidos no presente trabalho.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Ed. Forense. 2014.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador. Ed. JusPODIVM, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 132.105 de 16 de março de 2015. Brasília. DF: Senado, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Boa-Fé Objetiva No Processo Civil. <http://www.dizerodireito.com.br/2012/09/boa-fe-objetiva-no-processo-civil.html>

DELLORE, Luiz. Novo CPC e o Pedido de Indenização: Fim da Indústria do Dano Moral. <http://jota.info/novo-cpc-e-o-pedido-de-indenizacao-fim-da-industria-do-dano-moral>.

DIDIER JR., Fredie. Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa julgada e Tutela Provisória. 11ª ed. Salvador. JusPODIVM, 2016.

Tuany Bernardes Pereira

Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas - FGV DIREITO RIO (2015/2016). Bacharela em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – (2014). Atual como advogada, tendo experiência na área de Direito Civil, com ênfase em Direito de Família, Consumidor e Responsabilidade Civil.

SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS ADOTADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Tuany Bernardes Pereira

RESUMO

O Brasil adota o sistema jurídico do Civil Law e, nessa tradição, o direito é legislado, ou seja, a norma jurídica é quase sempre extraída da própria lei, principal fonte desse Direito, antes de ser aplicada ao caso concreto. Porém, nos últimos anos, o sistema jurídico brasileiro tem sido transformado pela inserção de institutos de outro sistema jurídico, o Common Law – cuja principal fonte do Direito são os precedentes judiciais – com o aumento da importância e respeito aos precedentes, os quais tem sido cada vez mais valorizados em nossa jurisprudência. Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015, com o objetivo de promover a integridade do Direito, possibilitando maior segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais no Brasil, instituiu um sistema de precedentes, que servirá de base para a aplicação de todas as demais normas do ordenamento jurídico. A inserção desses dispositivos inovadores, faz com que surja a necessidade de se compreender o sistema de precedentes judiciais. Em razão disso, é preciso compreender o porquê da aproximação entre os dois sistemas recentemente. Depois, examina-se o sistema de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, com conceitos, distinções, classificações, elementos e técnicas para aplicação dos precedentes previstos. Para, então, por último, verificar os fundamentos que justificam a utilização e adoção do sistema, bem como, as críticas que vêm sendo levantadas para sua não utilização. Com isso, procura-se desmitificar esse pré-conceito ao sistema, provando que tais motivos, em verdade, não são reais, mas, sim, superáveis e, que o sistema de precedentes adotado no Código de Processo Civil de 2015 traz maior segurança jurídica, estabilidade, coerência e igualdade nas decisões judiciais, aperfeiçoando o direito

brasileiro.

Palavras-chave: Sistema de precedentes. Processo civil. Fundamentos. Segurança jurídica.

Introdução

Esse trabalho analisa o sistema de formação e aplicação dos precedentes judiciais, mecanismo comumente utilizado nos países de tradição do Common Law, mas que, nos últimos anos, tem ganhado cada vez mais importância no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que, houve sua adoção, expressa, no Código de Processo Civil de 2015.

Ressalta-se que o escopo deste estudo encontra-se ancorado no grande desafio do direito processual civil contemporâneo em, somente pela codificação de normas, proporcionar a segurança jurídica, igualdade, estabilidade e coerência da ordem jurídica ideais aos seus jurisdicionados. Cenário esse, que justifica a tendência do sistema jurídico brasileiro – adepto da tradição Civil Law – buscar a adoção de outros institutos, como os precedentes judiciais, para solucionar seus problemas.

Dessa forma, demonstra-se o sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, com suas respectivas normas, conceitos, elementos, classificações e técnicas de aplicação e superação, que compreendem o uso desse instituto processual. No mesmo capítulo, há a preocupação de informar os aspectos práticos do uso dos precedentes, indicando os exemplos de sua adoção nos dispositivos do Código.

Por último, expõe-se os fundamentos que justificam à adoção do sistema de precedentes no ordenamento brasileiro, principalmente, a intenção de se assegurar a isonomia e a segurança jurídica para se alcançar estabilidade e previsibilidade nas decisões judiciais, bem como, trata das críticas feitas ao sistema, que, aparentemente, poderiam obstaculizar a sua efetivação, mas, que não condizem com

a necessidade atual do direito processual brasileiro e sua evolução.

É nessa perspectiva que esse ensaio procura, sem esgotamento do tema, apresentar a estruturação do sistema de precedentes nos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, a fim de contribuir para sua compreensão e aceitação, apontando os principais motivos para se respeitar os precedentes judiciais, uma vez que sua utilização ainda gera estranheza e encontra alguns obstáculos na má cultura jurisdicional brasileira.

A tendência de aproximação entre os sistemas Common Law e Civil Law

O Common Law é uma tradição que tem como a principal fonte do Direito o precedente judicial, ou seja, a norma jurídica é extraída a partir do julgamento do caso concreto para, então, ser aplicada posteriormente aos casos idênticos. O Civil Law, por sua vez, baseia-se na lei como fonte do Direito, isto é, a norma jurídica é deduzida da lei, para regular todos os casos que se encaixarem em sua hipótese de incidência.

Ocorre que, sem desconsiderar o contexto histórico diferente entre cada instituto, a partir da segunda metade do século XX, esses sistemas começaram a se aproximar, em especial, após a judicialização da política, marcada pela transferência de parte do poder político do Parlamento para os Tribunais de Justiça e, após a valorização dos direitos humanos por meio das Constituições (BARBOZA, 2014).

Para Cramer (2016), a convergência entre o Civil Law e Common Law tem duas causas genéricas: a globalização – por reclamar dos países, sistemas jurídicos que não sejam tão diferentes um do outro – e, a procura de soluções, que cada país busca para as deficiências de seu sistema jurídico.

Ainda, mais adiante em sua obra, Cramer (2016), entende que nos países exclusivamente do Civil Law, como o Brasil, o movimento de convergência para o Common Law tem causas específicas. A primeira delas constituiria na perda de centralidade dos códigos. As mudanças

sociais, cada vez mais rápidas, têm exigido uma legislação mais aberta e flexível. Isso tem levado a uma produção maior de leis especiais, com conceitos jurídicos indeterminados e textos normativos abertos.

A segunda causa específica, na opinião do autor supramencionado, refere-se ao pós-positivismo e à ideologia de distinção entre princípios e regras que veio com esse período. Como os princípios dependem da forma como os juízes os aplicam nos casos concretos para serem compreendidos, as próprias decisões judiciais sobre eles passaram a ser referência para dar significado a essa espécie normativa.

Seguindo a enumeração feita por Cramer (2016), a terceira causa é o advento do constitucionalismo. Como mencionado anteriormente, nos países do Civil Law, a constituição deixou de ser um diploma legal tão somente de organização do Estado para se tornar a lei maior do ordenamento jurídico, com princípios que norteiam a interpretação de todas as demais normas.

Ou seja, tanto para Cramer (2016), como para Barboza (2014), e Marinoni (2013), com a preponderância das constituições, as cortes supremas se tornaram protagonistas nos sistemas jurídicos, e suas decisões passaram a ser referência de validade e interpretação, resultando, inclusive, na adoção do controle concentrado de constitucionalidade, com previsão de efeito vinculante as suas decisões, o que deu aos sistemas do Civil Law feições da tradição do Common Law.

Por último, a quarta causa que explica a convergência no Brasil, é o enorme número de causas repetitivas no sistema judiciário brasileiro. Segundo o último relatório “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça, publicado em 2018, o Poder Judiciário terminou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação.

Portanto, não há como viabilizar o julgamento de tantas ações sem a adoção de um sistema que respeite os precedentes, semelhante ao que ocorre nos sistemas jurídicos do common law, em prol da integridade do Direito. Na opinião de Cramer (2016), isso foi um dos principais motivos para a aproximação do nosso ordenamento ao Common Law.

O sistema de precedentes instituído no Código de Processo Civil de 2015

Até pouco tempo atrás, o Direito Processual Civil brasileiro não tinha porque se preocupar com a adoção de um sistema de precedentes judiciais. Isso porque, antes do Código de Processo Civil de 2015, os precedentes existentes em nosso ordenamento jurídico eram, preponderantemente, persuasivos, ou seja, não vinculavam os demais casos. Apenas eram utilizados como argumento de reforço do discurso jurídico.

Ocorre que, com ao advento do CPC/2015, a situação muda. Nos artigos 926 ao 928, o legislador, na opinião de Flexa, Macedo e Bastos (2016), positiva uma teoria geral dos precedentes, “com normas que servirão como base para aplicação de todas as demais normas derivadas da aplicação dos precedentes”.

Referidos autores também ressaltam o que fora dito no capítulo anterior. O sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015 não adota, no todo, o sistema Common Law, mas, sim, aplica a teoria dos precedentes desse sistema com adaptação às peculiaridades e características do Civil Law.

O sistema de formação e aplicação de precedentes do CPC/2015 é constituído por institutos que geram a criação de precedentes vinculantes – como o incidente de assunção de competência e as hipóteses de julgamento de casos repetitivos, nos arts. 947 e 928 –, e de institutos correlatos (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016).

Assim sendo, transcreve-se sinteticamente, os institutos que compõem o sistema de precedentes no CPC/2015, mencionados tanto por Flexa, Macedo e Bastos (2016), quanto por Cramer (2016), em suas respectivas obras:

- a) art. 311, II – tutela de evidência;
- b) art. 332 – improcedência liminar do pedido;
- c) art. 489, §1º, V e VI – dever jurídico de fundamentação do juiz, com a necessidade de maior ônus argumentativo, quando aplicar ou deixar de seguir um precedente;
- d) art. 496, §4º – dispensa do reexame necessário;

- e) art. 932, IV e V – possibilidade de julgar o mérito do recurso por meio de decisão monocrática do relator, quando o recurso ou decisão recorrida estiver contrário a precedente;
- f) arts. 489, §1º, IV; 984, §2º; 1022, II e parágrafo único, I e II; e, 1038, §3º – necessidade de enfrentamento de todas as teses para a formação do precedente;
- g) arts. 489, §1º; 926; 927, §1º; e, 1013, §3º – necessidade de observar a integridade e coerência para proferimento das decisões e formação de precedentes;
- h) arts. 332; 489, §1º, V; 932, IV e V; e, 927, §1º – necessidade de identificação da *ratio decidendi*¹ para aplicação dos precedentes;
- i) arts. 332; 489, §1º, VI; 926; e, 927, §4º – utilização do *distinguishing*² e *overruling*³ para afastar a aplicação de determinado precedente;
- j) art. 138, §3º – ampliação do entendimento sobre interesse recursal do *amicus curiae*;
- k) art. 966, V – cabimento de Ação Rescisória para garantia da observância dos precedentes;
- l) art. 988, IV – cabimento de Reclamação para garantia da observância dos precedentes;

Além desses institutos e consequências de sua aplicação, integram, também, o sistema de precedentes brasileiro, os princípios basilares do ordenamento processual, quais sejam: legalidade, isonomia, segurança jurídica, motivação das decisões e contraditório.

Elementos do Precedente

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro, o julgamento de um tribunal recebe o nome de acórdão, composto de relatório, fundamentação e dispositivo. A esses elementos, junta-se a ementa que, ao contrário do que muitos imaginam, não é o resumo do

1 Tradução livre: “Razão de decidir”.

2 Tradução livre: “Distinção”.

3 Tradução livre: “Superação”.

juízo, mas sim, a síntese das teses jurídicas adotadas naquele julgamento.

Pois bem, para o sistema de precedentes é importante a compreensão dos seguintes elementos da fundamentação: “[...] b) argumentação jurídica de passagem ou reforço (*obiter dictum*) e c) tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi* ou *holding*)” (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016).

Ratio decidendi (holding)

Para os autores acima mencionados, a *ratio decidendi* (*holding*), é a tese jurídica aceita pelo órgão julgador no caso concreto, isto é, são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão judicial. Nesse sentido, são as razões de decidir do precedente que irão vincular os casos futuros.

Por isso o art. 489, §1º do CPC/2015 deu muito mais relevância ao ônus argumentativo das decisões judiciais, do que o CPC/1973, pois, para fixação correta da *ratio decidendi*, os fundamentos da decisão precisam estar claramente apresentados.

Cramer (2016), igualmente, considerando os hábitos processuais brasileiros, entende que a *ratio decidendi* “são as razões necessárias e suficientes para a solução da causa ou de qualquer questão julgada pelo tribunal”. Diz-se ‘qualquer questão’, porque é comum em nossa jurisprudência os tribunais decidirem, quando do julgamento da causa, outras questões de cunho material ou processual.

Fora consciente dessa realidade, que o Fórum Permanente de Processualistas Civis (2016), lançou o Enunciado 173, a respeito do art. 927 do CPC/2015: “Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil”.

Nessa esteira, se, em uma mesma decisão, pode existir mais de uma *ratio decidendi* (ou seja, mais de um fundamento), também pode

acontecer de a decisão do órgão colegiado não possuir nenhuma ratio, conforme esclarece Cramer (2016), em razão de deficiência na fundamentação, ou dispersão de fundamentos, bem como, no caso de ausência de fundamento vencedor.

Importante mencionar o entendimento de Flexa, Macedo e Bastos (2016), quanto à composição da ratio decidendi. Para os autores, a ratio possui os seguintes elementos: “a) indicação dos fatos relevantes da causa; b) raciocínio lógico-jurídico da decisão (ou seja, a fundamentação); c) o juízo decisório (o que restou decidido/fixado) e d) a questão posta em juízo.

No entanto, ainda com a compreensão dos elementos supra, pode não ser tão fácil identificar, ou individualizar, no julgamento, a ratio decidendi. Por isso, a maior parte da doutrina cita três métodos – que existem na tradição Common Law – para encontrá-la. São eles: teste de Wambaugh; método de Goodhart; e, método de Rupert Cross ou eclético.

Esclarece-se que não é o propósito desse trabalho discorrer sobre eles. Contudo, pode-se dizer, concordando com Flexa, Macedo e Bastos (2016), que a solução mais adequada para identificar a ratio em um acórdão, seria a adoção do último deles – o método de Rupert Cross ou eclético –, no qual a ratio deve ser individualizada por meio dos fatos relevantes da causa, conjugados, esses, com os motivos determinantes da decisão.

Obiter dictum

Como todo e qualquer texto, o acórdão também não possui uma conclusão direta. Nele, os ministros/desembargadores constroem, respectivamente, o seu voto, com argumentos de aproximação, ilustração e divagação, a fim de complementar a fundamentação. Essas passagens são os chamados *obiter dicta* ou, no singular, *obiter dictum*.

Flexa, Macedo e Bastos (2016) e Cramer (2016), pactuam do conceito de que *obiter dictum* constitui nos argumentos que são

expostos apenas de passagem na fundamentação da decisão, ou seja, são juízos de valor acessórios, dispensáveis, secundários ou, até mesmo a opinião pessoal do redator, sem grande relevância substancial para determinar a norma do precedente.

A exemplo, pode-se citar as menções feitas de referenciais normativos impertinentes ou inaplicáveis à causa, bem como, os argumentos que constaram no voto vencido da decisão colegiada.

Apesar disso, Flexa, Macedo e Bastos (2016), alertam que o fato de não possuir eficácia vinculante, não impede que o *obiter dictum* possua eficácia persuasiva. É nesse sentido, que o CPC/2015 autorizou, por exemplo, no art. 941, §3º, o uso do *obiter dictum* – neste caso, o voto vencido – para fins de prequestionamento e, igualmente no art. 942, permitir considerar o voto vencido para propor novo julgamento.

Classificação dos Precedentes

A princípio, classificar o precedente é útil na medida em que isso permite compreender as diversas maneiras como o precedente atua no ordenamento jurídico. Cada autor, porém, opta pela classificação que melhor lhe convém. Por isso, há nas obras sobre o tema várias denominações e classificações diferentes.

Assim sendo, optou-se, nesse trabalho, reproduzir a classificação proposta por Flexa, Macedo e Bastos (2016) e Cramer (2016), apenas quanto à eficácia ou efeitos do precedente, por entender que é a mais relevante na prática e, por ser o ponto no qual os autores convergem. Classificar o precedente quanto aos seus efeitos ou eficácia significa, justamente, expor a força e a capacidade vinculativa do mesmo sobre o julgamento de casos futuros. Nessa perspectiva, conforme os autores mencionados, os precedentes podem ser classificados em: a) p recedente vinculante/obrigatório; b) p recedente persuasivo; c) p recedente obstativo de revisão d e decisões (eficácia impositiva); d) p recedente autorizante; e, e) p recedente rescindente.

O precedente com eficácia vinculante ou obrigatório, é aquele que vincula os casos futuros, que fixa a norma (tese jurídica) a

ser obrigatoriamente seguida pelo julgador em todas hipóteses semelhantes futuras. No CPC/2015 os precedentes vinculantes estão previstos no art. 927, e devem ser observados e aplicados, sob pena de omissão, na forma do art. 1.022.

Nesse caso, o julgador somente se exime de aplicá-lo se houver distinção entre o caso concreto e o caso do precedente ou, se o precedente já houver sido superado.

O precedente persuasivo, por sua vez, não vincula os demais casos. É utilizado apenas como forma de reforçar a argumentação do redator, contudo, poderá ser usado, posteriormente, para influenciar a formação da sua convicção, como no caso de recurso fundado em dissídio jurisprudencial. No CPC/2015 estão os seguintes exemplos: arts. 1.029, §1º (combinado com art. 105, III, “c”, da CF/88) e 1.043.

O precedente obstativo de revisão de decisões é aquele que autoriza o julgador a negar o seguimento de determinados recursos ou, que dispensa, por exemplo, o envio de remessa necessária, com base em precedentes anteriores. Vide arts. 332, 496, §4º, 932 IV e 1.040, I, do CPC/2015.

Já o precedente autorizante, como o nome sugere, possui o efeito de autorizar a admissibilidade ou provimento de algum ato processual como, por exemplo, conceder tutela de evidência ao autor, quando os fatos estiverem comprovados documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II, CPC/2015). No CPC/2015 estão outros exemplos: arts. 932, IV, 949, parágrafo único e 1.035, §3º.

Por fim, o precedente rescindente tem o objetivo de gerar a rescisão da coisa julgada material quando, por exemplo, a decisão rescindenda estiver baseada em precedente de casos repetitivos (arts. 502 e 966, §§5º e 6º, CPC/2015) ou, de retirar a eficácia de decisão judicial, por exemplo na hipótese dos arts. 203 c.c 304, §5º, CPC/2015. Aqui, nota-se que não é o precedente que ocasionará a rescisão ou retirada de eficácia da decisão, mas, sim, a existência de um precedente que torne a hipótese, prevista no dispositivo, juridicamente possível (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016).

Técnicas de aplicação e superação do Precedente

Como fora demonstrado, a aproximação do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema Common Law, efetivou-se de vez com o sistema de precedentes judiciais instituído pelo CPC/2015.

Nesse ínterim, também se revelou que a estabilidade e previsibilidade, garantidas pela adoção de um sistema de precedentes, não significam imutabilidade do precedente, porquanto esse será utilizado até que haja razões para modificá-lo ou não o usar.

Para isso, o próprio sistema prevê técnicas de distinção e superação do precedente, conforme será tratado, brevemente, a seguir.

Técnica de confronto, interpretação e aplicação (distinguishing)

Uma das formas de se aplicar o precedente, é fazendo uma comparação entre os elementos objetivos do caso concreto (pedido e causa de pedir) com a ratio decidendi do precedente paradigma que se pretende utilizar.

Essa técnica comparativa, é o que a doutrina chama de distinguishing ou, distinção. Diz-se distinção porque, diante da ausência de similitude entre os fundamentos da demanda a ser julgada com as peculiaridades do caso concreto, isto é, serem diferentes um do outro, o julgador pode deixar de aplicar o precedente ou estender a sua aplicação, conforme for o caso. Flexa, Macedo e Bastos (2016), mencionam que a técnica exterioriza uma forma de confronto/comparação e, que por isso, pode ser dividida em distinguishing-método – quando o julgador compara o caso concreto e a ratio do precedente e, o aplica por identificar sua similitude (arts. 489, §1º, V e 927, §1º, CPC/2015); e, distinguishing-resultado – quando o resultado dessa comparação resulta naquilo que o legislador do CPC/2015 chamou de distinção, e que, por isso, o julgador deixa de aplicar o precedente (arts. 489, §1º, VI e 927, §1º).

Nesse cenário, caso não haja identidade entre os casos confrontados, o julgador poderá optar por duas medidas que, na

realidade formam duas maneiras de interpretar o precedente: restritiva ou ampliativa.

O *restrictive distinguishing*, ocorre quando o julgador está completamente convencido que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação do precedente e, por essa razão, confere à ratio uma interpretação restritiva. O *ampliative distinguishing*, ocorre quando o julgador estende ao caso concreto a mesma solução jurídica dada aos casos anteriores, por entender que os fundamentos determinantes de um e outro se ajustam (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016).

Técnicas de superação (*overruling e overriding*)

Viu-se que, antes da aplicação do precedente, deve ser feita uma comparação entre esse e o caso concreto, para ver se é possível o seu encaixe. Caso não o seja, o julgador fará a distinção para justificar a não aplicação do precedente paradigma.

Noutro giro, poderá ocorrer situações em que as mudanças sociais exigirão a adaptação do direito às novas realidades e, conseqüentemente, implicarão em modificações nos precedentes dos tribunais. Nesse momento, por não ser mais adequado o precedente, é óbvio que precisará ser superado, até para que se mantenha a segurança jurídica do sistema.

É nesse contexto que são utilizadas as técnicas de superação, para afastar (revogar) a aplicação do precedente no caso concreto, em razão desse estar ultrapassado, obsoleto. Segundo Flexa, Macedo e Bastos (2016), são técnicas de superação, aplicáveis ao nosso ordenamento jurídico: a) o *overruling*; e, b) o *overriding*.

No *overruling* reconhece-se que o precedente perdeu sua utilidade e fora substituído por outro. Como dito anteriormente, o fato de a estabilidade e previsibilidade serem institutos basilares do sistema de precedentes, não impedem a sua revogação, diante de determinadas circunstâncias.

O problema no Judiciário brasileiro, na atualidade, é que,

infelizmente, a jurisprudência caminha instável, e os precedentes são superados com grande facilidade. Na opinião de Cramer (2016), isso ocorre porque “parece haver uma compreensão, de todo equivocada, de que a jurisprudência não é do tribunal, mas da atual composição de magistrados do tribunal”, por isso, quando se muda a composição, o que é comum, muda-se também o entendimento da Corte, a depender dos novos membros.

De qualquer maneira, essa é uma cultura que precisará ser amenizada, para que a superação do precedente seja feita por um real propósito de mudança. Para isso, é necessária a apresentação de razões aceitáveis de modificação ou revogação.

Ainda, a título exemplificativo, menciona-se, sem intenção de esgotamento, alguns dispositivos que foram superados com a entrada em vigor do CPC/2015: - a súmula 320 do STJ foi superada pelo art. 941, §3º; - a súmula 187 do STJ foi superada pelo art. 1.007, §7º; - a súmula 528 do STF foi superada pelo art. 1.034; - a súmula 453 do STJ foi superada pelo art. 85, §18; dentre outros exemplos.

Sublinhe-se, conforme Flexa, Macedo e Bastos (2016), que a decisão que provoca o overruling deve se dar de forma expressa, e com maior ônus argumentativo, em atenção ao dever do julgador, de estabilidade, integridade e coerência (art. 489, §1º, VI, CPC/2015).

Ademais, para referidos autores, em nosso ordenamento, o overruling pode ocorrer de forma difusa – se decorrente de qualquer causa pendente no Tribunal, ou seja, sem necessidade de instauração de procedimento próprio, portanto, incidental – ou, concentrada – se exigir a instauração de procedimento autônomo com o objetivo único de revisar ou cancelar o precedente, a exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 986, CPC/2015). Por outro lado, o precedente também poderá ser superado apenas parcialmente, mediante a técnica do o verriding, em razão de existir fundamento aceitável apto a modificá-lo, todavia, não integralmente. O CPC/2015 não previu expressamente a superação parcial, mas a sua possibilidade decorre da interpretação do §3º do art. 927, uma vez que quem poderia o mais (superação total), poderia o menos (CRAMER, 2016).

Flexa, Macedo e Bastos (2016), citam alguns exemplos de superação parcial, que se tornaram possíveis após a entrada em vigor do CPC/2015. Dentre eles, o fato de a súmula 292 do STJ ter sido parcialmente superada pelo art. 702, §6º, por não haver mais necessidade de conversão da ação monitória em procedimento comum para possibilitar a reconvenção.

Isto posto, entende-se que o *overriding* não substitui a norma contida no precedente, apenas restringe ou estende o seu âmbito de incidência, conforme a superveniência de motivo determinante.

Por fim, vale lembrar que a superação de um precedente, seja ela total ou parcial, em regra, tem efeitos retroativos, atingindo os casos futuros, presentes e passados. No entanto, como menciona Cramer (2016), o §3º do art. 927 do CPC/2015, prevê que, no caso de precedentes vinculantes/obrigatórios (como o são os oriundos de julgamento de casos repetitivos), o tribunal poderá modular os efeitos da superação, ou seja, determinar a partir de quando o novo precedente será aplicado.

Assim, feita a abordagem, ainda que não exaustiva, sobre o sistema de precedentes instituído no CPC/2015, dando destaque para seus conceitos, elementos, classificação e técnicas de sua aplicação e superação, passa-se a análise dos fundamentos que motivaram a adoção do sistema, bem como, das críticas existentes sobre o assunto.

Fundamentos e críticas ao Precedente no Sistema Jurídico Brasileiro

Como visto no primeiro capítulo, a igualdade é o principal valor inerente à tradição jurídica do Common Law. Nela, a máxima é de que casos iguais sejam tratados e julgados de forma igual, por isso, há tanta valorização e respeito ao precedente.

No Civil Law a regra não é a mesma. Por essa razão é que se tem a necessidade de justificar e fundamentar a adoção de um sistema de precedentes, para que, então, ele possa se tornar uma prática coerente, comum e legítima dentro no sistema jurídico brasileiro.

Cramer (2016) elenca dois fundamentos deontológicos (ético, moral): segurança jurídica e isonomia; e, três pragmáticos (realista, prático): celeridade processual, desestímulo à litigância e solução para as causas repetitivas, que a adoção de um sistema de precedentes no Direito brasileiro reclama.

Segurança jurídica

A segurança jurídica é indispensável para a formação do Estado Democrático de Direito, pois representa a estabilidade e continuidade da ordem jurídica.

Na opinião de Flexa, Macedo e Bastos (2016), o principal objetivo do sistema brasileiro de precedentes é assegurar a isonomia e a segurança jurídica, na forma do arr. 926 do CPC/15, o qual exige a uniformização da jurisprudência dos Tribunais para mantê-la estável, íntegra e coerente.

Por essa razão, segundo Cramer (2016), “um sistema jurídico que tolera a não observância dos precedentes não apenas desinforma a sociedade do que é certo ou errado para o Direito, mas, principalmente, cria insegurança jurídica”.

Há alguns anos não havia toda essa necessidade de se respeitar os precedentes no sistema jurídico brasileiro, porque existia uma centralidade dos códigos, as leis não continham tantos conceitos indeterminados, os princípios não possuíam a força normativa que têm hoje e, principalmente, o Judiciário não estava superlotado com causas repetitivas.

Contudo, hoje, esse cenário mudou drasticamente. Com efeito, o cidadão precisa ter a certeza de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com a ordem jurídica, para poder pressupor quais serão as consequências jurídicas de seus atos e, assim, pautar o seu próprio comportamento e as suas ações, ficando resguardado de decisões surpreendentes e evitando o surgimento de novos conflitos. Marinoni (2013), entende que a segurança jurídica reflete a necessidade de uma ordem jurídica estável, que evidencie a preocupação com a

estabilidade das decisões e com a uniformidade na interpretação e aplicação do direito, ao invés de um direito variável de acordo com o caso.

A segurança jurídica fundamenta, também, o sistema de precedentes em “dimensão objetiva”, por força da estabilidade que traz. Essa estabilidade exige que as leis e os precedentes que as interpretam tenham continuidade, capaz de gerar no cidadão a certeza de qual é a ordem jurídica existente (CRAMER, 2016).

Assim sendo, a alteração, frequente, de leis pelo Legislativo e entendimentos jurisprudenciais nos Tribunais, feita sem nenhum critério no Brasil, torna a ordem jurídica instável, comprometendo a eficácia das decisões judiciais. Isso não significa dizer que ordem jurídica precisa ser imutável, mas sim, que deve ser modificada para se adaptar as reais mudanças da sociedade.

Portanto, a adoção de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro garante segurança jurídica, na medida em que garante estabilidade às decisões pretéritas e previsibilidade das decisões futuras, pelo tempo que for necessário.

Isonomia

A igualdade é elemento indispensável de um Estado Democrático de Direito, prevista no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, para nortear a compreensão, aplicação e a construção do ordenamento jurídico brasileiro.

Para Cramer (2016) as partes no processo devem ser consideradas de forma igual, substancialmente, ou seja, tratamento igual para os iguais, e desigual aos desiguais. Porém, mais do que isso, a isonomia aqui tratada, refere-se a igualdade pelo processo, isto é, pelo resultado do processo, como exigência de que casos iguais sejam tratados de forma igual (ABREU, 2015). É exatamente nesse sentido que a isonomia fundamenta e justifica o sistema de precedentes.

Como visto anteriormente, a lógica do Common Law em respeitar os precedentes, é para que os casos idênticos sejam julgados de

forma idêntica. A ideia é proferir as mesmas decisões onde existem as mesmas razões.

Nesse sentido também estão Didier Jr. (2014) e Marinoni (2013), para quem a isonomia não deve ser focada somente no tratamento igualitário das partes, acesso à justiça, e igualdade de contraditório e defesa, mas, também, deve ser responsável por proporcionar a igualdade das decisões judiciais.

Com efeito, não dá para admitir que o mesmo órgão judiciário decida, em determinado momento, de um jeito, e, posteriormente, profira decisão diferente para caso idêntico ao anterior, sem qualquer fundamentação lógica. Tal atitude configura patente violação à isonomia processual e, somente com a valorização do precedente é que se conseguirá resolver essa desordem de decisões díspares em casos de similitude.

Ademais, cada vez que os tribunais brasileiros julgam de forma diferente casos idênticos, a sociedade fica com a confiança no sistema abalada, sem entender esses resultados, e o Judiciário tem, por consequência, sua credibilidade cada vez mais afetada.

Assim sendo, a isonomia que justifica a adoção de um sistema de precedentes, o faz para impor ao Judiciário aplicar uniformemente os seus próprios precedentes, dando aos casos futuros o mesmo tratamento dado aos passados, quando existirem as mesmas circunstâncias relevantes.

Celeridade processual

Do ponto de vista prático e objetivo, também existem fundamentos para a adoção do sistema de precedentes. Um deles, sem dúvida, é a duração razoável do processo.

É dizer, a partir do momento que o Judiciário observa e aplica os seus próprios precedentes, os processos objeto de análise recebem uma prestação jurisdicional mais rápida e efetiva, mormente porque os casos idênticos teriam direto as mesmas decisões, encurtando o procedimento e a acelerando a atividade jurisdicional.

Referida celeridade se torna ainda mais visível nas causas repetitivas, pois, uma vez fixado o precedente, “o julgamento das existentes ou futuras demandas que repetem a mesma tese jurídica restringir-se-á, praticamente, à verificação das distinções, isto é, se o caso sob julgamento é idêntico ao caso do precedente” (CRAMER, 2016).

Ademais, ainda quando não for o caso de aplicação do precedente, seja porque o processo possui uma tese única, seja porque demanda maior instrução probatória, de certo modo, esses também serão julgados mais rápidos, pois, com a diminuição no congestionamento de causas repetitivas em razão da aplicação de precedentes, o Judiciário terá mais tempo para se dedicar as causas mais complexas. De toda forma, vale lembrar que essa celeridade não pode ofender as garantias processuais das partes.

Desestímulo à litigância

Como mencionado anteriormente, um Judiciário que não respeita suas próprias decisões, mesmo nas causas repetitivas, incentiva o indivíduo a valer-se da ação judicial como forma de “aposta”, para tentar a sorte em conseguir uma decisão judicial que lhe seja mais favorável.

De fato, na opinião de Cramer (2016), quando os precedentes não têm força ou têm força fraca, há um estímulo à litigância, pois a ação judicial pode entregar qualquer resultado. O contrário ocorre quando se tem respeito aos precedentes.

Portanto, com a adoção de um sistema de precedentes poderá ocorrer uma redução do número de ações, pois não será mais proveitoso ao litigante ingressar com ação meramente “para ver no que vai dar”, em razão de existir naquele Tribunal, por exemplo, precedente fixado.

Solução para causas repetitivas

Como se sabe, ações repetitivas são aquelas que possuem a mesma tese jurídica, muito comuns em Direito do Consumidor, Tributário e Previdenciário, por exemplo. Por essa razão, não devem ser julgadas como as demais ações, pois não demandam tanta complexidade e/ou instrução probatória.

Cramer (2016) alerta que “se o Judiciário julgar os casos repetitivos de forma particular, sem nenhum parâmetro decisório uniformizador, a tendência é que essas ações acabem abarrotando o estoque judicial e criando severos transtornos para o exercício da atividade jurisdicional, como, aliás, tem ocorrido [...]”.

Ainda que não agrade a todos, é preciso admitir que atualmente não é mais possível ao julgador proferir decisões pontuais, analisando caso a caso, diante da quantidade de ações em tramitação no Brasil, especialmente quando se está diante de processos que são meras reproduções mecânicas uns dos outros.

Por isso, o problema instaurado no Brasil, hoje, com as ações repetitivas, justifica a adoção de um sistema de precedentes, por ser a melhor solução, até para se preservar a própria isonomia processual.

Críticas à adoção do Sistema de Precedentes

Como nada que seja “novo” agrada a todos, no Brasil não seria diferente. Entre os estudiosos, doutrinadores e aplicadores do Direito, também existem desavenças em relação à utilização dos precedentes judiciais, sobretudo sobre a implantação de um sistema no ordenamento brasileiro.

Os principais argumentos dos críticos são que haverá engessamento do Direito; o Judiciário perderá sua legitimidade democrática para criar normas, violando o princípio da separação dos poderes; e que, em razão da instabilidade da jurisprudência brasileira, a aplicação de precedentes não será segura (CRAMER, 2016).

Sobre essas alegações, Cramer (2016) comenta e refuta cada uma

delas. Primeiramente, o autor lembra que não é novidade os críticos alegarem “engessamento da jurisprudência”, toda vez que se pretende atribuir algum grau de vinculação aos precedentes. Esse também fora o argumento contra a criação das súmulas vinculantes, à época do debate sobre a Emenda Constitucional 45.

Todavia, esquecem que o risco de engessamento do Direito só ocorre se houver o mau uso do precedente, uma vez que o precedente deverá ter continuidade até que haja motivo para modificá-lo.

Ou seja, adotar um sistema de precedentes, não significa dizer que aquele entendimento, de determinado Tribunal, será absoluto, sem qualquer margem para discussão. Pelo contrário, a ideia é, justamente, garantir decisões iguais aos litigantes que possuem razões jurídicas iguais e, estimular os que possuem razões diferentes a demonstrar no processo os motivos pelos quais o precedente merece ser superado ou modificado.

Hoje, qualquer sistema de precedentes conta com técnicas de superação e de não aplicação do precedente, o que demonstra que a possibilidade de mudança constitui valor inerente ao próprio sistema (CRAMER, 2016). Portanto, a alegação de que o uso de precedentes no Direito brasileiro irá engessar a jurisprudência, não corresponde com a proposta do sistema de precedentes.

Quanto ao argumento de que o Judiciário não terá legitimidade democrática para criar normas, esse, na opinião de Cramer (2016), traz um “falso problema”, mormente porque, no Estado Democrático de Direito, todo poder emana do povo e em função dele é exercido (art. 1º, parágrafo único, Constituição Federal de 1988).

Assim sendo, quando um Tribunal emite um precedente, está criando uma norma que, de fato, deverá ser seguida para os demais casos idênticos. Todavia, alerta-se que a norma não é forjada a partir da vontade do julgador ou da observância dos costumes da sociedade, mas, sim, com base em texto normativo.

Nesse viés, a aplicação de um sistema de precedentes não é contrária à separação de poderes, mas, sim, consequência da interpretação da lei frente ao caso concreto, tendo em vista que a norma não prevê todas as situações. De toda forma, é a lei (aqui, em

sentido amplo) que justificará o uso de determinado precedente em nosso sistema.

Por fim, o último argumento elencado por Cramer (2016), contrário à adoção de um sistema precedentes, é a instabilidade da jurisprudência brasileira. De fato, assiste razão os críticos. A jurisprudência no Brasil está muito longe de ser estável e segura.

Porém, como levantado pelo autor, a principal causa disso é, justamente, a ausência de uma cultura de respeito aos precedentes no Brasil. Enquanto tínhamos uma jurisprudência persuasiva, em verdade, não havia necessidade de se pensar em uma vinculação de precedentes. Ocorre que, essa realidade mudou com o Código de Processo Civil de 2015.

Dessa forma, conforme o Judiciário for utilizando, gradativamente, cada vez mais os precedentes previstos no novo Código, automaticamente, irá sendo construída a cultura necessária para respeitá-los na prática e, conseqüentemente, com o aumento de decisões vinculadas aos precedentes, a jurisprudência brasileira se tornará mais estável e coerente.

Nota-se, portanto, que as críticas elencadas para o não uso do sistema de precedentes judiciais, ora estão baseadas em conceitos ultrapassados da teoria, ora estão equivocadas frente à evolução do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual, nenhuma delas dificulta a sua implementação.

Considerações Finais

De todo o exposto, é importante mencionar as principais conclusões sobre a adoção de um sistema de precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015.

Em primeiro plano, foi possível observar que há várias vertentes reveladoras da aproximação entre esses dois grandes sistemas ocidentais, Civil Law e Common Law. E, que a partir da tendência do direito brasileiro à adoção dos precedentes judiciais, verificou-se a instituição de um sistema de formação e aplicação de precedentes

pelo Código de Processo Civil de 2015.

Nesse aspecto, com a valorização dos precedentes pelo CPC/2015, explicou-se a natureza do instituto, com seus conceitos, diferenciações entre jurisprudência e súmula, elementos para distingui-lo de outros institutos processuais, classificações que possibilitam a interpretação e sistematização dos dispositivos sobre o tema no novo Código e, principalmente, expôs a possibilidade de utilização de técnicas de aplicação, distinção e superação do precedente, sempre que ocorrer situações de mudanças que exijam a adaptação do direito às novas realidades.

A partir daí, viu-se a necessidade de justificar e fundamentar a adoção de um sistema de precedentes, para que ele possa se tornar uma prática coerente, comum e legítima dentro no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista, que busca integrar o Direito processual brasileiro, garantindo maior segurança jurídica, isonomia e coerência às decisões judiciais.

Com isso, também se chegou à conclusão de que as críticas para o não seguimento dos precedentes, tais como engessamento da jurisprudência e instabilidade da jurisprudência brasileira, são facilmente superadas pelas técnicas de superação e distinção do precedente, bem como, pelo uso correto, e cada vez maior, dos dispositivos previstos no novo Código, o que, gradativamente, irá construir a cultura necessária de respeito ao precedente, e, consequentemente, tornar a jurisprudência brasileira mais justa, estável e previsível.

Referências

ABREU, Rafael Sirangelo de. Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição

constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2018: ano-base 2017. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodvim, 2014.

BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2015.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2016.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. VII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (VII FPPC). Carta de São Paulo. Fredie Didier Jr. et al. (coord.). São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-2016/>>. Acesso em: 17 de ago. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Tuany Bernardes. Sistema de Formação e Aplicação dos Precedentes Judiciais no Código de Processo Civil de 2015. 2017. 38 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização). Fundação Getúlio Vargas. Porto Velho, 2017.

Michael Lucas Coutinho Duarte

Pós-Graduado em Direito Processual Civil e em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Candido Mendes - UCAM. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná - UNISL. Técnico em Segurança do Trabalho pelo Instituto Federal de Rondônia - IFRO.

A PRISÃO CIVIL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Michael Lucas Coutinho Duarte

RESUMO

A preocupação básica deste estudo é ilustrar como funciona a prisão civil no Novo Código de Processo Civil. Para isso, foi feita uma breve revisão sobre o que é o direito processual civil. Em seguida, foram tratados temas como os princípios gerais e seus devidos sopesamentos. Outrossim, verificou-se a previsão legal, bem como jurisprudencial sobre tal instituto. Também foram tratados detalhadamente quais os tipos de prisão civil e, sendo possível, qual dessas possibilidades ainda existe. Por fim, esclarece-se que o presente estudo se embasou no posicionamento jurídico de renomados autores como Misael Montenegro Filho, Fredie Didier Júnior, dentre outros, bem como em decisões de tribunais e entendimentos jurisprudenciais.

Palavras-chave: Prisão. Princípios. Alimentos. Depositário. Processo. Civil.

Introdução

O Direito Processual Civil é área de direito público que busca, basicamente, solucionar os conflitos de interesses. Tal ordenamento possui a ação, que consiste em direito conferido a todos de requerer a solução dos litígios em que as partes se envolvem, além do processo, que nada mais é do que instrumento adequado para a solução de um confronto de interesses apresentado em juízo.

Para se resolver tais imbróglis, são desenvolvidos os métodos que se fizerem necessários para propiciar a solução das divergências de interesses colocadas em jogo. É válido ressaltar que tais lides não devem ser de natureza penais/especiais, como, por exemplo, acidentes

de tráfego, meros enteveros familiares, dentre outras modalidades de dissídios que são tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio.

No decorrer do presente artigo, almeja-se elucidar sobre a definição do que vem a ser o direito processual civil, bem como dos respectivos princípios aplicáveis nesse ramo do direito, além, é claro, da explanação a respeito da prisão civil no novo código de processo civil. Assim sendo, será apresentada uma breve noção do processo civil brasileiro, a importância dos princípios e os principais apontamentos sobre a prisão do devedor de alimentos, assim como a do depositário infiel. Com fulcro no entendimento doutrinário de autores como Misael Montenegro Filho, Fredie Didier Júnior e outros, bem como em decisões de tribunais e entendimentos jurisprudenciais.

Análise sucinta do Direito Processual Civil

O Direito Processual Civil é uma área do direito público que agrupa o acervo de normas jurídicas que visam ao regimento da jurisdição, do processo e da ação, criando um repertório essencial para que as contendas de natureza cível sejam devidamente encaminhadas.

Misael Montenegro Filho (2018) conceitua o Direito Processual Civil como:

O direito processual civil, ramo do direito público (ao lado do direito constitucional, do direito administrativo, do direito penal, do direito processual penal etc.), representa o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a jurisdição (função atribuída ao Estado de solucionar os conflitos de interesses), a ação (direito conferido a todas às pessoas, de requerer a solução do conflito de interesses) e o processo (instrumento adequado para a solução do conflito de interesses), criando os mecanismos necessários para permitir a eliminação dos conflitos de interesses (lides, brigas, divergências) que não sejam penais e especiais, como as colisões de trânsito, os desentendimentos entre marido e mulher, apenas para exemplificar.

É mediante o processo que haverá a formação da lide, isto é, a base que organizará os procedimentos a serem seguidos com fulcro

de se conferir o direito. Tal qual qualquer outra área do direito, sobretudo público, seus traços fundamentais estão embasados no direito constitucional.

O doutrinador Fredie Didier ensina que o Direito processual civil deve ser entendido junto com as premissas balizares do Direito Constitucional, sendo estes dois (processo e Constituição) envoltos, consequentemente, pelo direito material em juízo discutido pelas partes, redundando tudo isso em um nomen juris (leia-se: termo jurídico) chamado “diálogo doutrinário interdisciplinar”.

Por sua vez, o professor Daniel Amorim Assumpção Neves (2017) assevera que:

Como também ocorre no tocante às teorias criadas para explicar o direito de ação, reconhecem-se na doutrina diversas teorias a respeito da natureza jurídica do processo, algumas com interesse meramente histórico, outras com interesse atual. São tantas e tão diversas que uma análise de todas elas, ainda que sumária, é impossível nos limites do presente livro.

Diante do exposto, constata-se a complexidade que existe em estabelecer uma conceituação padronizada de um tema tão abrangente como é o Direito Processual Civil, até mesmo nas doutrinas mais renomadas.

O mesmo autor (2017) ensina que “É interessante, entretanto, destacar aquelas que podem ser consideradas como teorias principais, representativas de três momentos históricos distintos: a fase imanentista, a fase privatista e a fase publicista, que é a atual”. Importante se faz diferenciar processo de procedimento, tal qual preceitua Neves (2017):

Procedimento é entendido como uma sucessão de atos interligados de maneira lógica e consequential visando a obtenção de um objetivo final. Costuma-se dizer que o procedimento é a exteriorização do processo, seu aspecto visível, considerando-se que a noção de processo é teleológica, voltada para a finalidade de exercício da função jurisdicional no caso concreto, enquanto a noção de procedimento formal, significando essa sucessão de atos

como um objetivo final.

Logo, vislumbra-se a confusão que existe na prática forense e, até mesmo, no âmbito acadêmico, em que existe tal vício em confundir os termos processo e procedimento, os quais, tal qual ensinado pelo ilustre doutrinador, não são sinônimos.

Outro ponto a esclarecer é a autonomia da relação processual em face do direito material envolvido. Para tanto, ensina Neves (2017):

A relação jurídica de direito processual é autônoma quando comparada com a relação jurídica de direito material, significando que, mesmo não existindo a segunda, existirá a primeira. Julgado improcedente o pedido do autor, declara-se que o direito material alegado na petição inicial não existe, o que, entretanto, não afeta a existência da relação jurídica formada por ele, o réu e o juiz. É a consagração do entendimento já analisado [...].

Desta maneira, em que pese haja íntima correlação, direito material e direito formal (processual) não são dependentes. Seja numa relação paritária ou de subordinação, tratam-se de áreas autônomas, não devendo haver confusão entre a natureza de ambas.

Isto posto, infere-se que o ordenamento processual civil, almejando dar o devido andamento às lides, orienta os meios necessários em todas as etapas processuais, desde a fase de conhecimento, onde ocorre a composição da lide, até à fase de execução, em que se encontra o instituto cerne do presente estudo, qual seja, a possibilidade de prisão do executado devedor de alimentos.

Os princípios basilares do processo civil pátrio

Qualquer área científica encontra sua sustentação em proposituras basilares, essenciais e típicas, as quais são geralmente chamadas de princípios.

Tais princípios são reconhecidos, em regra, como verdadeiros axiomas para a evolução e o estudo de qualquer complexo do saber, atribuindo veracidade a tal estudo. Cria-se, portanto, um estado de

convicção substancial à sua elaboração.

Logo, há de ser verificado que o Direito Processual Civil possui, por óbvio, princípios específicos de sua área de atuação.

Quanto à função dos princípios processuais civis, ensina Montenegro Filho (2018):

Os princípios servem para preservar a higidez do sistema jurídico, garantindo que normas de hierarquia inferior respeitem normas hierarquicamente superiores. Os princípios, nesse particular, orientam a própria criação do direito infraconstitucional, como se fossem vigas do ordenamento jurídico, sobre as quais este se assenta. Num segundo momento, o aplicador do direito – o magistrado investido da função jurisdicional e com competência firmada para solucionar determinado conflito de interesses – não pode aplicar a norma jurídica constante da lei processual em desacordo com os princípios.

Por oportuno, cumpre elencar os princípios do direito processual civil no bojo constitucional, a fim de elucidar qual foi a vontade do constituinte no tocante à seara processualística civil: o princípio do juiz natural (inciso XXXVII do art. 5.º da CF), princípio do devido processo legal (inciso LIV do art. 5.º da CF), o princípio da isonomia (art. 5.º da CF), o princípio do contraditório e da ampla defesa (incisos LV e LVI do art. 5.º da CF e art. 7.º do CPC), o princípio da motivação das decisões judiciais (inciso IX do art. 93 da CF e art. 11 do CPC).

Para Neves (2017), frisando quanto ao princípio da isonomia:

O princípio da isonomia, entretanto, não pode se esgotar num aspecto formal, pelo qual basta tratar todos igualmente que estará garantida a igualdade das partes, porque essa forma de ver o fenômeno está fundada na incorreta premissa de que todos sejam iguais. É natural que, havendo uma igualdade entre as partes, o tratamento também deva ser igual, mas a isonomia entre sujeitos desiguais só pode ser atingida por meio de um tratamento também desigual, na medida dessa desigualdade. O objetivo primordial na isonomia é permitir que concretamente as partes atuem no processo, dentro do limite do possível, no mesmo patamar. Por

isso, alguns sujeitos, seja pela sua qualidade, seja pela natureza do direito que discutem em juízo, têm algumas prerrogativas que diferenciam seu tratamento processual dos demais sujeitos, como forma de equilibrar a disputa processual.

Isto posto, evidencia-se que o processo civil hodierno não aceita mais a ideologia de uma igualdade formal, pautada em tratar todos numa forma equânime. Mas sim, devem os agentes envolvidos entender todas as nuances que geraram tais desigualdades, a fim de se estabelecer um equilíbrio material (real) no âmbito o direito processual civil pátrio, a fim de dar provimento aos princípios preceituados na Constituição Federal de 1988.

A Prisão Civil no novo Código de Processo Civil

Inicialmente, verifica-se que na ordem jurídica pátria é vedada a punição física, com exceção de duas situações especificamente mais graves: depositário infiel e devedor de alimentos. Em tais casos, vislumbra-se que os preceitos em voga são tão essenciais que fundamentam tal ressalva à regra proibitiva.

Nos termos do art. 5º, inciso LXVII: não haverá prisão civil por dívida, salvo se o responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel.

Isto posto, consoante nossa Constituição Federal, apenas nos casos de devedor voluntário de prestação alimentícia e do depositário infiel admitir-se-á a chamada prisão civil. Assim, por oportuno, é nítido que tal prisão não deve ser tratada como regra, mas sim, como exceção.

Outrossim, cumpre frisar que o Novo Código de Processo Civil estabelece duas formas distintas para a possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos: no cumprimento de sentença que declare a exigibilidade de obrigação de prestação alimentar (art. 528 ao art. 533) e na possibilidade na execução de alimentos com fulcro em título executivo extrajudicial (art. 911 ao art. 913).

No tocante à prisão do devedor de prestação alimentícia, é o

entendimento de Gagliano (2003):

Nessa ordem de ideias, entendo que a prisão civil decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar, face à importância do interesse em tela (subsistência do alimentando), é medida das mais salutares, senão necessária, por se considerar que boa parte dos réus só cumpre a sua obrigação quando ameaçados pela ordem de prisão.

Tal qual se infere, o instituto da prisão civil para o devedor de alimentos é indispensável, uma vez que a possibilidade, bem como eventual aplicação desta medida, são verdadeiramente excelentes incentivos para que o devedor cumpra com tal obrigação.

Quanto ao que há de novo no vigente Código de Processo Civil a respeito, em verdade, o novo código acrescentou o que já era previsto na Súmula 309 do STJ, no sentido de a medida prisional apenas ser cabível relativamente às três últimas prestações devidas. Neste sentido, é a previsão expressa do artigo 528, § 7º do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 528. 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 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

Súmula 309, STJ: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

Quanto à segunda previsão de prisão alimentar, referente aos artigos 911 a 913 do novo Código de Processo Civil, especificamente no parágrafo único do primeiro, é prevista, também, a aplicação da

medida:

Art. 911. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, os §§ 2o a 7o do art. 528.

Logo, verifica-se a preocupação do legislador em estabelecer a prisão civil para as dívidas de alimentos. Além disso, é importante salientar que tal prisão não possui natureza criminal, ou seja, não se confunde com as possibilidades prisionais na esfera penal.

Jurisprudencialmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assentou entendimento, em não havendo o pagamento do débito alimentar, quanto à decretação da prisão. É o entendimento adotado:

Agravo de instrumento. execução de alimentos pelo rito do artigo 733 do cpc. justificativa desacolhida. prisão civil decretada. Na ação de execução de alimentos já vencidos, pelo rito do art. 733 do CPC, não é aceitável a justificativa do inadimplemento por falta de condições econômico-financeira para o adimplemento. Como não demonstrado o pagamento integral do débito, perfeitamente cabível a prisão civil. é pacífico o entendimento jurisprudencial de que descabe questionar o binômio possibilidade/necessidade em sede de execução, pois o débito executado já existe, e os alimentos subsequentes devem ser objetos de ação revisional. Recurso desprovido.” (Agravo de instrumento nº70023099351, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 23/04/2008).

Quanto à prisão do depositário infiel, este que não se pode confundir com o depositário contratual que fica sujeito à ação de depósito com objetivo de exigir devolução do objeto fruto do depósito, em que pese a previsão na Constituição Federal de 1988, não pode ser

aplicada ao ordenamento jurídico pátrio.

Vale frisar que a Supreca Corte em julgado de 03/12/2008 negou provimento ao RE n. 466343, em cujo processo se discutia a prisão de alienante fiduciário infiel, utilizando-se interpretação da Emenda Constitucional 45/04, decidiu empregar a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica).

Por essas longas razões, estou em que deveras não podia nem pode aplicado, em todo seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta, o art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, o qual, atribuindo, na ação de depósito, legitimação passiva ad causam ao devedor fiduciante, como se de vero depositário se cuidasse, nesses termos o submeteria ao risco da prisão civil, em caso de descumprimento inescusável de ordem judicial para entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro. Tal prisão não se reveste de legitimidade constitucional.

A única interpretação harmônica com a Emenda nº 1/69 é de que ao fiduciário está autorizado o uso da ação de depósito, mas sem cominação nem decretação da prisão civil do fiduciante vencido, contra o qual tem, como bem notou o acórdão impugnado, interesse jurídico em prosseguir nos próprios autos, apenas na forma do art. 906 do Código de Processo Civil.

Ademais, o STF revogou, então, a antiga Súmula n. 619. Logo, constata-se que apenas a prisão de dívida de caráter alimentício continuou a ser admitida na seara cível.

Considerações Finais

Estudando o instituto da prisão civil no processo civil, é vero que, para o magistrado aplicá-la, ou seja, impor à parte requerida de um dado processo, é necessário cumprir certos requisitos para tal, sendo utilizada apenas como última medida.

A prisão civil, hodiernamente, tem aplicabilidade apenas no caso do devedor de obrigação alimentícia, a exemplo de pai que se refuta

de pagar a pensão de um filho, servindo tal medida como incentivo para pagamento, bem como repreensão para aquele que não adimplir com suas obrigações.

Consoante estudado, o Direito Processual Civil, sobretudo no Novo CPC, tem previsão, dessa vez, expressa quanto a duas possibilidades de prisão do devedor de alimentos. Primeiramente, na fase de cumprimento de sentença, na qual é declarada a exigibilidade de obrigação de prestação alimentícia (arts. 528 a 533). Posteriormente, a possibilidade na execução de alimentos com fulcro em título executivo extrajudicial (arts. 911 a 913).

Restou claro, ainda, que a prisão civil para o depositário infiel não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o assunto de maneira inequívoca.

Verificou-se que o Direito Processual Civil deve ser entendido junto com as premissas balizares do Direito Constitucional, sendo estes dois (processo e constituição), envoltos, conseqüentemente, pelo direito material em juízo discutido pelas partes, redundando tudo isso em um nomen juris (leia-se: termo jurídico) chamado “diálogo doutrinário interdisciplinar”, nos ensinamentos do renomado doutrinador Fredie Didier Júnior.

Finalmente, compreendeu-se que, mediante a possibilidade da aplicação da prisão civil do devedor de alimentos, almeja-se que as obrigações alimentares sejam devidamente adimplidas, haja vista a importância de tal prestação para aquele que dela depende para sua subsistência, bem como serve de incentivo e repreensão para aqueles que porventura não cumprirem com tal dever.

Referências

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm. 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil.

Volume único. Salvador: JusPodivm. 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Direito processual civil. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Prisão Civil do Devedor de Alimentos. 2003. p.1.

BRASIL. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Prisão Civil de Devedor de Alimentos. Agravo de instrumento nº7002309935. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. 23 de abril de 2008. In: Diário de Justiça do Rio Grande do Sul. 30 de maio de 2008.

AMERICANOS, Organização dos Estados. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

JUSTIÇA, Superior Tribunal. SÚMULA Nº. 419. Descabe a prisão civil do depositário infiel. Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_40_capSumula419.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343/SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

JUSTIÇA, Superior Tribunal. SÚMULA Nº. 309. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=309>>.

Maria Rita Rodrigues Constâncio Menezes

Pós-graduanda em Direito para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Pós-Graduada em Metodologia e Didática do Ensino Superior pela Faculdade Interamericana de Porto Velho - UNIRON e em Língua Portuguesa pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR. Possui graduação em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior De Porto Velho - ULBRA (2017) e em LETRAS pela Faculdade de Educação de Porto Velho - UNIPEC (2004). Desde 2013 está lotada na Controladoria Geral do Estado, desempenhando funções de Fiscalização e Auditoria em Comissões de trabalho e Tomada de Contas especial. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Ensino-Aprendizagem. É pesquisadora do Centro de Pesquisa e Publicações Acadêmicas (CEPEP) da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia.

Klauber Guedes Cardoso

Possui especialização em Metodologia do Ensino Superior (2002) e graduação em Ciências Contábeis pela Fundação Universidade Federal de Rondônia - UNIR (2001). É servidor do Tribunal de Justiça de Rondônia e Professor do Centro de Ensino Superior de Ariquemes - CESUAR. Tem experiência na área de Administração, com ênfase em Ciências Contábeis.

ATIVIDADES DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E JULGAMENTO COLEGIADO NO 1º GRAU

Maria Rita Rodrigues Constâncio Menezes
Klauber Guedes Cardoso

RESUMO

O presente artigo visa discorrer sobre as atividades das organizações criminosas e o julgamento em colegiado no 1º Grau. O objetivo é buscar entender as atividades desenvolvidas “crimes” por essas organizações e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e doutrinadores sobre o colegiado em 1º grau para o devido processo legal; como objetivos específicos: discorrer sobre organização criminosa, fazendo uma retrospectiva histórica da evolução da legislação brasileira sobre o tema; definir organização criminosa à luz da Lei 12.694/2012 e a Lei 12.850/2013, de forma a apontar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a instituição do colegiado em 1º grau, bem como os entendimentos dos doutrinadores sobre a matéria; e, apresentar um modelo de sistematização das atividades do crime organizado, a luz do Código Penal e ensinamentos doutrinários. A pesquisa se caracteriza por ser dogmática jurídica, exploratória, descritiva e bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, na área do direito penal, processual penal. Os resultados da pesquisa encontram-se respaldos nos entendimentos do Supremo Tribunal Federal e nos entendimentos de boa parte dos doutrinadores que veem como constitucional o colegiado em 1º grau e que a corrupção e a lavagem de dinheiro são os principais crimes dessas organizações. Diante da realidade nacional é necessário entender e conhecer o assunto. Ademais o colegiado em 1º grau é um tema recente que necessita de estudos aprofundados, a fim de que haja o devido processo legal.

Palavras-chave: Inovação, Crime Organizado, Colegiado em 1º Grau, Corrupção e Lavagem de Dinheiro.

INTRODUÇÃO

A Lei 12.694/2012 e a Lei 12.850/2013 definiram o que seja organização criminosa, sendo que primeira autoriza os magistrados optarem pela formação do colegiado no 1º Grau nos procedimentos e processos que tenham objeto crimes praticados por organização criminosa, quando houver risco à sua integridade física.

Observa-se a necessidade do aprofundamento sobre a matéria, principalmente, quanto às atividades das organizações criminosas, ou seja, dos crimes praticados, e da formação do colegiado em 1º Grau de jurisdição, visando o devido processo legal de forma a respeitar a constituição e as normas legais vigentes.

No resultado da pesquisa, buscou-se atender aos objetivos específicos que são: discorrer sobre organização criminosa, fazendo uma retrospectiva histórica da evolução da legislação brasileira sobre o tema; definir organização criminosa, a luz da Lei 12.694/2012 e a Lei 12.850/2013, de forma a apontar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a instituição do colegiado em 1º grau, bem como os entendimentos dos doutrinadores sobre a matéria; e, apresentar um modelo de sistematização das atividades do crime organizado, a luz do Código Penal e ensinamentos doutrinários.

Esta pesquisa seguiu este raciocínio, primeiro indicando os objetivos e depois tratando sobre a revisão teórica e conceitual que permite o entendimento das normas e sua aplicação, conforme metodologia adequada ao trabalho acadêmico, com os resultados, conclusões e referências bibliográficas.

Entender as atividades desenvolvidas “crimes” por essas organizações e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e doutrinadores sobre o colegiado em 1º grau é fundamental para garantir o devido processo legal e compreender o cenário atual brasileiro.

Por fim, o presente trabalho visa responder ao seguinte problema de pesquisa: Diante das atividades das organizações criminosas qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e doutrinadores sobre a matéria no que tange ao julgamento em colegiado no 1º Grau

previsto na Lei 12.694/2012?

Importância da Lei 12.694 de 2012

A Lei 12.694/2012 foi uma inovação no direito brasileiro, por trazer a definição de organização criminosa que até então não havia essa previsão legal em nosso ordenamento jurídico, sendo adotado a definição prevista na Convenção de Palermo que foi ratificado pelo Decreto 5.015 de 2004.

Conforme consta na Lei 12.694/2012, no artigo 1º e parágrafos 1º e 2º definido o momento e forma para a composição do colegiado em 1º grau está disposto que:

colegiado pode ser formado para os processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, cabendo o juiz ameaçado decidir pela formação de colegiado.

Pelo parágrafo 1º o “juiz poderá instaurar o colegiado, indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada.”

Consta no parágrafo § 2º que o “colegiado será formado pelo juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição”.

Pela Lei 12.694/2012 considera-se

organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Este conceito encontra-se disposto no artigo 2º, sendo o mesmo um marco histórico para o processo penal.

Com a edição da Lei 12.850/2013 houve o aprimoramento do conceito de organização criminosa, fato este de extrema relevância para o tema.

Assim, entende-se como

organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A partir da nova lei passa-se aplicar o novo conceito no qual há ainda a tipificação legal para tal delito, não podendo ser esquecido que cada conduta, ou seja, crime “atividade do crime organizado” há uma tipificação no Código Penal, pois é nele que há a previsão dos delitos, sendo que para Marcelo Batlouni Mendroni a atividade das organizações criminosas se divide em três níveis: principal, secundária e de terceiro nível.

A secundária dependerá do tipo de atividade criminosa desenvolvida pela organização, podendo em alguns casos só haver a atividade principal e a de terceiro nível, como, por exemplo: no caso de falsificação de documentos ou dinheiro, desde que não haja outra atividade secundária destinada a dar apoio a principal, como por exemplo - a não realização de extorsão ou ameaça pela organização criminosa - , em todo o caso se houver poderá ser classificada como atividade secundária (MENDRONI, 2015, p. 37).

Constata-se, desta forma, que as atividades são variadas, ou seja, que há vários crimes cometido por essas organizações a depender do delito cometido.

Contextualização histórica do crime organizado e a legislação brasileira

Historicamente, segundo os estudiosos, o crime organizado existe há muito tempo e evolui juntamente com a sociedade, fato é que, conforme a sociedade se desenvolve, as organizações criminosas ajustam-se à nova realidade.

Silva Neto (2013, p. 10) cita que “o crime organizado, tem suas origens datadas desde a antiguidade”.

Para Santos (2015, p. 10)

O crime organizado sofreu diversas transformações ao longo do tempo e não nasceu tão organizado como conhecido hoje. Assim, é possível compreender a origem quando da existência de uma pluralidade de agentes, minimamente articulados entre si, com a finalidade de praticar delitos reiteradamente.

A literatura relata que o crime organizado desde sua origem esteve envolvido com poder, dinheiro e influência estatal, permeando no seio da sociedade de forma camuflada para driblar as normas imposta pelo Estado, mantendo-se impune.

É o potencial econômico que a criminalidade organizada possui que facilita sua infiltração no âmbito social, econômico, político e jurídico, manifestando-se, dessa forma, devido a ausência do Estado.

Marcelo Batlouni Mendroni (2015, p. 14) destaca que na

Itália antiga, a figura de “associazione di malfattori” já era prevista no Código Napoleônico de 1810. No Código sardo-italiano (1859), esta mesma figura era prevista com um mínimo de cinco agentes, nas mesmas condições associativas de “previo concerto coll’intera banda”. No Código Toscano (1853), era punida pela reunião de três ou mais pessoas, para delitos específicos, como furto, extorsões, pirataria e fraudes. [...] Atualmente, encontra-se prevista a figura de “Associazione di tipo mafiosa”, no artigo 416 bis do Codice Processuale Italiano.

Historicamente as organizações criminosas mais conhecidas mundialmente são a máfia Chinesa - Tríades - máfia Japonesa - Yakuza - , a máfia Italiana - Camora e Cosa Nostra - , a máfia Russa e a máfia Americana (SANTOS, 2015, p. 11).

A máfia Italiana se destacou na idade média pela exploração de camponeses no período feudal, sendo ela para os estudiosos a que mais influenciou o crime organizado (MOURA, 2012, p. 17).

Tolentino Neto (2012, p. 52) aponta que

a grande atuação da Máfia no âmbito político italiano passou a incomodar a sociedade italiana que reivindicava um combate eficaz contra as organizações criminosas. Assim houve a reforma na legislação penal e no sistema judiciário. Entre as primeiras mudanças estão a introdução das Leis antiterrorismo, antisequestro e antimáfia, além de medidas de proteção a colaboradores da justiça, chamada delação premiada.

Com isso, houve na Itália o julgamento de vários mafiosos e pessoas envolvidas com a máfia Italiana. No mesmo período, ocorreram várias mortes de juízes e promotores, no entanto, essas organizações sobreviveram com poderes menores e de forma mais discretas (TOLENTINO NETO, 2012, p. 52).

O doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 474) preleciona que

No Brasil, a manifestação mais remota do crime organizado tradicionalmente apontada pela doutrina diz respeito à atuação do cangaço, bando então liderado por Virgulino Ferreira da Silva ("Lampião"), e, posteriormente, as associações criminosas voltadas à exploração dos jogos de azar, do tráfico de drogas, de armas e de animais silvestres. Mais recentemente, a criminalidade organizada estruturou-se nos presídios do Rio de Janeiro e de São Paulo, com a formação do Comando Vermelho (CV) e do Primeiro Comando da Capital (PCC).

Essas organizações estruturadas no interior do presídio por presidiários ligados ao tráfico de drogas, roubo e outras atividades

ilícitas ficaram conhecidas como facções criminosas, como também a “Falange Vermelha” e o “Terceiro Comando da Capital” (LIMA, 2014, p. 474).

Os estudos apontam que é na omissão do estado que a criminalidade se organiza e busca suprir o vazio deixado com ações, que trazem para si o reconhecimento das pessoas e das comunidades que sobrevivem com o atendimento estatal precário ou mesmo sem.

Levorin (2012, p. 47) diz que o “crime organizado se alicerça em: facções criminosas atuando no jogo do bicho, roubo de veículos e cargas, tráfico de drogas (em grande, médio, pequeno e microtraficante), lavagem de dinheiro (transporte coletivo, boliche, ringue de patinação ...).”

No Brasil, os crimes praticados por organizações criminosas, nos últimos tempos têm sido destaque na mídia nacional e internacional, estando cada vez mais presente nos altos escalões dos governos federal, estaduais e municipais, envolvendo assim o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a sociedade de modo geral (GOMES, 2013a, p. 17).

Os estudiosos apontam que a globalização é um dos fatores responsáveis pela expansão do crime organizado e a quebra de barreira entre os Estados, uma vez que essas organizações estão cada dia mais estruturadas empresarialmente, passando despercebidas pelo olhar comum do povo, frente à falta de barreiras e a dificuldade de controle estatal (MASI, 2014, p. 172).

Nesta pesquisa cabe mencionar a Lei n. 9.034, de 1995, alterada pela Lei n. 10.217, de 2001, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas, sem definir e tipificar o que é crime organizado (CUNHA e PINTO, 2015, p. 11).

Essa norma foi a primeira legislação a tratar do tema, muito embora não definisse organização criminosa, nem tipificasse a conduta (CUNHA e PINTO, 2015, p. 11).

Para Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 531) a Lei n. 9.304 “sempre teve aplicação restrita às quadrilhas (CP, antiga redação do art. 288) e às associações criminosas (v.g., Lei n. 11.343/06, art. 35; Lei

n. 2.889/56, art. 2º)."

É de ser relevada a importância do Decreto-Lei n. 5.015, de 2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, pois a referida convenção trouxe um conceito de organização criminosa (BRASIL, 2004, p. 1).

A Convenção de Palermo, ratificado pelo Decreto 5.015, de 2004, trouxe a seguinte definição de crime organizado:

Art. 2º [...]

"Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Especificamente em relação ao conceito de organização criminosa instituído pela Convenção de Palermo, Decreto n. 5.015/2004, Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 532) preleciona que

não se trata de um mero componente de um tipo completo, mas da própria arquitetura típica: não há verbo indicador da conduta, não há sujeito ativo ou passivo, não há menção a meios instrumentais ou modos de execução, não há referência a nenhuma circunstância que gire em torno do comportamento proibido. Ou seja, há, na verdade, um vazio legislativo, que não podia ser suprido por um juízo de valor do órgão julgador.

Assim verifica-se nitidamente que não seria possível aplicar a definição no ordenamento jurídico brasileiro, fato é que diante do conceito e da forma da incorporação da convenção no ordenamento jurídico brasileiro a doutrina brasileira continuou dividida em relação ao tema, no entanto, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça-STJ, no Habeas Corpus-HC n. 77.771-SP, acolheu a definição de organização criminosa pautado na Convenção de Palermo (CUNHA e PINTO, 2015, p. 11).

Cleber Masson e Vinícius Marçal (2015, p. 20) afirmam que se formaram duas correntes sobre a aplicação do conceito de organização criminosa instituído pela Convenção de Palermo para lavagem de capitais.

Então veja os posicionamentos, quanto à aplicação do conceito:

1ª corrente: Não, sob os seguintes argumentos: a) violação ao princípio da legalidade, notadamente em sua garantia da *lex populi*; b) a definição de crime organizado na aludida Convenção é por demais ampla e genérica, violadora, pois, do princípio da taxatividade (*lex certa*); c) o conceito trazido pela Convenção de Palermo só poderia valer nas relações de direito internacional, jamais para reger o Direito Penal interno. Desponta como defensor dessa linha de entendimento Luiz Flávio Gomes.

2ª corrente: Sim, pois, conforme o ensinamento de Vladimir Aras, o antigo inc. VII do art. 1º da Lei 9.613/1988 era “simplesmente uma norma penal em branco, que se completava (apenas se completava), com o conceito (eu escrevi ‘conceito’) de crime organizado”, inscrito na convenção de Palermo. O crime estatuído naquele dispositivo era o de lavagem de dinheiro. “Este era o tipo penal. Quem o praticava (isto é, o seu agente) era uma organização criminosa”. (grifou-se)

Por essas razões, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro interno da época ainda carecia de norma para definir crime organizado e tipificar a conduta ilegal das pessoas envolvidas nessas organizações.

Inovação do legislador quanto ao crime organizado

O ano de 2012 foi o marco histórico para o ordenamento jurídico brasileiro, quando pela primeira vez a legislação brasileira inovou ao definir o conceito de organização criminosa, editando a Lei n. 12.694, de 2012, que dispõe sobre o processo e o Julgamento Colegiado em 1º Grau de Jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, no entanto, tal lei não trouxe a tipificação para o delito (BRASIL, 2012a, p. 1).

O Ministro Luiz Fux em seu voto, proferido na ADI n. 4.414, deixa claro o entendimento de que o colegiado visa desestimular a criminalidade organizada, trazendo conforto e segurança aos componentes do colegiado para decidir a causa, para tanto o relator citou as considerações feitas na dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a qual se transcreve:

A colegialidade, de outro lado, assegura também a independência dos julgadores de forma mais eficaz. Como ensina a moderna doutrina do processo, o que há de mais característico na jurisdição é a imparcialidade dos julgadores, e é apenas isso que serve, a rigor, para lhe definir o núcleo conceitual.

[...]

Nesse contexto, o que merece destaque é a forma como a colegialidade funciona como um reforço particularmente da independência dos julgadores. É que o conteúdo da decisão tomada no colegiado, por definição, não pode ser imputado especificamente à pessoa de um único julgador. Muito pelo contrário, a decisão proferida em órgãos coletivos torna difusa a responsabilidade entre seus membros, e com isso são mitigados alguns riscos.

[...]

A criação de órgãos colegiados como meio de assegurar a independência dos julgadores pode ser igualmente observada também hoje no Brasil, notadamente no que concerne ao procedimento para julgamento de processos penais envolvendo o chamado crime organizado. (BRASIL, 2012b, p. 35).

Cabe destacar que a Lei n. 12.694 trouxe a definição de organização criminosa para o Direito Penal interno, ficando assim instituído pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro seu conceito (CUNHA e PINTO, 2015, p. 13).

Então veja-se o artigo 2º da Lei n. 12.694, de 2012

para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com

objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

A Lei n. 12.694, de 2012, inovou no conceito de organização criminosa comparado com o da Convenção de Palermo, no entanto, não tipificou a conduta criminosa.

Em seguida o legislador editou a Lei n. 12.850, de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Essa lei aprimorou o conceito de organização criminosa e trouxe desta vez a tipificação para tal delito, revogando a Lei n. 9.034, de 1995 (BRASIL, 2013a, p. 1).

O novo conceito de organização criminosa encontra-se disposto no § 1º do artigo 1º da Lei n. 12.850, de 2013, qual seja:

considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superior a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Com essa alteração o legislador optou por elevar o número mínimo de integrantes de 3 (três) para 4 (quatro), fixou que a pena máxima deve ser superior a 4 (quatro) anos, deixando de ser igual ou superior a 4 (quatro) anos, conforme a Lei n. 12.694, de 2012, e, ainda, ampliou o alcance do conceito que passa de crime para infrações penais, uma vez que infrações penais englobam crimes e contravenções penais, ficando assim mais abrangente (BITENCOURT e BUSATO, 2014, p. 25).

A nova, Lei n. 12.850, de 2013, em seu artigo 24, alterou o artigo 288 do Código Penal que passou a vigorar com a seguinte redação “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes. Pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos” e, ainda, expressamente o artigo 26 da Lei n. 12.850, revoga, a Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995.

A partir da nova lei para Cleber Masson e Vinicius Marçal (2015, p. 22.) houve um imbróglgio legislativo quanto a qual definição jurídica de organização criminosa que deva prevalecer no âmbito interno o da Lei n. 12.694, de 2012 ou o da Lei n. 12.850, de 2013, fazendo surgir duas correntes:

Uma primeira corrente, capitaneada por Rômulo Andrade Moreira, entende que vigoram atualmente dois conceitos de organização criminosa, uma para os fins exclusivo da Lei 12.694/2012, outro, de abrangência geral, trazida pela Lei 12.850/2013 (LCO). Essa orientação se alicerça no fato de a LCO não haver observado o art. 9º da Lei Complementar 95/1998, segundo o qual “a cláusula de revogação deverá enumerar expressamente as leis ou disposições legais revogadas”. Dessarte, não tendo havido revogação expressa pela LCO, esta teria preservado a vigência do art. 2º da Lei 12.694/2012.

Diversamente (segunda corrente), com a maioria, entendemos que a nova Lei do Crime Organizado revogou tacitamente o art. 2º da Lei 12.694, de maneira que há apenas um conceito legal de organização criminosa no País. É a posição de Luiz Flávio Gomes, Cezar Roberto Bitencourt, Vladimir Aras, Renato Brasileiro de Lima, Rogério Sanches Cunha & Ronaldo Batista Pinto, entre outros. (grifou-se)

Acredita-se que o fundamento do entendimento da maioria da doutrina para aplicação de um único conceito se encontra pautado no § 1º do artigo 2º do Decreto Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942, que dispõe “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

No referido Decreto-Lei de Introdução a Normas do Direito Brasileiro, fica expresso as formas em que se dá a revogação de normas quando há conflito, devendo ser resolvido, em razão do princípio da unidade e coerência do sistema jurídico.

Assim em relação ao conceito de organização criminosa prevalece o entendimento imposto pela Lei n. 12.850, de 2013, por ser o conceito anterior incompatível com a lei posterior, editada pelo mesmo Poder Legislativo Federal nos termos do inciso I do artigo 22 da CF, que

dispõe sobre a competência privativa da união para legislar sobre direito penal.

No entanto, cabe destacar que a Lei n. 12.694, de 2012, permanece vigente conforme dispõe Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2015, p. 14) “as duas Leis convivem, tendo sido revogado apenas a Lei 9.034/95.”

Analizando-se a Lei 12694/2012 e a Lei 12850/2013, verifica-se que apenas o artigo 2º da Lei n. 12.694, de 2012, foi revogado, permanecendo os demais vigentes.

A definição de organização criminosa tanto para a sociedade quanto para os operadores do direito foi de fundamental importância, e para o Judiciário a Lei n. 12.694, de 2012, trouxe uma garantia a mais aos magistrados na condução de procedimentos e processos em que haja risco a sua integridade física quando se tratar de organização criminosa.

Para Luiz Flávio Gomes (2013a, p. 4)

a nova lei não apenas definiu o que é organização criminosa, como também criou o delito que podemos denominar de crime organizado (art. 2º). A organização, como se vê, faz parte do crime organizado, que conta com verbos específicos (como condutas verbais próprias). Em síntese: uma coisa é organização criminosa, outra distinta é o crime organizado (mas aquela faz parte deste). Há uma relação simbiótica de continente e conteúdo, ou seja, o hospedeiro (crime organizado) se mesclou, se fundiu, com o hóspede (organização criminosa).

Denota-se que só haverá organização criminosa, se houver o crime organizado, ou seja, a prática do delito instituído no artigo 2º da Lei n. 12.850, de 2013, por meio de condutas tipificadas pela norma penal.

Em poucas palavras Luiz Flávio Gomes (2013a, p. 4) afirma que cabe a doutrina e jurisprudência a construção do entendimento da norma instituída pelo legislador. Veja-se.

Uma coisa é o que o legislador escreve, outra o que a jurisprudência aceita como válido (com fundamento na CF e nos tratados internacionais de direitos humanos). Nem toda lei vigente é válida

(Ferrajoli). Cabe à doutrina (à ciência penal) explicitar o rumo adequado de cada dispositivo legal.

Verifica-se que a organização criminosa, de acordo com a lei especial, é crime punido com reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, conforme a conduta estipulada no artigo 2º da Lei n. 12.850, de 2013, o que antes deste diploma legal não era crime por não haver previsão legal, sendo que as atividades das organizações criminosas são variadas conforme as necessidades do mercado ilegal.

Atividade das organizações criminosas e o julgamento em colegiado no 1º grau

Diante da contextualização histórica e do conceito de organização criminosa, verifica-se que esse organismo é uma metamorfose, pois assume diversas formas, dependendo da demanda do mercado ilegal, visto que se pretende obter a qualquer custo e de qualquer forma, vantagens de qualquer natureza.

Marcelo Batlouni Mendroni (2015, p. 28) preleciona que

é preciso destacar que elas evoluem em velocidade muito maior do que a capacidade da Justiça de percebê-las, analisá-las e principalmente combatê-las. Assim como a vacina sempre persegue a doença, os meios de combate a criminalidade organizada sempre correm atrás dos estragos causados pela sua atividade. Amanhã e depois seguramente surgirão outras formas novas, que, pela simples verificação de atividades organizadas para a prática de crimes, serão consideradas também organizações criminosas.

Em verdade verifica-se que o crime organizado pode ser encontrado no tráfico de drogas, armas, prostituição, extorsão, jogos ilícitos, lavagem de capitais, desvio de recursos públicos, fraudes, corrupção e outros, desde que preencha os requisitos impostos na lei especial. Sua manifestação se dá na ausência do estado no âmbito social, econômico, territorial, político e jurídico, podendo assumir as mais variadas formas e características, dependendo tão somente

da exigência do mercado e das tecnologias aplicadas, já que é um organismo em constante transformação (MENDRONI, 2015, p. 33).

Marcelo Batlouni Mendroni (2015, p. 35) assevera que “analisando o ciclo criminal em forma de fluxograma, percebe-se que as organizações criminosas praticam três ordens de crimes: (1) crime(s) principal(ais); (2) crime(s) secundário(s), ou “e suporte”; (3) lavagem de dinheiro”.

O autor Marcelo Batlouni Mendroni afirma que no terceiro nível sempre haverá a lavagem de dinheiro, no entanto, na sistematização apresentada no resultado desta pesquisa optou-se por incluir a corrupção como outro requisito do terceiro nível, considerando os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes.

Para Luiz Flávio Gomes (2013b, 30)

o crime organizado é transversal, não paralelo, ou seja, **ele atravessa os poderes constituídos, por meio da corrupção, tendo poder econômico para comprar políticos, policiais, juízes, fiscais, ministros, etc.** [...] O crime organizado é difícil de ser combatido porque ele frequenta a cozinha do governante, o gabinete dos parlamentares, as salas dos ministérios, as representações da presidência da república, etc. (grifou-se)

Constata-se, desta forma, que as atividades são variadas, sendo que o crime de lavagem de dinheiro pelos ensinamentos de Marcelo Batlouni Mendroni (2015, p. 37) “é fator absolutamente necessário a qualquer organização criminosa, que, de uma forma ou de outra precisa processar os ganhos ilícitos revestindo-lhes de aparência lícita”, estando tal crime previsto na Lei 9.613/1998.

A partir do momento que houver a legalização do capital ilícito pode-se investir e transacionar livremente no mercado nacional e internacional, pois os frutos da ilegalidade não são aceitos no mundo dos negócios lícitos (MENDRONI, 2015, p. 38).

Em relação às infrações penais de terceiro nível que são a base para sustento do crime organizado é importante discorrer também sobre corrupção passiva e ativa.

O Código Penal Brasileiro prevê o crime de corrupção passiva

e ativa, respectivamente, nos artigos 317 e 333, as tipificações constantes dos artigos visam evitar que o agente ou funcionário público recebam vantagens indevidas ou aceitem promessas, agindo de forma inadequada para o cargo ou função que ocupam, ou seja, pratique atos de improbidade no exercício das atividades (MIRABETE, 2015, p. 360).

Verifica-se que a corrupção traz resultados de forma silenciosa, sem chamar a atenção da sociedade e, é isso que o crime organizado busca, ao corromper um agente ou funcionário público.

Trevizam (2003, p. 17) aponta que

A corrupção corrói a dignidade do cidadão, contamina os indivíduos, deteriora o convívio social, arruína os serviços públicos e compromete a vida das gerações atuais e futuras. O desvio de recursos públicos não só prejudica os serviços urbanos, como leva ao abandono, obras indispensáveis às cidades e ao país. Ao mesmo tempo, atrai a ganância e estimula a formação de quadrilhas que evoluem para o crime organizado, o tráfico de drogas, e de armas, provocam a violência em todos os setores da sociedade. Um tipo de delito atrai o outro, que quase sempre estão associados. Além disso, investidores sérios afastam-se de cidades e regiões onde vigoram práticas de corrupção e descontrole administrativo.

Nota-se, que tanto a lavagem de capital quanto à corrupção são crimes que poderão ser considerados de terceiro nível, pois alimentam o sistema criminoso, conforme demonstrado nesta pesquisa.

Reforçando a proposta apresentada, sintetizou-se os ensinamentos de Ferrajoli constante na pesquisa de Luiz Flávio Gomes, que divide os grupos criminosos em três níveis:

Primeiro - criminalidade organizada estruturada por poderes criminais privados – tipo de criminalidade Primeiro Comando da Capital e Comando Vermelho – são grupos agressivos e apelam para ações armadas;

Segundo - criminalidade organizada estruturada por poderes econômicos privados – tipo criminalidade empresarial – deriva-se da primeira, em muitos casos evita o uso da violência, pois investe na

corrupção. É composta por grandes empresas e infiltra-se no aparelho do estado; e

Terceiro - criminalidade organizada estruturada por agentes públicos – tipo de criminalidade dos poderes públicos “parlamentar, agentes público, funcionários públicos, etc”

– para Ferrajoli esse grupo é o que mais preocupa devido o seu poder e o fato de serem pessoas acima de qualquer suspeita (GOMES, 2013a, p. 15).

Como descrito, fica evidente a existência de três grandes grupos, e a pesquisa revela a dificuldade que o Estado tem em combater de forma eficaz e eficiente o crime organizado, pois é necessário um profundo conhecimento de suas estruturas, a fim de que seja possível chegar aos líderes dessas organizações, caso contrário haverá apenas a prisão do baixo escalão da organização criminosa (GOMES, 2013a, p. 15).

Verifica-se nesta pesquisa que todas essas medidas visam tão somente desarticular as organizações criminosas em suas atividades, no entanto, deve-se sempre ter em mente a necessidade de capturar os verdadeiros comandantes destas organizações que são na maioria das vezes pessoas bem relacionadas no mundo dos negócios, na política e no meio social (GOMES, 2013b, p. 30).

Para Luiz Flávio Gomes (2013b, p. 29) “os chefões do crime organizado não habitam as favelas, não transportam drogas, não vão para dentro dos presídios (normalmente). Do crime organizado faz parte a elite, que quase nunca aparece.”

Segundo Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato não se devem banalizar o conceito de organização criminosa pela gravidade da sanção que impõe ao cidadão integrante de organização criminosa (BITENCOURT e BUSATO, 2014, p. 28).

Diante da contextualização histórica e da evolução da legislação brasileira sobre crime organizado, verifica-se que o julgamento em colegiado 1º grau, previsto no § 1º do artigo 1º da Lei n. 12.694, de 2012, traz de alguma forma maior segurança aos juízes na condução de procedimento ou processo contra crime organizado, cabendo aos tribunais, no âmbito de sua competência regulamentar a composição

do colegiado e o funcionamento, conforme o disposto no § 7º do artigo 1º desta lei.

Em relação ao julgamento em colegiado no 1º grau é novidade no Processo Penal Brasileiro, em âmbito federal, pois conforme Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 535)

alguns estados da federação já haviam manifestado certa preocupação em relação ao assunto. A título de exemplo, por meio da Lei n. 6.806/2007, o Estado de Alagoas criou a 17ª Vara Criminal da Capital, atribuindo-lhe competência exclusiva para processar e julgar delitos praticados por organização criminosas dentro do território alagoano.

Verifica-se que tal medida foi adotada em razão da inércia do Poder Legislativo Federal, por isso o judiciário estadual buscou junto a Assembléia Legislativa local aprovar lei que criasse vara especializada, atribuindo-lhe competência exclusiva para os crimes praticados por organização criminosa.

O STF, na ADI n. 4.414, concluiu ser válida a criação de vara especializada, por iniciativa do estado, diante do que dispõe o art. 74 do Código de Processo Penal e art. 125 da CF (LIMA, 2015, p. 535).

Quanto à formação do colegiado em 1º grau de jurisdição, deve-se destacar o julgado do STF na ADI n. 4.414, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que julgou constitucional a instituição de colegiado em primeiro grau ao analisar a Lei Estadual n. 6.806, do Estado de Alagoas que criou a 17ª Vara Criminal da Capital, composta por cinco juízes que julgam conjuntamente os crimes praticados por organização criminosa no Estado.

Assim, diante do julgamento STF que considerou constitucional o colegiado em 1º grau formado por Lei Estadual, acredita-se que a Lei Federal que institui o julgamento em colegiado de crimes praticados por organização criminosa em 1º grau não será considerada inconstitucional, caso haja arguição de inconstitucionalidade.

Nesta pesquisa além do julgado acima referenciado pode-se destacar a previsão legal de outros colegiados de 1º grau existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como o caso da Justiça Militar,

prevista no artigo 124, e o Tribunal do Júri, previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, ambos da Constituição Federal.

Em síntese verifica-se que há outras previsões de julgamento em colegiado no 1º grau com características e formações diferenciadas, visto que tal previsão já se encontra instituída no ordenamento jurídico brasileiro, tanto é que para Renato Brasileiro de Lima a ADI n. 4.414 o STF da uma lição em relação a titularidade coletiva no 1º grau quando

conclui ser possível que lei estadual instituisse órgão jurisdicional colegiado em 1º grau, nos mesmos moldes do que já ocorre, por exemplo, com o Tribunal do Júri, Junta Eleitoral e Turma Recursal. A composição de órgão jurisdicional inserir-se-ia na competência legislativa concorrente para versar sobre procedimentos em matéria processual (CF, art. 24, XI). Assim, quando a norma criasse órgão jurisdicional colegiado, isso significaria que determinados atos processuais seriam praticados mediante a chancela de mais de um magistrado, questão meramente procedimental. (LIMA, 2015, p. 536)

Denota-se do ensinamento doutrinário extraído da ADI n. 4.414 que o colegiado de primeiro grau é plenamente possível, sendo o mesmo questão procedimental.

E no caso da Lei n. 12.694, de 2012, a mesma é instituída pelo Congresso Nacional fato este que traz maior respaldo frente a um eventual questionamento nos Tribunais Superiores.

Resultados

Em relação ao conceito de organização criminosa, conforme evolução histórica na legislação brasileira, pode-se apresentar o quadro abaixo de forma a condensar os conceitos e tipificação legal, sendo atualmente aplicada o conceito da Lei 12.850/2013, com a tipificação prevista no artigo 2º que prevê a pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes

às demais infrações penais praticadas.

Com a edição da Lei 12.850/2013 houve um imbróglio quanto a definição a ser aplicada quanto ao conceito de organização criminosa, no entanto, verifica-se que o Decreto Lei 4.657/1942 de Introdução a Normas Do Direito Brasileiro, defini que a lei posterior revoga a lei anterior, assim deve-se aplicar o conceito da lei de 2013, permanecendo vigente a Lei 12.694/2012 em todos seus outros pontos.

Lei 9.034/1995	Decreto 5.015/2004 que promulga Convenção de Palermo	Lei 12.694/2012	Lei 12.850/2013
conceito - não houve previsão legal	conceito - art. 2º "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando con- certadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Conven- ção, com a intenção de obter, direta ou indire- tamente, um benefício econômico ou outro benefício material.	conceito - art. 2º para os efeitos desta Lei, considera-se or- ganização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pes- soas, estruturalmen- te ordenada e carac- terizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indireta- mente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transna- cional.	conceito - § 1º do art. 1º considera-se organiza- ção criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estru- turalmente ordenada e caracterizada pela divi- são de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, di- reta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações pe- nais cujas penas máxi- mas sejam superior a 4 (qua- tro) anos, ou que se- jam de caráter transnacional.
tipificação - não houve previsão legal	tipificação - não houve previsão legal	tipificação - não houve previsão legal	tipificação - art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - re- clusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infra- ções penais praticadas.

A definição de organização criminosa tanto para a sociedade quanto para os operadores do direito foi de fundamental importância. Para o Judiciário a Lei n. 12.694, de 2012, trouxe uma garantia a mais aos magistrados na condução de procedimentos e processos em que haja risco a sua integridade física quando se tratar de organização criminosa.

Quanto ao entendimento dos doutrinadores e do Supremo Tribunal Federal constatou-se que o colegiado no 1º Grau é constitucional, pois há no ordenamento jurídico brasileiro outras previsões constitucionais de colegiado em 1º Grau como no caso da justiça militar e tribunal do júri e, ainda, Turma Recursal conforme da Lei 9.099/95 dos juizados especiais.

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 4.414 reconheceu a constitucionalidade do colegiado em 1º Grau, ao analisar a Lei n. 6.806/2007 do Estado de Alagoas que criou a 17 Vara Criminal da Capital com competência exclusiva para julgar crimes praticados por organização criminosa por meio de colegiado no 1º Grau.

Com isso pode-se concluir que a Lei 12.694/2012 que foi instituída pelo Congresso Nacional não será considerada inconstitucional no quesito da formação do colegiado no 1º grau, já que além das previsões foi editada pelo mesmo legislador que promove alteração na Constituição Federal, no Código Penal e de Processo Penal.

Analisando-se as atividades da organização criminosa e suas particularidades, conforme os apontamentos dos estudiosos do assunto pode-se sistematizar o funcionamento do crime organizado da seguinte forma:



Ilustração 1 - Sistematização das ações do crime organizado. Fonte: adaptado e elaborado a partir de Mendroni, 2015.

Na ilustração 1 foram elencadas algumas atividades de forma sistematizada, optando-se por trocar a palavra crime por “atividade”, a fim de demonstrar o fluxo da organização criminosa, não ficando exauridas todas as atividades e formas de sistematização.

Observa-se, ainda, que a atividade principal e secundária dependerá do tipo de atividade criminosa desenvolvida pela organização, podendo em alguns casos só haver a atividade principal e a de terceiro nível, como, por exemplo: no caso de falsificação de documentos ou dinheiro, desde que não haja outra atividade secundária destinada a dar apoio a principal, como por exemplo - a não realização de extorsão ou ameaça pela organização criminosa -, em todo o caso se houver poderá ser classificada como atividade secundária.

Com base nos ensinamentos de Marcelo Batlouni Mendroni e Luiz Flávio Gomes, no fluxo da atividade criminosa, pode-se agrupar no terceiro nível tanto a lavagem de dinheiro quanto a corrupção, pois são primordiais para a sobrevivência do crime organizado, já que esses crimes garantem o funcionamento e sobrevivência das organizações criminosas.

Considerações Finais

O estudo visou discorrer sobre as atividades das organizações criminosas e julgamento colegiado no 1º Grau. Nesse sentido o problema da pesquisa foi direcionado para verificar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e doutrinadores sobre a matéria no que tange ao julgamento em colegiado no 1º grau de jurisdição previsto pela Lei 12.694/2012 nos crimes praticados por organizações criminosas. O Supremo Tribunal Federal e boa parte dos doutrinadores têm posicionamento favorável quanto a legalidade do colegiado no 1º grau.

Em todo caso, não se pode descartar a possibilidade de eventual ação direta de inconstitucionalidade da referida lei ou de pontos específicos da mesma.

Cabe frisar que a Lei n. 12.694/2012 e a Lei n. 12.850/2013 são recentes havendo ainda a necessidade de uma construção doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto que ocorrerá com o passar dos tempos e a aplicação da norma ao caso concreto.

Em relação aos objetivos proposto pela pesquisa o primeiro discorrer sobre organização criminosa, fazendo uma retrospectiva histórica da evolução da legislação brasileira sobre o tema, com a pesquisa verificou-se que o crime organizado se reinventa a todo instante, por isso torna-se difícil defini-lo e combatê-lo, no entanto, a partir da Lei 9.034/1995 iniciou-se a tentativa de combater o crime organizado, sendo que a Convenção de Palermo e as Leis 12.694/2012 e Lei 12.850/2013 forma fundamentais para o combate a essas organizações, pois a cada passo que o estado dá, as organizações criminosas estão sempre um passo a sua frente.

Outro objetivo alcançado pela pesquisa foi definir organização criminosa, a luz da Lei 12.694/2012 e a Lei 12.850/2013, de forma a apontar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a instituição do colegiado em 1º grau, bem como os entendimentos dos doutrinadores sobre a matéria, ambos consideram constitucional o colegiado em 1º grau e a definição vigente é a da lei 12.850/2013, qual seja, organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais

pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superior a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

E por fim, o último objetivo seria apresentar um modelo de sistematização das atividades do crime organizado, a luz do Código Penal e ensinamentos doutrinários, fato este apresentado por meio de um fluxo de atividades “crimes” que são cometidos pelas organizações criminosas com destaque principal para a corrupção e lavagem de dinheiro que dá suporte e alimentam todo o sistema dessas organizações retroalimentado o sistema dando continuidade nos delitos.

Esta pesquisa contribui com a conscientização da sociedade e dos acadêmicos, demonstrando a necessidade de aprofundamento sobre matérias, pois, o crime organizado vem se espalhando por toda a sociedade, de forma silenciosa, e o estado deve se preparar para reprimi-lo, aprimorando tanto as normativas quanto às técnicas de investigações criminais para combatê-lo e somente com o passar do tempo é que a doutrina e jurisprudência irão firmar um entendimento sobre a instituição do colegiado em 1º grau de jurisdição.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATE, Paulo César. Comentário à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Alterado pela Lei n. 12.850, de 2013. Institui o Código Penal. Distrito Federal. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21/04/2016.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Institui a Lei de

Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Distrito Federal. 1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 16/01/2016.

_____. Decreto-Lei n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Distrito Federal. 2004. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 12/12/2015.

_____. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispões sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Distrito Federal. 2012a. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12/12/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI:4414AL, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 31/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-114 DIVULG 14-06-2013 PUBLIC 17-06-2013. Distrito Federal. 2012b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284414.NUME.+OU+4414.ACMS.%29+%28%28LUIZ+FUX%29.NORL.+OU+%28LUIZ+FUX%29.NORV.+OU+%28LUIZ+FUX%29.NORA.+OU+%28LUIZ+FUX%29.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kk7dmow>>. Acesso em: 10/12/2015.

_____. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Distrito Federal. 2013a. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12/12/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP: 470 MS. Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 18/09/2013, Tribunal Pleno. Distrito Federal. 2013b. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em 21/05/2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime organizado: comentário à nova lei sobre o crime organizado (Lei n. 12.850/13). 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOMES, Lui Flávio. Comentários aos Artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13 - Criminalidade Organizada. 2013a, p. 1-27. Disponível em <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalidade-organizada>>. Acesso em: 20/12/2015.

_____. Criminalidade Econômica Organizada. 2013b, p. 1 - 33. Disponível em <http://www.lex.com.br/doutrina_24801423_CRIMINALIDADE_ECONOMICA_ORGANIZADA.aspx>. Acesso em: 20/04/2016.

LEVORIN, Marco Polo. Fenomenologia das Associações Ilícitas. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). Crime Organizado. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. Manual de Processo Penal. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MASI, Carlo Velho. O Discurso Político-Criminal sobre o Crime Organizado no Brasil. Revista Eletrônica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, v. 40, n. 2, p. 171-180, jul./dez. 2014. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/17344/11147>>. Acesso em: 16/12/2015.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. Crime Organizado. São Paulo: Método, 2015. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismo legais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: parte especial. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. III.

MOURA, João Paulo Milhomens. Aspectos da aplicabilidade da lei penal face a inexistência do conceito de crime organizado no ordenamento jurídico brasileiro. Monografia (Trabalho de Curso Graduação em Direito). p. 1-67. Universidade Católica de Brasília. Distrito Federal, 2012.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. A Teoria do Domínio da Organização como Mecanismo de Combate ao Crime Organizado. Monografia (Trabalho de Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal). p. 1-49. Faculdade Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, 2015.

SILVA NETO, Antônio da Silva. Julgamento Colegiado em 1º Grau de Jurisdição: inteligência da Lei n. 12.694/2012. Monografia (Trabalho de Curso Graduação em Direito). p. 1-52. Faculdade Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, 2013.

TOLENTINO NETO, Francisco. Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). Crime Organizado. São Paulo: Saraiva, 2012.

TREVISAN, Antonino Marmo et al. Combate à Corrupção nas Prefeituras do Brasil. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003.



EMERON

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE RONDÔNIA - DESDE 1986
Conhecimento a Serviço da Cidadania

twitter.com/emeron_rondonia
facebook.com/EmeronRO
flickr.com/escolaemeron
youtube.com/EscolaEmeron
emeron.tjro.jus.br
emeron.emeron@tjro.jus.br